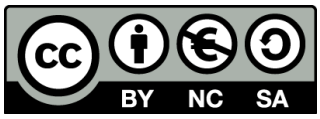
Universitat de Girona

LA ARQUITECTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL: ESTRUCTURA, FUNCIONES Y ERRORES

Henry Mauricio Reyes Garcés



http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.ca

Aquesta obra està subjecta a una llicència Creative Commons Reconeixement-NoComercial-CompartirIgual

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike licence

TESIS DOCTORAL

LA ARQUITECTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL: ESTRUCTURA, FUNCIONES Y ERRORES

HENRY MAURICIO REYES GARCÉS

2025

UNIVERSITAT DE GIRONA

Programa de doctorado

en Derecho, Economía y Empresa

Dirigida por: DIEGO M. PAPAYANNIS

Memoria presentada para optar al título de Doctor con Mención internacional por la UNIVERSIDAD DE GIRONA

LISTA DE ABREVIATURAS:

Se presenta la siguiente lista de abreviaturas que aparecen en la investigación, a fin de facilitar su lectura. No obstante, al utilizárseles en el cuerpo del texto se reiterará su significado la primera vez**:**

RCE	Responsabilidad civil extracontractual
PETL	Principios de Derecho Europeo de responsabilidad civil

Universitat de Girona

El Dr. Diego M. Papayannis, de la Universidad de Girona,

DECLARO

Que el trabajo titulado *LA ARQUITECTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL: ESTRUCTURA, FUNCIONES Y ERRORES*, que presenta *Henry Mauricio Reyes Garcés* para la obtención del título de doctor/a, se ha realizado bajo mi dirección y que cumple los requisitos para poder optar a Mención Internacional.

Y para que así conste y tenga los efectos oportunos, firmo el presente documento.

Firma

Girona, 28 de mayo de 2025

A mi familia, cuyo amor llevo

a dondequiera que vaya.

Agradecimientos

Al llegar al final de este proyecto académico y personal, me invade un profundo sentimiento de gratitud. Quisiera expresar este agradecimiento a muchas personas en este espacio, pero me abstendré, no solo porque ello extendería este apartado de manera inapropiada, sino también porque introduciría en un texto con pretensiones académicas y filosóficas una nota demasiado sentimental, o al menos más de lo que deseo. Por ello, mencionaré únicamente a las personas más relevantes, aquellas sin cuya presencia y apoyo habría abandonado este camino hace tiempo; un camino que hoy contemplo con satisfacción y orgullo.

Escribir una tesis doctoral en un país que no te vio nacer es una gran oportunidad de crecimiento personal, laboral e intelectual, pero como todo lo que conlleva un crecimiento de este tipo en la vida humana, también viene con enormes costos personales. El mayor costo, aunque no el único, ha sido no poder acompañar a mi familia y perderme momentos importantes en las vidas de mi madre, Emilce, mis hermanas, Nathaly y Estefanía, y mi padre, Henry. Gracias por comprender mi elección y apoyarme desde el principio.

También le agradezco profundamente a mi maestro, Diego M. Papayannis. Estoy seguro de que no habría logrado escribir una tesis doctoral de la cual me sintiera orgulloso sin su guía y apoyo. Diego tiene distintas virtudes que lo caracterizan como un gran maestro. No sólo fue riguroso y exigente con todas las aseveraciones que hice en la tesis, sino que también fue lo suficientemente flexible como para permitirme encontrar mi voz en esta materia. Además, siempre mostró entusiasmo y generosidad al discutir mis ideas. Quizá la virtud que quisiera resaltar más en esta caracterización fue su sensibilidad y empatía frente a las dificultades que atravesé en el tiempo del doctorado. Gracias por enseñarme que para ser un buen profesor se le debe dar prioridad —y no sólo prima facie— a ser una buena persona antes que a ser un buen académico.

En estos agradecimientos, una mención especial merece Jordi Ferrer Beltrán, el líder del grupo de filosofía del derecho de la Universitat de Girona y de la Cátedra de Cultura Jurídica. En gran parte, gracias a su esfuerzo, calidez y brillantez, este es un lugar propicio y hermoso para hacer filosofía del derecho. Un lugar en el que no sólo se trabaja e investiga, sino que también se disfruta la vida y se construyen amistades entrañables.

Sin duda, en la Universidad de Girona, se propician las condiciones adecuadas para hacer una academia seria, rigurosa, pero también humana.

También les debo un enorme agradecimiento a todos mis compañeros y compañeras del grupo de investigación en filosofía del derecho. Gracias por las lecturas detalladas, las conversaciones profundas y las incansables discusiones en comidas magníficas con buenos vinos, cafés y postres. Me quedarán grandes recuerdos de los seminarios externos, que fueron retadores, pero también me permitieron refinar los argumentos que quedan consignados en esta tesis y las habilidades para discutir filosóficamente sobre el derecho. A todos y todas les agradezco sobre todo por el día a día en Girona, en el que siempre se encuentra amabilidad, buena actitud y una bonita energía. No quisiera dejar de mencionar a los profesores Carolina Fernández Blanco, Víctor García Izaguirre, Marco Segatti y Edgar Aguilera, quienes me leyeron en reiteradas oportunidades, discutieron conmigo y me apoyaron en el proceso de escribir la tesis doctoral.

También quiero expresar mi agradecimiento a Gregory Keating y Felipe Jiménez, de la University of Southern California (USC), por haberme permitido realizar mi estancia doctoral en su universidad. Me recibieron en múltiples ocasiones en sus oficinas para discutir mis ideas y el texto de mi tesis. Además, tuvieron la generosidad de compartir conmigo momentos en la mesa, disfrutando juntos de la vida.

Probablemente el doctorado no habría sido tan enriquecedor y, con seguridad, no habría sido tan agradable, sin la compañía de Marianela Delgado, Sidney Marcos y Jaime Oportus, con quienes he compartido este periplo casi desde el inicio. Creo que cualquiera que haya hecho una tesis doctoral sabe el enorme esfuerzo y costo que viene con su escritura. Gracias por su amistad, compañerismo y discusiones. A mis más recientes compañeros, Lívia Moscatelli, Rodrigo Parra y Giulia Fardim, les agradezco por su pronta amistad y les auguro mucho éxito en esta difícil tarea.

En Girona, tuve la fortuna de construir muchas amistades que aprecio enormemente. Miguel, Max, Debby, Marc S., Adrián, Anas, Dan, Maria, Marco A. son solo unos pocos nombres de las personas que han estado presentes, escuchando mis apreciaciones sobre la vida y sobre el derecho, en algunos casos, desde el inicio de la redacción de esta tesis.

No podría concluir sin expresar mi gratitud a la Generalitat de Catalunya y a la Universitat de Girona por brindarme la oportunidad de cursar mi doctorado gracias al programa de becas FI, actualmente denominado Joan Oró. Sin esta política pública, no habría sido posible dedicar estos años al conocimiento y al crecimiento académico, que espero contribuya en alguna medida al desarrollo del área.

Creo que Girona ha puesto todas las personas adecuadas en mi camino y, *sense cap dubte, jo li faria dos petons al cul de la lleona*.

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN GENERAL ____ *17*

PRIMERA PARTE: LA ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL ____ *30*

Capítulo 1: Las relaciones intersubjetivas y los deberes de reparación ____ *31*

Introducción ____ *31*

I. La regulación de una relación intersubjetiva a través de normas bilaterales ____ *35*

II. Normas secundarias de reparación ____ *38*

A. Contenido normativo mínimo de las normas de reparación ____ **40**

1. Factores de atribución ____ 42
2. Formas de reparación o remedios ____ 52

B. Conexión entre los deberes de reparación y los deberes de comportamiento ____ **55**

1. La individualización de los deberes a la luz de las normas bilaterales ____ 57
2. La conexión entre las distintas obligaciones: las razones que fundamentan los deberes bilaterales y su continuidad ____ 61

C. Deberes de reparación y/o responsabilidades ____ **69**

Conclusiones ____ *73*

Capítulo 2: Los deberes de no dañar y los deberes de diligencia ____ *75*

Introducción ____ *75*

I. Inexistencia de los deberes y derechos de indemnidad ____ *76*

II. El alterum non laedere como un deber genérico de no dañar ____ *84*

III. Deberes y derechos de indemnidad ____ *93*

A. Deberes de diligencia: estándares genéricos y específicos. ____ **95**

B. Deberes y derechos de no dañar establecidos por normas implícitas ____ **96**

C. Los deberes y derechos de indemnidad en el razonamiento práctico de los juristas 100

Conclusiones ____ *111*

Capítulo 3: Las facultades de las víctimas y su rol en la estructura de la responsabilidad civil extracontractual ____ *113*

Introducción ____ *113*

I. El derecho de demandar como la norma terciaria más representativa ____ *114*

II. Las facultades de las víctimas para demandar y sus excepciones ____ *115*

III. Las normas terciarias y su relación con las normas secundarias de reparación *119*

IV. El desafío: la independencia del derecho procesal de los modelos de responsabilidad civil extracontractual ____ *125*

Conclusiones ____ *127*

SEGUNDA PARTE: LA GUÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL ____ *129*

Capítulo 4: Los regímenes de responsabilidad y sus normas genéricas y específicas *130*

Introducción ____ *130*

I. La tesis dogmática tradicional: guiar la reparación ____ *134*

II. Normas genéricas o específicas de la RCE ____ *140*

A. Circunstancias ____ **142**

1. Regímenes de responsabilidad civil supletivos y especiales ____ 143
2. Dominios de validez ____ 146
3. Normas categóricas e hipotéticas ____ 150
4. Conflictos normativos entre regímenes de responsabilidad ____ 156

B. Comportamientos ____ **160**

1. Normas abiertas o cerradas ____ 161
   a. Apertura o cierre del balance de razones para actuar ____ 163
   b. Distintas técnicas normativas y su evaluación ____ 169
   c. Reconstrucción de las normas de los regímenes de responsabilidad ____ 171
2. El contenido de las normas: ¿consecuencias, precios o comportamientos? ____ 175
   a. Comportamientos o consecuencias ____ 176
   b. Comportamientos o precios ____ 180
3. Comportamientos y diversos sentidos de la acción humana ____ 183
   a. Diversos sentidos de la acción humana ____ 184
   b. Reconstrucción del contenido de las normas de los regímenes de responsabilidad ____ 185

Conclusiones ____ *192*

Capítulo 5: Las razones para actuar bajo la responsabilidad civil extracontractual *194*

Introducción ____ *194*

I. Las obligaciones jurídicas y el razonamiento práctico ____ *196*

II. El buen ciudadano: el ciudadano perplejo y el ciudadano respetuoso del derecho *199*

III. La guía que ofrecen las normas jurídicas a los ciudadanos ____ *202*

IV. Las razones para actuar en los regímenes de responsabilidad ____ *214*

A. La guía de las normas cerradas y abiertas de responsabilidad 214
1. Las condiciones para que una norma cerrada guie a un sujeto 216
2. Las condiciones para que una norma abierta guie a un sujeto 217

B. Las obligaciones de resultado y de medio y las razones para actuar 223
1. Las obligaciones de resultado y las razones para triunfar 224
2. Las obligaciones de medio y las razones para intentar 229
3. Los estándares específicos de diligencia y su relación con las razones para intentar 231

***Conclusiones* 234**

***TERCERA PARTE: EL PROPÓSITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL* 237**

***Capítulo 6: Teorías normativas y aspectos relevantes de la responsabilidad civil extracontractual* 238**

***Introducción* 238**

***I. Teorías sobre el valor de la RCE y de la justicia correctiva* 242**

A. El valor intrínseco 243

B. El valor incorporado 245

C. El valor constituido 247

***II. Su ajuste a los aspectos relevantes de los modelos de RCE* 250**

I. Dos tesis correctivas sobre la RCE 252
1. La tesis de la unidad 252
2. La tesis de la identificación inversa 255
3. Su menor plausibilidad y la insatisfacción 258
a. Su menor plausibilidad: normas primarias de comportamiento fundamentadas en valores distintos a la justicia interpersonal 259
b. Su menor plausibilidad: normas primarias y su problemática integración en los modelos de RCE 265
c. La insatisfacción: el rol de las normas terciarias y de las facultades de demandar 268

II. La RCE entendida en términos de la continuidad de razones y de la tripartición de normas 269
1. Los deberes de reparar los daños causados con acciones injustas, la responsabilidad civil y la tesis de la continuidad 271
2. La facultad de demandar, la condena judicial, otras normas terciarias y la tesis de la tripartición de normas 278

***Conclusiones* 284**

***Capítulo 7: El valor de establecer un marco normativo interpersonal justo* 286**

***Introducción* 286**

***I. La obligación o la facultad moral de hacer justicia correctiva* 288**

II. El valor inmanente de la justicia correctiva y la necesidad de los deberes interpersonales ____ *290*

A. El valor inmanente de la justicia correctiva y la racionalidad humana ____ **290**

B. Los deberes de reparar y su necesidad de los deberes de comportamiento interpersonal ____ **291**

C. Otras razones para reparar ____ **294**

D. Una perspectiva más limitada: la necesidad del deber ____ **296**

III. El propósito y la justificación de la RCE ____ *299*

Conclusiones ____ *301*

CUARTA PARTE: FUNCIONES Y ERRORES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL ____ *303*

Capítulo 8: La justificación de la responsabilidad civil extracontractual y sus funciones ____ *304*

Introducción ____ *304*

I. Una desiderata de la justificación de la responsabilidad civil extracontractual 307

II. Dos formas de justificación: estructura o funciones ____ *312*

III. El análisis funcional en el derecho ____ *318*

A. El análisis y los enunciados funcionales disposicionales ____ **319**

B. El análisis y los enunciados funcionales en el derecho ____ **325**

C. Análisis funcional y las distintas metodologías ____ **334**

IV. La responsabilidad civil extracontractual y sus funciones ____ *337*

A. Sus funciones tradicionales ____ **338**

B. Sus funciones intrínsecas y extrínsecas ____ **338**

C. Sus funciones distintivas, necesarias y contingentes ____ **342**

Conclusiones: ____ *345*

Capítulo 9: La prioridad de la justicia correctiva y el cumplimiento equilibrado de las distintas funciones ____ *348*

I. Las funciones de la responsabilidad civil extracontractual ____ *350*

II. Un orden para las funciones de la responsabilidad civil extracontractual ____ *354*

A. Las teorías normativas funcionales ____ **355**

1. La posición monista ____ 357
2. La posición pluralista ____ 362

a. Las versiones fuertes 363
b. Las versiones débiles: los argumentos constitutivos 366
c. Las versiones débiles: los argumentos instrumentales 372

III. La prioridad prima facie de establecer un marco normativo interpersonal justo y el cumplimiento equilibrado de las demás funciones. 374

IV. Los errores funcionales de la RCE 378

Conclusiones 383

Capítulo 10: Errores en el cumplimiento de las funciones de la responsabilidad civil extracontractual 385

Introducción 385

I. El cumplimiento de la función distintiva: establecer un marco normativo interpersonal justo 387

II. Errores en el cumplimiento de la función distintiva: expresiones injustificadas y subproductos inapropiados 395

III. Errores en el cumplimiento de las funciones necesarias 400

A. Excesos y defectos en la compensación 400

B. Excesos y defectos en la disuasión 405

C. Normas que ordenan tratos respetuosos en contextos injustamente desiguales 410

D. Soluciones para los errores en el cumplimiento de las funciones no distintivas pero necesarias 416

IV. Errores en el cumplimiento de las funciones contingentes 417

A. Mecanismos de precaución para daños leves, poco probables o demasiado costosos 417

B. Reducción de costes sociales de los accidentes que desincentivan las precauciones óptimas o implican subsidios regresivos 422

C. Implementar remedios con finalidades retributivas 428

D. Soluciones para los errores en las funciones contingentes 433

Conclusiones 433

CONCLUSIONES GENERALES 435

GENERAL CONCLUSIONS 443

Bibliografía 450

RESUMEN

La tesis analiza la responsabilidad civil extracontractual desde una perspectiva jurídica y filosófica, interpretándola como un artefacto jurídico cuya arquitectura debe tener en consideración su estructura normativa, funciones y los errores que pueden surgir en su diseño e implementación. Propone que el propósito de la RCE es establecer un marco normativo interpersonal justo, y que su implementación en un ordenamiento jurídico se puede evaluar a través de sus funciones y disfunciones. De este modo, se destaca que las autoridades, al diseñar e implementar la RCE, deben garantizar, como cuestión de principio, un cumplimiento equilibrado de sus funciones, otorgando una prioridad *prima facie* a la función distintiva, en coherencia con el contexto normativo y social. Este trabajo contribuye al debate teórico y normativo sobre la RCE, particularmente en lo relativo a su reforma frente a las dinámicas sociales emergentes.

Resum

La tesi analitza la responsabilitat civil extracontractual des d'una perspectiva jurídica i filosòfica, interpretant-la com un artefacte jurídic l'arquitectura del qual ha de tenir en compte la seva estructura normativa, funcions i els errors que poden sorgir en el seu disseny i implementació. Proposa que el propòsit de la RCE és establir un marc normatiu interpersonal just, i que la seva implementació en un ordenament jurídic es pot avaluar a través de les seves funcions i disfuncions. Així, es destaca que les autoritats, en dissenyar i implementar l'RCE, han de garantir, com a qüestió de principi, un compliment equilibrat de les seves funcions, atorgant una prioritat *prima facie* a la funció distintiva, en coherència amb el context normatiu i social. Aquest treball contribueix al debat teòric i normatiu sobre la RCE, especialment pel que fa a la seva reforma davant les dinàmiques socials emergents.

ABASTRACT

The thesis examines tort law from a legal and philosophical perspective, interpreting it as a legal artifact whose architecture should considers its normative structure, functions, and the errors that may arise in its design and implementation. It argues that the purpose of tort law is to establish a just interpersonal normative framework and that its implementation within a legal system can be assessed through its functions and

dysfunctions. Thus, it is emphasized that, as a matter of principle, the authorities, when designing and implementing the tort law, must ensure a balanced fulfillment of their functions, giving *prima facie* priority to the distinctive function, in alignment with the normative and social context. This work contributes to the theoretical and normative debate on tort law, particularly regarding its reform in response to emerging social dynamics.

«Siempre existe una pregunta inteligible sobre si uno debe obedecer el derecho, y eso (insisten acertadamente los positivistas) se debe a que la ley es una creación humana y, por lo tanto, manifiesta la familiar y extendida capacidad humana para el error moral».

J. Gardner

INTRODUCCIÓN GENERAL

La arquitectura de la responsabilidad civil extracontractual (RCE) exige atender a sus funciones, a fin de evitar errores en su diseño, implementación o reforma. Desde esta tesis, se propone una teoría de esta rama del derecho que va más allá del análisis dogmático tradicional, al considerar no solo su estructura y propósito normativo, sino también la disposición que tiene como artefacto jurídico para adaptarse a las diversas exigencias normativas y sociales contemporáneas.

Uno de los principales desafíos en la comprensión y posterior diseño o reforma de la RCE es su dinamismo. Esta área del derecho se compone principalmente de disposiciones redactadas en términos generales y abstractos, lo que permite que las normas que se derivan de su interpretación jurídica se adapten de forma continua a las nuevas necesidades sociales. Se podría explicar esta característica mencionando que con los modelos de RCE implementados en los distintos Estados se regula un amplio espectro de relaciones intersubjetivas, que no sólo son diversas, sino que también evolucionan constantemente con cada sociedad. Así, se suele sostener que un conjunto limitado de este tipo de disposiciones y las normas que de su interpretación se derivan bastan para regular adecuadamente dichas relaciones —particularmente aquellas no mediadas por los contratos—.

Sin embargo, en algunos casos estas relaciones cambian, y la sola interpretación de las disposiciones resulta insuficiente. En contextos sociales marcados por innovaciones tecnológicas constantes y riesgos imprevistos, la experiencia jurídica ha demostrado que los jueces crean normas novedosas a partir de la interpretación de las disposiciones relevantes para responder a situaciones emergentes donde pueden producirse daños injustos. Pero en algunos casos de este contexto, el cambio es tan fundamental y abrupto, como sucedió con la aparición de la inteligencia artificial o con el COVID19, que dejar en los funcionarios judiciales la responsabilidad de interpretar estas disposiciones resulta insuficiente para adaptarlas adecuadamente a dichas condiciones. En estos casos, el legislador, la administración o excepcionalmente los altos tribunales deben intervenir para rediseñar la RCE y modificar las normas que lo componen[1], rediseñando

[1] Un ejemplo, relativo a la inteligencia artificial se puede observar con la Directiva (UE) 2024/2853 del

el modelo de RCE, porque cuentan con una capacidad técnica y epistémica superior, dado los asesores técnicos que suelen integrarlos, el tipo de procedimientos que realizan para aprobar las nuevas normativas o jurisprudencias, entre otras características institucionales relevantes.

Por ello, comprender la RCE exige algo más que el conocimiento de un conjunto de disposiciones codificadas, normas interpretadas, jurisprudencias o doctrinas especializadas. Una comprensión más adecuada de su dinamismo y complejidad la concibe como una creación humana que puede interpretarse racionalmente en torno a un propósito, ajustándose a las necesidades sociales y atendiendo, especialmente, a las funciones que desempeña. Estas funciones trascienden su uso en la práctica social de atribuir responsabilidad civil, ya que contribuyen al bienestar social y a la calidad de vida de los ciudadanos. Este enfoque resalta su papel como mediador entre los intereses y derechos, a menudo cambiantes e indeterminados, de las diversas sociedades y sujetos contemporáneos.

La interpretación de la RCE que se hace en esta tesis permite sostener que los modelos locales que la implementan no están exentos de disfunciones y son susceptibles de mejora. Las normas mal concebidas o inadecuadas pueden dificultar el cumplimiento de su propósito, producir efectos negativos o desequilibrados en sus funciones y, por ende, deberían ser consideradas errores que las autoridades competentes deben corregir.

A partir de lo anterior, la regulación de las relaciones intersubjetivas relevantes mediante modelos locales de RCE plantea interrogantes filosóficos y jurídicos fundamentales. Entre ellos destacan: ¿cómo deberían estructurarse dichos modelos para cumplir con su propósito, después de identificarlo? ¿Cómo lograr un equilibrio adecuado entre las distintas funciones que pueden desempeñar? ¿Cómo prevenir errores en su diseño e implementación? Resolver estas cuestiones requiere un análisis riguroso que permita determinar los principios necesarios para su correcta configuración y aplicación.

En este marco de análisis, la tesis sostiene que la RCE presenta una estructura normativa compuesta por normas primarias de comportamiento, normas secundarias de

Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo.

reparación y normas terciarias que regulan las facultades de las víctimas y las relaciones entre ellas. Se argumenta, además, que el propósito principal de esta estructura es establecer un marco normativo justo, lo que permite identificarla como tal. Asimismo, dada su capacidad para alcanzar este propósito, se sostiene que el diseño o la reforma de la RCE debe guiarse, *prima facie*, por la pretensión de hacer justicia interpersonal. Ello no implica que las demás funciones que cumple esta área del derecho deban ser ignoradas, sino que también deben ser consideradas y satisfechas de manera equilibrada. En consecuencia, resulta plausible afirmar que, como cuestión de principio, las autoridades tienen la responsabilidad de identificar y corregir aquellas normas que puedan considerarse errores, cuando afectan desproporcionadamente una función sobre otra, siempre que estén comprometidas con lo correcto y lo justo en la regulación de las relaciones intersubjetivas en sociedades complejas y en constante transformación.

Se espera que dicha tesis sea relevante en distintos ámbitos. Para abogados y operadores jurídicos, proporciona herramientas teóricas y prácticas para interpretar y aplicar las normas que integran la RCE, evaluar conductas individuales y argumentar en instancias judiciales superiores, no solo en términos del derecho vigente, sino también de su adecuación a las cambiantes condiciones sociales y normativas de cada contexto. En el ámbito de la legislación racional, la tesis puede contribuir a una regulación de la RCE articulada con el cumplimiento de otras políticas públicas, por ejemplo, en la lucha contra la pobreza, la reducción de las desigualdades, entre otras. Frente a la dogmática jurídica, esta tesis desafía la visión tradicional que limita las funciones de la RCE a compensar, disuadir o sancionar, sosteniendo que su estructura puede cumplir una variedad de funciones con implicaciones sociales más amplias. Este enfoque permite analizar de manera sistemática debates sobre cuestiones clave, como el daño, la causalidad y las formas de reparación, y ofrece un marco conceptual integral para entender la RCE y su papel en las políticas públicas. Desde una perspectiva filosófica, la tesis profundiza en la comprensión de la RCE como un artefacto jurídico, discute con concepciones más tradicionales respecto de su estructura, estudia el contenido de sus normas, haciendo hincapié en la forma como afectan la conducta de los sujetos, y se involucra en las discusiones relativas a su propósito y justificación, vinculando este último aspecto con sus funciones.

El análisis que se hace para sostener esta tesis se sitúa en el debate entre funcionalistas e internistas en la filosofía del derecho privado respecto la mejor comprensión de la RCE. Aunque se inspira en las teorías de justicia correctiva que subyacen al enfoque internista, adopta también explicaciones funcionales pluralistas que reconocen la importancia de las funciones de la RCE para su justificación más allá de la mera eficiencia económica. Esto permite evaluar la implementación de la RCE en distintos contextos normativos, enfocándose en cómo las autoridades pueden diseñarla y aplicarla para cumplir equilibradamente sus múltiples funciones. La tesis desarrolla una teoría conceptual sobre la RCE que identifica los tipos de normas que la componen, sus relaciones estructurales y su capacidad para guiar la conducta humana al ofrecer razones para actuar. También, desarrolla una teoría normativa que plantea los principios y consideraciones que las autoridades deberían tener en cuenta al diseñar e implementar modelos locales de RCE, enfatizando la necesidad de equilibrar sus funciones y corregir errores en su aplicación.

Desde una perspectiva metodológica, la tesis utiliza herramientas de la filosofía analítica para desarrollar una reconstrucción conceptual de la RCE y fundamentar las afirmaciones normativas centrales. En la primera parte, se definen categorías clave de normas a partir de textos autoritativos y de dogmática jurídica, lo que facilita un marco conceptual capaz de referenciar un amplio espectro de ordenamientos jurídicos y las normas que regulan temas relacionados con la responsabilidad civil de los sujetos. La segunda parte emplea herramientas desarrolladas en la filosofía analítica del derecho para analizar cómo las normas de la RCE guían la conducta humana, a través de la delimitación de las circunstancias en las que se aplican y los comportamientos que exigen, haciendo especial énfasis en la forma como proveen razones para actuar. En la tercera parte, se recurre a herramientas de la teoría interpretativa, reconstruyendo los conceptos de ciertas teorías de gran reconocimiento en la filosofía del derecho privado para explorar el propósito normativo de la RCE. Finalmente, en la cuarta parte, se aplica el análisis funcional para evaluar la RCE, clasificando sus múltiples funciones y los errores que pueden surgir en su diseño e implementación. Este enfoque integral no solo aborda los aspectos estructurales y funcionales de la RCE, sino que también proporciona criterios normativos que pueden contribuir a su diseño y evaluación, ofreciendo una teoría robusta de la RCE.

En toda la tesis se asume metodológicamente que la RCE, como el derecho mismo, se puede interpretar como un artefacto[2]. En la literatura se ha sostenido que el derecho es un artefacto compuesto e intangible, como las ficciones y los juegos, que crea contextos cerrados y prefijados[3]. Incluso, se ha considerado que el derecho es un género de artefactos al cual pertenecen los sistemas jurídicos y las leyes, entre ellas, aquellas relacionadas con esta área del derecho[4]. En la tesis estas ideas se aplican, especialmente, al atribuirle propósitos y funciones a la RCE para comprenderla y evaluarla. Desde esta perspectiva, las normas de RCE, lejos de ser meras imposiciones abstractas, reflejan decisiones deliberadas orientadas a resolver problemas sociales y estructurar interacciones humanas dentro de un marco institucional que pueden triunfar o fracasar en dicha tarea[5].

La estructura de la tesis se compone de cuatro partes que abordan de manera progresiva los aspectos centrales de la RCE, desde su estructura normativa hasta los errores funcionales que pueden surgir en su implementación. La primera parte establece el marco conceptual de la RCE al identificar las normas que la componen y sus relaciones, determinando el objeto de estudio de la tesis.

En el capítulo uno se argumenta que la RCE se compone en general de normas bilaterales que regulan las relaciones intersubjetivas y que establecen derechos y deberes de indemnidad. En este conjunto de normas, aquellas que establecen deberes y derechos de reparación constituyen el aspecto definitorio de la RCE. Se explica su contenido normativo mínimo, haciendo un énfasis especial en los factores de atribución y en las formas de reparación. A partir de estos fundamentos, se introducen discusiones en torno a la presencia de otras normas relevantes en la estructura de la RCE. Por una

[2] A pesar de que esta concepción ha sido aceptada y utilizada por muchos teóricos del derecho, incluso en la filosofía del derecho privado, todavía no se ha desarrollado de forma completa y sistemática, mostrando sus implicaciones jurídicas filosóficas. Un libro que intenta llenar este vacío y que asume que el derecho puede entenderse como un artefacto, es decir, como una construcción humana que responde a intenciones, funciones y a contextos históricos específicos es el de (Burazin, Hima y Roversi, Law as an Artifact 2018). Algunos aportes previos en este sentido (Burazin, Can There Be an Artifact Theory of Law? 2016).
[3] (Marmor 2018, 44-45).
[4] (Gardner, The Legality of Law 2004, 169-174) y (Gardner, El derecho como un salto de fe. Ensayos sobre el derecho en general. 2022, Cap. 7).
[5] (Burazin, Hima y Roversi, Law as an Artifact 2018, X).

parte, se definen estas normas como secundarias, argumentando que existe una conexión con otras normas que regulan el comportamiento de los sujetos y que le anteceden lógica y normativamente. A su vez, se distingue entre obligaciones o deberes y responsabilidades, lo cual permite ver con mayor claridad la conexión de estas normas con otras que establecen facultades en cabeza de las víctimas para exigir su cumplimiento, aquellas que se denominan “terciarias” en la tesis.

En el capítulo dos, se sostiene que en la RCE hay normas primarias que regulan el comportamiento de los sujetos, asignando deberes de no dañar en ciertas circunstancias y de actuar con diligencia. La estrategia argumentativa del capítulo, en primer lugar, es discutir con otras tesis que niegan la existencia de estas obligaciones o cualquier otra, centrándose en las responsabilidades. Aquí se hace referencia a los argumentos esbozados por ciertos teóricos del análisis económico del derecho que escriben desde la tradición realista. También se critican las tesis dogmáticas que defienden la presencia de estas normas primarias con un contenido que parece incoherente con otros aspectos centrales de los modelos de RCE. En segundo lugar, se defiende una interpretación de los modelos de RCE y los ordenamientos jurídicos en los que estos se inscriben. Para ello, se recurre a las normas que se pueden encontrar explícita e implícitamente en esta área del derecho y a la forma como, al figurar en el razonamiento práctico de los juristas, los derechos y deberes de indemnidad explican aquellos aspectos de los modelos de RCE que son oscuros para las teorías interpretativas anteriormente expuestas.

El capítulo tres se centra en definir y analizar las normas terciarias que reconocen facultades procesales en cabeza de las víctimas, especialmente, el derecho de demandar. En el capítulo no sólo se definen estas normas, sino que se hace una descripción genérica de su regulación en los ordenamientos jurídicos. A su vez, se presenta el argumento que se considera más sólido para sostener que estas normas también integran los modelos de RCE y se intentan neutralizar las críticas que podrían provenir de la teoría del derecho procesal. En últimas, estas normas son esenciales para proteger los derechos y exigir los deberes que asigna la RCE y para ponderar otras razones que son relevantes al momento de establecer si un sujeto debe ser considerado responsable y si debe exigírsele coactivamente el cumplimiento de sus obligaciones.

Una vez se ha explicado la estructura de la RCE, la segunda parte de la tesis explica la disposición que tiene el área para guiar la conducta de los ciudadanos. Esta parte analiza cómo puede influir en el razonamiento práctico de los ciudadanos al proporcionar razones normativas para actuar de manera diligente y respetuosa o para reparar cuando se incumplen estos términos de interacción. A partir de los argumentos que se sostienen, se puede entender la disposición que tiene la RCE y cualquier modelo local que la adopte para cumplir su propósito y funciones. Si las normas de la RCE pueden afectar el razonamiento práctico de los agentes, un ordenamiento jurídico que funcione apropiadamente logrará que un número relevante de ciudadanos cumpla con los comportamientos esperados y, esto, por agregación, impactará en las funciones que se le atribuyen al modelo de RCE.

Inicialmente, en el capítulo cuatro, se ofrece un análisis detallado de las normas que conforman los regímenes de RCE, destacando cómo estas normas establecen las circunstancias en las que se aplican y los comportamientos que exigen. En este capítulo, se argumenta que las autoridades pueden guiar el comportamiento del ciudadano utilizando normas de la RCE que pueden tener un carácter más o menos genérico o específico. Aquí, se aborda una idea ampliamente difundida en la doctrina relativa a las circunstancias en las que aplican dichas normas, según la cual los regímenes subjetivos de RCE operan como el régimen supletivo y genérico de responsabilidad civil, mientras que los regímenes objetivos se configuran como regímenes especiales. Se explica esta afirmación a través de herramientas de la teoría del derecho que permiten comprender las decisiones legislativas detrás de esta distinción.

Asimismo, el capítulo cuatro examina cómo las autoridades pueden definir las conductas esperadas de los ciudadanos. Desde la perspectiva del razonamiento práctico de los sujetos, las autoridades tienen la posibilidad de prescribir explícitamente un comportamiento determinado o dejar en manos de los individuos la reflexión y determinación del curso de acción adecuado. Este fenómeno se analiza a través de diversas herramientas teóricas, adoptando una posición sobre el tema.

Desde la perspectiva del contenido de las normas, el capítulo introduce debates sobre la forma en que las disposiciones del modelo de RCE se refieren a las acciones humanas.

En particular, se exploran distintas cuestiones: a qué aluden estas normas (a consecuencias, precios o comportamientos) y cómo hacen referencia al tipo de acto que se ordena o se prohíbe.

Posteriormente en este parte, el capítulo cinco profundiza en este enfoque al examinar cómo las normas de la RCE generan razones para actuar, adaptándose a las distintas obligaciones involucradas y promoviendo un marco de interacción respetuoso entre los sujetos de la sociedad. En el capítulo se muestra la posición de la tesis en torno a la idea de obligación y cómo guía el comportamiento de los sujetos, especialmente, el comportamiento del buen ciudadano. Se muestra que, dependiendo del tipo de obligación primaria, si es de medio o de resultado, el balance de razones del ciudadano puede cambiar. Ello no obsta para que las autoridades utilicen para la misma situación una regulación que combine ambos tipos de obligaciones, como es usual en los modelos contemporáneos de RCE.

La tercera parte de la tesis expone que el propósito de la RCE está orientado a establecer un marco normativo interpersonal justo. Este propósito se explora desde una perspectiva teórica, identificando las normas que componen los aspectos esenciales de la RCE y las razones subyacentes que justifican (o pueden justificar) su estructura.

En el capítulo seis, se reconstruye racionalmente el propósito de la RCE. Para ello, se analizaron distintas teorías que atribuyen un propósito racional a la estructura de la RCE con base en sus aspectos más relevantes y la identificación de un valor que razonablemente les dota de sentido. Aquí se introducen distintas discusiones que permiten hacer un balance de su éxito al ajustarse realmente a estos aspectos centrales.

En el capítulo siete, se sostiene que el propósito de la RCE se puede fundamentar en la racionalidad humana, que exige a los sujetos conformarse, incluso después de su incumplimiento, a los deberes —las razones categóricas e imperativas— que tenían para actuar en las relaciones con sus pares. En este capítulo también se indica que a pesar de que el propósito de la RCE puede ser valorable, no es suficiente para justificar la decisión de las autoridades de implementar un modelo de RCE, para ello se requiere hacer un balance con sus efectos en una determinada sociedad.

Finalmente, la cuarta parte aborda las funciones y los errores de la RCE, proponiendo criterios normativos para su diseño y evaluación. En el capítulo ocho, se sostiene que la justificación de la RCE está vinculada a las funciones —ya sean distintivas, necesarias o contingentes— que este artefacto puede cumplir en una sociedad. En este contexto, el capítulo explora la idea de justificación en el derecho privado, identificando una desiderata para realizarla adecuadamente. Al respecto, las discusiones se han dividido entre justificaciones estructurales y funcionales. El capítulo se inclina hacia un tipo de justificación que se considera cumple la desiderata. Asimismo, examina varias clasificaciones de las funciones de la RCE y selecciona una que se considera más precisa.

En el capítulo nueve, se sostiene que al diseñar la RCE, las autoridades deben equilibrar todas sus funciones como cuestión de principio, esto sin perjuicio de que la función distintiva de la RCE tenga una prioridad *prima facie* en esta tarea. La identificación de un principio normativo adecuado para evaluar la labor de producción de normas en el marco de la RCE requiere reconstruir la literatura referente al diseño que debería tener esta área del derecho. En el capítulo se aborda el debate que monistas y pluralistas han seguido sobre este punto, estudiando las distintas posiciones que tienen y los argumentos que esbozan. Así, a la luz de la teoría normativa que parece más sólida se defiende un principio que rige las decisiones legislativas y de creación de normas en este campo, recurriendo al tipo de razones que son relevantes cuando se regula una relación interpersonal relativa al daño y al artefacto jurídico que de forma propicia las implementa. En últimas, se sostiene que este principio les permitirá a las autoridades identificar y corregir errores normativos, entendidos como aquellas normas que le dan al modelo de RCE la disposición a cumplir de forma desequilibrada las funciones de la RCE o que producen disfunciones injustificadas.

El capítulo diez cierra la tesis con un análisis de los errores funcionales que pueden surgir en los modelos de RCE, una vez se aplica el anterior principio normativo. Se examinan casos en los que las normas promulgadas generan disfunciones que deben corregirse para garantizar un cumplimiento adecuado de sus objetivos normativos. Entre estos errores se incluyen la generación de efectos expresivos injustificados, el diseño de formas de reparación que compensan inadecuadamente, la utilización de mecanismos

disuasivos inapropiados, entre otros. La corrección de estos errores es esencial para garantizar que la RCE cumpla sus objetivos normativos y funcione como una herramienta eficaz de justicia correctiva, que no se opone, sino que satisface, distintos valores morales.

Es importante reconocer las limitaciones de la tesis. La realidad jurídica es compleja y diversa, y no todos los ordenamientos jurídicos cuentan con las normas y elementos que aquí se consideran esenciales para hablar propiamente de la RCE. Por lo tanto, aquellos ordenamientos jurídicos que carezcan de las estructuras normativas básicas necesarias para establecer un marco de regulación interpersonal justo no serán objeto del análisis, ya que no cumplen con los criterios mínimos que justifican la etiqueta “RCE” tal como se utiliza en esta tesis. Además, el enfoque del análisis normativo se centra en las funciones de la RCE y, dentro de estas, en ciertas funciones seleccionadas. Aunque las conclusiones específicas sobre los errores funcionales son relevantes, estos serían *pro tanto.* Así, el principal aporte del trabajo radica en el procedimiento analítico desarrollado para identificarlos y evaluarlos. Este enfoque permite generar herramientas conceptuales que podrían aplicarse en distintos ámbitos, aun cuando las soluciones concretas varíen según las particularidades de cada ordenamiento jurídico.

Antes de continuar, conviene aclarar que la tesis central y las demás afirmaciones que se sostienen a lo largo de sus capítulos se centrarán en la responsabilidad civil extracontractual, que no en la contractual, a pesar de que trazar una distinción nítida con esta segunda área del derecho presente dificultades particulares. De hecho, algunas perspectivas dogmáticas en la tradición del *civil law* han argumentado en contra de la división de los dos regímenes de responsabilidad interpersonal, porque consideran que sus diferencias —si las hay— son poco importantes[6].

Bajo la perspectiva de esta tesis, estas áreas del derecho privado se diferencian especialmente en la forma como se adquieren las obligaciones primarias, aquellas que indican cómo se debe comportar un sujeto frente a sus pares. En el derecho contractual, las obligaciones jurídicas bilaterales se adquieren mayormente, aunque no exclusivamente, mediante acuerdos voluntarios. Mientras que, en la RCE, las

[6] (Véase, por ejemplo, Koteich 2003, 1-4).

obligaciones de diligencia y de no dañar son generalmente asignadas por el derecho con independencia de los deseos de los sujetos a los que les aplican[7]. A su vez, bajo su luz, se acepta que hay múltiples similitudes en el aparato remedial de ambos compartimentos del derecho privado —en las obligaciones de reparación que establecen y en las responsabilidades que atribuyen—.

Tales aseveraciones no son poco controvertidas. En el marco del *Common Law*, el acercamiento entre la responsabilidad extracontractual y contractual se ha discutido desde distintos frentes. En efecto, muchos de sus autores piensan que sus diferencias son más profundas. Algunos consideran que el mero incumplimiento contractual no es realmente un injusto civil y que no representa el incumplimiento de un deber interpersonal[8]. Para ellos, en realidad, el contratante puede elegir entre la ejecución del contrato o el pago de la reparación por dejar de ejecutar sus obligaciones contractuales, pues en algunas ocasiones le será económicamente más rentable y estará justificado en hacerlo[9].

Por la misma vía, otros autores del *Common Law* observan que los remedios contractuales persiguen la ejecución del contrato antes que la reparación de las consecuencias de su inejecución. Por tanto, a diferencia de la RCE, en el derecho contractual el propósito no podría ser satisfacer la justicia correctiva.

Asimismo, algunos autores sugieren que la responsabilidad contractual tiene una orientación prospectiva, mientras que la responsabilidad extracontractual es retrospectiva. Quienes sostienen esta diferencia de perspectiva dicen que, mientras en la primera se aplican por defecto formas de reparación enfocadas en las “expectativas” —es decir, se busca colocar al demandante en la situación en la que estaría si el contrato se hubiera cumplido—, en la segunda se protegería la “confianza” que pretende devolver al demandante al estado en que se encontraba antes del hecho dañoso. Por solo mencionar algunas de las diferencias que desde esta tradición algunos autores sostienen.

[7] (Gardner, Breach of contract as special case of tort 2019, 341).
[8] (O.W. Holmes 1897, 2)
[9] (D. Friedmann 1989, 1)

En esta tesis, se considera que hay respuestas convincentes frente a todos estos puntos. En primer lugar, si esta fuese una visión real del derecho de contratos, también lo sería de la responsabilidad civil extracontractual, porque ambas áreas del derecho privado comparten que la indemnización es el remedio genérico por excelencia. Sin embargo, como se verá en el capítulo 1 y 2, una descripción apropiada de los deberes de comportamiento aplicable a ambas áreas del derecho enseña que las reparaciones son obligaciones secundarias, alejadas del mundo normativamente ideal que el derecho privado persigue.

En segundo, aunque el derecho privado prefiere que las personas cumplan con su deber primario desde un inicio, de ello no se sigue que la ejecución específica deba ser la primera opción remedial. Existen objeciones prácticas —como la dificultad de supervisión, los problemas de cooperación entre partes, u objeciones desde el ideal del Estado de derecho— que justifican que el derecho contractual no la contemple como remedio predeterminado o automático, del mismo modo que ocurre con las medidas cautelares en el ámbito extracontractual, y que permiten hacer una explicación alternativa. Por ello, que el derecho favorezca el cumplimiento de los deberes de respeto interpersonal no implica que deba ordenarlo rutinariamente en lugar de la indemnización de los daños, que es más fácil de garantizar, requiere menos cooperación entre partes[10], y no afecta significativamente la integridad de una persona al ser coaccionado.

En tercero, la diferencia que se traza entre ambos compartimentos del derecho privado basada en las expectativas puede ser poco útil. En ambos ámbitos, la finalidad de los remedios por los daños injustos es la misma: colocar al demandante, en la medida en que el dinero o el remedio lo permita, en la situación en la que habría estado si la obligación primaria del demandado se hubiera cumplido. Las diferencias superficiales en la forma de establecer cómo sería ese estado de cosas no deben ocultar que se trata, en ambos casos, de una forma de reparación, aunque, como sostiene Gardner, solo sea, y quizás solo pueda ser, una reparación parcial del daño[11]. Por todo ello, podría considerarse que la responsabilidad en el derecho privado es unitaria.

[10] (Gardner, Breach of contract as special case of tort 2019, 339-340)
[11] (Gardner, Breach of contract as special case of tort 2019, 340)

La última afirmación no niega que existan diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, sino que subraya que esas diferencias no justifican una oposición conceptual tajante entre ambas. Al contrario, una comprensión más profunda de sus fundamentos revela una estructura compartida: en ambos casos, el derecho se ocupa de establecer deberes primarios de conducta, deberes secundarios para reparar su incumplimiento y normas terciarias que se encargan de los procedimientos adecuados para su exigibilidad. Esta visión permite comprender mejor las funciones normativas del derecho privado y evitar una fragmentación artificial de sus instituciones.

En estos términos, la presente tesis busca no solo ampliar la comprensión teórica de la RCE como un artefacto jurídico, sino también ofrecer herramientas prácticas para su implementación y mejora. Al abordar cuestiones fundamentales como la estructura normativa, las funciones y los errores en su diseño, se establece un marco analítico capaz de responder a los desafíos de una sociedad en constante transformación.

PRIMERA PARTE: LA ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Capítulo 1: Las relaciones intersubjetivas y los deberes de reparación

Introducción

En la primera parte de esta tesis se expone la estructura de la responsabilidad civil extracontractual (RCE). En términos generales, la RCE se articula a partir de un conjunto de normas que regulan las relaciones intersubjetivas vinculadas al daño jurídicamente relevante, ya sea imponiendo deberes o reconociendo facultades. Estas normas, de carácter estructural, se distinguen por su contenido normativo y por las conexiones que establecen entre sí, al remitirse unas a otras. Argumentar a favor de estas normas, explicar su contenido y explorar las relaciones que mantienen entre ellas permitirá establecer con claridad el objeto de estudio de esta disertación.

En particular, en el capítulo se argumenta que la regulación de las relaciones intersubjetivas mediante normas bilaterales —las cuales establecen, entre otros aspectos, deberes de reparación— constituye, respectivamente, el objeto central y la norma más representativa de la RCE. Para fundamentar esta afirmación, se define el concepto de normas bilaterales y se analiza, cuándo se imponen deberes de reparación, su contenido normativo mínimo. Asimismo, se examina la conexión de estas normas, consideradas parte del nivel secundario en la estructura de cualquier modelo local de RCE, con otras normas que imponen deberes de comportamiento, aquellas que hacen parte del nivel primario. Finalmente, se hace una distinción entre obligaciones y responsabilidades, la que permitirá mostrar la conexión de estas normas con aquellas que facultan a la víctima para demandar.

La RCE es un área del derecho que puede interpretarse como un artefacto que utilizan juristas, practicantes y ciudadanos para cumplir funciones socialmente valiosas. Las normas de la RCE regulan las relaciones intersubjetivas, entre otras, aquellas que resultan dañinas, que causan injustos civiles. Casi de forma ubicua, allí donde hay RCE, se ordena de forma explícita en códigos o jurisprudencia reparar el daño causado con culpa. En parte, gracias a estas normas, la RCE cumple, por mencionar solo algunas, las funciones de compensar y disuadir.

Sin embargo, la RCE no sólo se encarga de las relaciones en las que se causan daños, asignando deberes y estableciendo responsabilidades. Además, y más importante aún,

la RCE regula los términos respetuosos y razonables en los que las personas deben tratarse para evitar causarse daños en su vida cotidiana, salvo que hayan fijado otros términos mediante su voluntad y estos se ajusten a las exigencias básicas del derecho de daños. Como se argumentará en la sección, especialmente en el siguiente capítulo, la RCE lo hace a través de deberes bilaterales de comportamiento: deberes de diligencia y de no dañar en ciertas circunstancias que están explícitos o implícitos en el derecho vigente. Obligaciones bilaterales que son particularmente importantes porque permiten que la RCE establezca un marco normativo interpersonal justo.

La mayoría de las personas familiarizadas con la RCE —ya sea porque cuentan con ciertas intuiciones sobre sus funciones o aunque no tengan un conocimiento teórico de ella— dirían que un caso ejemplar regulado por esta área del derecho sería el siguiente: aquel en el que una autoridad juzga a un sujeto victimario por haber ocasionado un daño incumpliendo un deber jurídico bilateral que le adeudaba a su víctima; es decir, por haber cometido un injusto civil al violar los términos de una relación respetuosa. En este tipo de casos, la víctima ha decidido exigirle al victimario la reparación del daño a través de una autoridad normativa judicial, dado que este no lo ha reparado por su propia cuenta. Justamente por ello, si la autoridad declara responsable al victimario, debe ordenarle que compense a la víctima, cuantificando previamente el valor de los daños, definiendo el alcance de su responsabilidad en su sentencia y estableciendo las formas de reparación o remedios necesarios. Dado que las normas de RCE determinan las consecuencias que siguen a la declaración de responsabilidad por este injusto civil, puede afirmarse que, en este ordenamiento jurídico, dicho caso instancia una clase de ilícito extracontractual.

Allí donde se pueda sostener que el anterior caso es paradigmático de RCE, se podrá decir que hay RCE, al menos, en el sentido que se entenderá en esta tesis. Bajo este marco, la pregunta que se pretende resolver en la sección es la siguiente: en general, ¿cuáles son los tipos de normas que regulan casos como el anterior? y ¿qué relaciones existen entre ellas? En otras palabras, ¿cuál es la estructura de la RCE?

Las anteriores cuestiones se pueden resolver en general, hablando de la responsabilidad civil extracontractual (RCE), de su modelo genérico[12], y no de los modelos locales de

[12]Al hablar de un modelo genérico de RCE se hace referencia a un modelo teórico, a una “construcción

RCE que se representan cuando se habla de «tort law» en cualquier jurisdicción del *common law*, «responsabilitat civil extracontractual» en cualquiera de derecho continental, o «responsabilité civile délictuelle» o «außervertragliche Haftung»[13]. En ese sentido, importa poco si la fuente de las normas que utiliza el juez para justificar la declaración de responsabilidad es legislativa o judicial; si es el artículo 2341, 1902, o 1:101 del respectivo código civil; si la víctima utiliza un procedimiento judicial, arbitral o de otro tipo para exigir sus derechos; si aquello que cuenta como injusto civil está definido con una cláusula abierta o cerrada de responsabilidad; si los deberes de reparación asignan sólo una obligación de dar dinero o también ordenan ofrecer disculpas; si lo que cuenta como ilícito extracontractual esta dado por cierto tipos de casos o se define de forma mucho más general. Se podría argumentar que todas estas cuestiones de detalle son contingentes y definen aspectos relevantes en un modelo de RCE local, pero no definen los aspectos más centrales o prominentes de esta institución en general[14]. En

artificial" (Di Robilant 1968, 80) o a una "analogía" (Comanducci 1999, 77). En este caso, el modelo es una construcción artificial que simplifica el complejo fenómeno de la RCE, el tipo de artefacto jurídico que realmente se aplica por las autoridades jurídicas. De tal suerte, si bien los modelos reales de RCE son análogos a este, el modelo teórico no necesita dar cuenta de forma directa, inductiva o exhaustiva de ellos, y tampoco requieren comprometerse valorativamente con sus atributos (Di Robilant 1968, 80-81). En otras palabras, son instrumentos cognoscitivos que persiguen mostrar un aspecto concreto de la realidad o abstracciones con propósitos epistemológicos (Caracciolo 1988, 20-21). Este modelo pretende describir el mayor número posible de modelos locales de RCE.

[13] Se reconoce ampliamente que, en el ámbito de la comparación jurídica —ya sea en la búsqueda de *common cores*, la identificación de principios generales o la elaboración de códigos europeos—, una de las metodologías más relevantes del derecho comparado es la equivalencia funcional (Örücü 2006, 32). Este método subyace en los esfuerzos por armonizar sistemas jurídicos diversos, permitiendo comparar soluciones distintas, pero con funciones similares. Aunque el método funcionalista no es el único enfoque en el derecho comparado, ha ocupado un lugar central en los principales proyectos europeos de armonización del derecho privado, como la Comisión Lando (Principios de Derecho Contractual Europeo), UNIDROIT (Principios de Contratos Comerciales Internacionales), el Grupo de Von Bar (Código Civil Europeo), el Trento Common Core of European Private Law y, en particular, el Grupo Europeo de Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual (conocido como *Grupo de Tilburg*). Este último adoptó una metodología flexible, basada en factores relevantes en lugar de reglas rígidas, lo que ha influido significativamente en sus *Principles o PETL*. Si bien este enfoque puede generar cierta incertidumbre —al dificultar la predicción de resultados judiciales—, responde a áreas del derecho donde las soluciones nacionales son demasiado específicas para servir como base armonizada. Aunque algunos critican su falta de precisión, el método permite adaptarse a contextos jurídicos diversos, favoreciendo una evolución jurisprudencial hacia estándares comunes (European Group on tort Law 2005, 15-16). En esencia, esta aproximación puede considerarse funcionalista, ya que busca identificar soluciones compartidas entre los ordenamientos, priorizando la finalidad práctica sobre la uniformidad formal.

[14] La identificación de géneros jurídicos ha sido una tarea discutida más allá de la filosofía y la teoría jurídica. Uno de los enfoques tradicionales en derecho comparado ha sido la comparación de similares (Örücü 2006, 36). En este campo, se emplean diversos métodos según el objetivo de la comparación, desde la reforma legislativa y la armonización o unificación del derecho, hasta la investigación teórica pura (Örücü 2006, 31-35). Aunque no es suficiente ni universalmente aplicable (Örücü 2006, 41), uno de los

cambio, el tipo de normas que suelen justificar la sentencia del juez, porque definen qué cuenta como injusto civil e ilícito extracontractual parecen más centrales, estas normas establecen los deberes intersubjetivos, las facultades de las víctimas, y las responsabilidades de los distintos victimarios. Si es así, estas normas, junto con su contenido mínimo y sus relaciones, determinan esa estructura genérica que permite establecer un marco normativo interpersonal con pretensiones de justicia[15].

El capítulo se divide en dos partes. En la primera se discute qué implica para la RCE regular relaciones intersubjetivas. En la segunda, se argumenta que las relaciones dañosas se regulan en general a través de normas secundarias de reparación, explicando sus presupuestos. Se iniciará por estas normas, porque son las que más claramente pertenecen a la RCE. Al finalizar el capítulo, se podrá estudiar más detalladamente las relaciones entre estas normas de reparación y otras que también son el objeto de estudio de la tesis.

métodos más influyentes es el enfoque funcional. Como explica Örücü, los métodos funcionales —en particular el funcional-institucional y el orientado al problema— permiten comparar instituciones jurídicas de distintos sistemas a partir de las funciones sociales que cumplen, más que de su forma normativa o terminología (Örücü 2006, 38-40). Desde esta perspectiva, la responsabilidad civil extracontractual (RCE) puede entenderse como una institución orientada a resolver un mismo tipo de conflicto: aquel en el que una persona causa injustamente un daño a otra, generando para la víctima un derecho a exigir reparación. Lo que justifica la comparación y permite reconstruir su estructura genérica no es la identidad de fuentes, remedios o doctrinas, sino el hecho de cumplir una función equivalente: regular los ilícitos civiles caracterizados por la violación de deberes intersubjetivos, habilitar la reclamación de reparación y establecer las consecuencias jurídicas de esa responsabilidad. Como ha subrayado Husa, una versión moderada del funcionalismo permite reconocer patrones comunes detrás de diferencias culturales y doctrinales, usando preguntas funcionales externas a los sistemas comparados que permite construir un marco analítico para la comparación (Husa 2003, 426-427). De este modo, el enfoque funcional ayuda a identificar como centrales aquellas normas que definen el injusto, las facultades de la víctima y las consecuencias reparadoras, desplazando a un segundo plano las diferencias locales contingentes y revelando la estructura genérica de la RCE.

[15] En el trascurso de la tesis, se argumentará que la estructura genérica de la RCE es la manifestación de un propósito racionalmente atribuido (especialmente en el capítulo 6 y 7) y una disposición para cumplir la función distintiva de la práctica: establecer un marco normativo interpersonal justo (especialmente en los capítulos 8, 9, 10).

I. La regulación de una relación intersubjetiva a través de normas bilaterales

Entre sus principales objetos, la RCE regula ciertas relaciones intersubjetivas a través de normas bilaterales. En un sentido, al decir que una norma es bilateral se hace referencia a su contenido, en el que la especificación del deber —de la conducta obligada o prohibida— figura una persona distinta al sujeto obligado por la misma. En estos casos, la acción u omisión del sujeto obligado tendrá algún efecto sobre los intereses o derechos de esa persona. Goldberg & Zipursky, por ejemplo, hablan de directivas relacionales, que «obligan a las personas a tratar o a abstenerse de tratar a otras personas de una manera determinada»[16]. Bajo una norma bilateral entendida en ese sentido, el arrendatario tiene el deber de pagar el canon de arriendo a favor del arrendador; el médico negligente tiene el deber de reparar al paciente víctima de su negligencia. La acción se especifica con relación a un sujeto.

En un segundo sentido, cuando se dice que una norma de RCE es bilateral se hace referencia a las razones que la justifican. Se indica que alguna de las razones que justifican la norma se relacionan con una persona distinta al sujeto obligado. Esa persona luego puede figurar o no en el contenido del deber, pero no es necesario que lo haga para decir que es bilateral en este segundo sentido. Entre otras razones, la norma existe porque protegerá los intereses o libertad de otra persona. Al respecto, McBride afirma que «un deber jurídico pertenece al mundo del derecho privado si es impuesto a una persona en beneficio de otra»[17]. Bajo una norma bilateral entendida en este segundo sentido, el empleado tiene el deber de colaborar con otro miembro de su equipo para cumplir con la meta de ventas porque así contribuye a los intereses de la empresa que lo contrata. En este caso, si bien el deber de conducta del empleado referencia a un compañero de trabajo, la norma bilateral lo vincula con su empleador[18].

En general, en las normas bilaterales, la persona que figura en el contenido del deber también aparece en las razones para contar con este; de manera que el hecho de que esa persona figure en las razones para contar con el deber también explica porque aparece en su contenido. El arrendador es el beneficiario del pago forzado del canon de

[16] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 92, 98)
[17] (N. J. McBride, The humanity of private Law. Part I: Explanation 2019, 40).
[18] Este ejemplo se encuentra en (Gardner, From personal life to private law 2018, 22-23).

arriendo adeudado por el arrendatario, porque es aquel con quien se ha suscrito el contrato y se tienen razones para cumplir con los contratos. El paciente debe ser reparado por su médico negligente, porque fue este paciente quien fue dañado por la acción incorrecta del médico y se tienen razones para deshacer las transacciones injustas. Pero excepcionalmente, como en el caso del empleado y su empleador, la persona que figura en el contenido de las normas bilaterales no es la misma que aparece en las razones para contar con dicho deber. En esta tesis, entonces, se hablará preferentemente del caso general. Al sostener que en una clase de casos hay una norma bilateral que regula la relación intersubjetiva de dos sujetos se indicará que ambos sujetos figuran en su contenido y también en las razones para contar con la norma. Si es un caso excepcional, se hará la precisión.

Vale la pena precisar que, al decir que un sujeto figura en las razones para contar con una norma bilateral de RCE, se quiere sostener que una autoridad puede identificar que hay ciertos derechos o intereses de ese sujeto que quedarían mejor garantizados con una norma de este tipo. En los ordenamientos jurídicos normalmente se establecen derechos expresamente reconocidos en sus códigos, leyes, constituciones, entre otras fuentes de derecho. Derechos a la propiedad, a la libertad de expresión, a la integridad física, entre otros. Estos derechos se suelen entender como el reconocimiento autoritativo en una fuente de derecho de alguna clase de interés lo suficientemente urgente o importante de los sujetos. De manera que los derechos de este tipo fácilmente justifican una norma bilateral de RCE, que promueve un comportamiento respetuoso de dicho derecho y garantizan una clase de reparación en caso de que no se dé, pero no son el único tipo de razones que lo hacen. En los ordenamientos jurídicos también se suele proteger con normas bilaterales de RCE algunos intereses no reconocidos autoritativa y expresamente en alguna fuente de derecho, código, ley, o sentencia —tal vez por su novedad o particularidad—, también en casos particulares se reconocen algunas preferencias de los sujetos. Inclusive, en ocasiones muy raras, se pueden ofrecer razones de relevancia exclusivamente pública para justificar la regulación de un caso con normas bilaterales de RCE.

Entendidos así, los derechos e intereses que aparecen en las razones para que una autoridad normativa cree una norma bilateral de RCE difieren de aquellos derechos que

aparecen en el contenido de estas, una vez existe una norma de RCE en un modelo cualquiera. Esta segunda precisión también es importante, porque la forma en la que en esta tesis se hablará de estas normas bilaterales de RCE trata de capturar este segundo entendido de derechos.

Una forma de relacionar un individuo obligado y otro acreedor con una norma bilateral de RCE y su justificación es hablar de derechos y deberes de indemnidad[19]. Los individuos tienen intereses urgentes e importantes en su integridad física. Sin ella, no podrían elegir sus fines, llevar a cabo sus planes; vivir autónomamente, libremente, generando valor en el mundo[20]. Es usual en las sociedades, especialmente en las liberales, pero no solo en estas, que una autoridad normativa como el legislador reconozca un derecho fundamental a la integridad física. Posteriormente, la misma autoridad normativa u otra puede evaluar que una forma de proteger su interés, por ejemplo, en el marco de las relaciones peatones—conductores es utilizar la RCE. Así, dicha autoridad establecerá una norma bilateral de RCE que ordena al victimario que repare a las víctimas de los accidentes de tránsito negligentes que él haya causado. En esta sociedad, un peatón podrá decir que la autoridad le ha asignado un derecho de indemnidad y a los conductores un deber de indemnidad. Bajo este lenguaje, que se favorecerá en la tesis, las normas bilaterales de RCE regulan las relaciones intersubjetivas asignando deberes y derechos de indemnidad.

Este lenguaje ha sido propuesto por Papayannis para capturar las facetas distributiva y correctiva de la RCE. Desde esta perspectiva, la RCE asigna con sus normas bilaterales esta clase de deberes y derechos. Estos son bienes primarios útiles para cualquier plan de vida porque contribuyen a proteger ciertos intereses o derechos que se asumen como legítimos, como en el caso del peatón y su integridad física. Esta característica propia de la RCE corresponde a su faceta distributiva. A su vez, estos deberes y derechos permiten evaluar en qué condiciones y de qué modos una determinada relación intersubjetiva dañosa habrá afectado ilícitamente los intereses o derechos de una víctima en concreto.

[19] Entre otros trabajos sobre este tema: (D. M. Papayannis, La responsabilidad civil como asignación de pérdidas 2014, 322, D. M. Papayannis, Derechos y deberes de indemnidad 2013) y (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, Cap. VI. 317 y ss.)

[20] Un analisis especialmente interesante de la importancia de los intereses en (Keating, Reasonableness and Risk: Right and Responsibility in the Law of Torts 2022, Ch 3).

Gracias a estos derechos y deberes una interacción determinada se puede calificar como un injusto civil, subsumible en un ilícito extracontractual. Esta característica propia de la RCE corresponde a su faceta correctiva.

Así las cosas, sostener que una norma bilateral de RCE se ha violado implica que el sujeto obligado ha incumplido con un deber de indemnidad que le asignaba alguna acción u omisión, y que el derecho de indemnidad de la víctima a dicho comportamiento se ha violado, lo cual afecta ciertos intereses o derechos de la víctima. En este lenguaje, las proposiciones que expresen algo relacionado con el incumplimiento de los deberes de RCE del victimario, serán equivalentes analíticamente a las que expresen algo relacionado con los derechos de la víctima en la RCE. En otras palabras, significa lo mismo decir que, a la luz de la RCE, el victimario ha incumplido su deber de reparar el daño ocasionado con una actividad riesgosa, y sostener que la víctima tiene derecho a ser reparada por el daño cometido con la actividad de riesgo.

II. Normas secundarias de reparación

La relación intersubjetiva que más claramente se regula con las normas bilaterales de RCE es aquella que surge con el daño entre la víctima y el victimario. Esto es, la relación dañosa. Se puede sostener que donde sea que haya RCE, si se le puede imputar jurídicamente al victimario el daño sufrido por otra persona, éste tendrá el deber de indemnidad de reparar y aquella persona tendrá el derecho de indemnidad a ser reparada. Siendo usual en los distintos modelos de RCE que se le impute dicho daño si lo ha causado por una acción culpable, riesgosa o bajo otra condición. En estos casos, el victimario deberá entregar una clase de remedio a la víctima. Y si son varios los victimarios, la autoridad que decida el caso distribuirá según el derecho vigente la responsabilidad y los deberes de reparación entre ellos.

Los textos de derecho positivo de los distintos Estados son fundamentales para argumentar que la regulación de la relación dañosa constituye un claro caso de RCE. Se pueden observar, por mencionar algunos casos, las disposiciones más relevantes en los distintos modelos de RCE, como en los Principios de Derecho Europeo de responsabilidad civil (PETL), así como en la primera norma del apartado correspondiente del Código Civil en el derecho español y colombiano:

Art. 1:101. Norma fundamental de los PETL. *(1) La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo. (2) En particular, el daño puede imputarse a la persona a) cuya conducta culposa lo haya causado.*

Artículo 1902 del Código Civil Español. El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Art. 2341 del Código Civil Colombiano. *El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.*

Todos estos preceptos, a pesar de las diferencias en su redacción, se pueden reconstruir como normas que establecen deberes y derechos de reparación. Normas, que, bajo ciertas condiciones, indican que un sujeto está obligado a reparar de determinada forma, y otro tiene el derecho que lo haga.

En general, la dogmática suele considerar que las normas de este tipo son fundamentales para regular las relaciones intersubjetivas dañosas y respetuosas, que son objeto de la RCE. En el comentario que el grupo europeo de RCE hace al artículo 1:101, se indica, por ejemplo, que esta es la norma básica, y que ella no sólo indica ciertas ideas fundamentales, sino que da una vista panorámica de las razones para ser responsable[21]. A su vez, Diez—Picazo sostiene que frente al derecho español «cualquier estudio que se acometa de la responsabilidad civil extracontractual tiene necesariamente que arrancar de lo dispuesto en el art. 1902 CC»[22].

La generalidad de esas y otras apreciaciones dogmáticas frente a textos similares y a las normas interpretadas a su luz dan fundamentos para considerar que la presencia de normas de reparación en los modelos de RCE constituye, como sostiene Papayannis, el «rasgo distintivo de la práctica»[23]. En parte, estas normas de reparación permiten

[21] (European Group on tort Law 2005, 19).
[22] (Díez-Picazo, Fundamentos del derecho civil patrimonial v. La responsabilidad civil extracontractual 2011, 19).
[23] (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 11).

explicar porque casos como el mencionado en la introducción son paradigmáticos de lo que se considera en general como RCE.

Aquí se dará una explicación sucinta de las normas de reparación con el objetivo de definir a grandes rasgos la estructura de la RCE. Para ello, se precisará su contenido normativo mínimo y las relaciones que se establecen a través de sus fundamentos con otras normas consideradas estructurales de la RCE.

A. Contenido normativo mínimo de las normas de reparación

Las normas de reparación son normas bilaterales, que, bajo ciertas condiciones, indican que un sujeto está obligado a reparar de determinada forma, a entregar ciertos remedios. Estas normas definen las propiedades del estado de cosas, constituido por un conjunto de acciones y/o eventos, en el que la víctima ha sufrido *un daño* jurídicamente relevante; el victimario ha incurrido en una acción, actividad, riesgo u otra condición bajo su control que pueda subsumirse dentro de una categoría de *factor de atribución*; y existe *una relación de causalidad* entre ambos[24]. En ese estado de cosas, el victimario debe reparar y la víctima tiene derecho a ser reparada. En otras palabras, más cercanas a los juristas y a la dogmática, los presupuestos o fundamentos básicos que hacen que surja la obligación de reparar para el victimario son *el daño causado* a la víctima con un *comportamiento jurídicamente relevante*. Mientras que *las formas de reparación* son todas aquellas acciones —en un sentido amplio—[25] que, dentro de un catálogo establecido jurídicamente, se consideran racionales para lograr que la víctima se ubique en el arco de vida al que se dirigía antes del daño[26]. Este contenido del deber de indemnidad del victimario es, a su vez, el contenido del derecho de indemnidad de la víctima, que determina en qué sentido puede exigir ser reparada[27]. En la tesis se dirá

[24] Este tipo de presupuestos se encuentran de forma general en la dogmática y en la teoría. Por ejemplo, (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 12).

[25] Esto incluye obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. Los distintos modelos de responsabilidad pueden contemplar una variedad muy amplia de remedios, que incluyen dinero, disculpas y otro tipo de acciones. Un ejemplo de un catálogo muy amplio de formas de reparación se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos y en la jurisprudencia colombiana. Muchas de ellas adoptadas a partir de procesos de justicia transicional. Al respecto se puede observar (Bolívar Jaime 2009, 72-78).

[26] (Gardner, From personal life to private law 2018, 165).

[27] Algunos han hablado de derecho a la reparación (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 143-144). Otros autores lo han denominado derecho a un remedio, por ejemplo: (Gardner, From personal life to private law 2018, 164-165).

que este es el contenido normativo mínimo de las normas secundarias de reparación y de la RCE. Ello sin hacer referencia a otras normas que están relacionadas con ellas y que ayudan a establecer su contenido, como las reglas que determinan el alcance de la responsabilidad y aquellas que asignan la responsabilidad entre una pluralidad de intervinientes y las que permiten cuantificar los daños[28].

En los distintos modelos de responsabilidad civil extracontractual (RCE) varía el contenido preciso de las categorías jurídicas de daño, nexo causal, factor de imputación y las modalidades de reparación. De este modo, en cada modelo de RCE, el contenido de los deberes y derechos relacionados con la indemnidad difiere. Por ejemplo, las autoridades eligen diferentes catálogos de eventos que constituyen daños al afectar ciertos intereses, los cuales pueden ser más o menos extensos. En consecuencia, los casos que refieren al daño en Alemania, donde el Código Civil (Bürgerliches Gesetzbuch o BGB) establece en su artículo 823, numeral 1, una lista de daños reparables, difieren de los casos que se referencian con el mismo término en los artículos 2:101 a 2:105 de los PETL, donde además de un catálogo cerrado se emplea una definición abierta de daño, lo que permite abarcar más casos según la interpretación judicial. Asimismo, esto contrasta con la estrategia utilizada en España o Colombia, donde la categoría de daño es exclusivamente una cláusula abierta a la interpretación judicial, conforme a los derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico.

Otro ejemplo se encuentra en las diversas metodologías para determinar la existencia de un nexo causal, ya sea en su sentido fáctico o jurídico[29]. Las autoridades legislativas o judiciales, basándose en un concepto de nexo causal, utilizan distintos tipos de tests y argumentos para establecer si un daño ha sido causado por un determinado factor de imputación. En otras palabras, la regulación emitida por las autoridades provoca que, de un modelo a otro, varíen los criterios para referenciar la ocurrencia de un daño o la existencia de un nexo causal. La cantidad de doctrinas, normas y detalles que varían

[28] Papayannis comparte este criterio y considera que estas normas hacen parte de las normas necesarias que inciden en la operatividad de la responsabilidad civil (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 24-34).
[29] Al respecto se puede consultar (Honoré 2015, 1486-1496).

entre los distintos modelos es considerable, incluso en aquellos ordenamientos jurídicos que cuentan con propuestas de armonización.

Sin embargo, parece que, a través de los distintos ordenamientos jurídicos en los que un caso como el de la introducción es paradigmático, el concepto de cada una de estas categorías se mantiene, al menos en sus rasgos centrales. Aquí no interesa identificar dichos rasgos centrales, aquellos que hacen posible que los juristas de los distintos ordenamientos jurídicos conversen sobre la forma como regulan en su modelo de RCE el daño[30], el nexo causal[31], el factor de atribución, la extensión de la responsabilidad o cualquier otro aspecto relevante del modelo de RCE y las diferencias que existen en torno a su regulación con otros ordenamientos.

Sin embargo, se hace importante precisar un poco más la noción de factor de atribución y de las normas de reparación porque permiten iniciar una explicación sobre la relación entre estas, que se denominarán normas secundarias, y otras que regulan el comportamiento que se les debe a los demás sujetos, normas que se nombrarán primarias, y aquellas normas que regulan el procedimiento para exigir su cumplimiento, que se llamarán terciarias. En principio, la explicación se centrará en los factores de atribución porque son estos los que definen el régimen de responsabilidad en el que se enmarca la norma de reparación, definen si este régimen es subjetivo u objetivo.

1. Factores de atribución

Entre los presupuestos de la obligación de reparar asignada por las normas secundarias, el factor de atribución establece una conexión clara con la idea de deberes jurídicos de comportamiento, es decir, con las normas primarias de RCE. Algunos autores, como Papayannis, de forma amplia consideran que es una norma que define «una acción, actividad o riesgo perteneciente a la esfera de la parte demandada que pueda subsumirse en alguna de las categorías de condiciones a las cuales el ordenamiento atribuye responsabilidad»[32]. Por supuesto, esta definición tan amplia persigue describir

[30] Una importante contribución a la idea de daño (Vargas Tinoco, Tesis doctoral. Más allá de una indemnización: autnomía y respeto en la responsabilidad civil 2020).
[31] Sobre el concepto de nexo causal se pueden consultar entre otros trabajos (Honoré 2015), (R. W. Wright, Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts», 1988) (W. R. Wright 2001).
[32] (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 14).

la diversidad de situaciones en las que surgen deberes de reparación y en las que suele estar justificado jurídicamente, otras cuestiones consideradas, declarar responsable a un sujeto. La definición amplia da cuenta no sólo de la responsabilidad por culpa y riesgo, sino también de la responsabilidad por el hecho del tercero, e incluso de la responsabilidad por acciones injustas justificadas. Pero al hacerlo, no distingue entre ser obligado a reparar y ser declarado responsable; ni precisa lo que significan esas situaciones y por qué originan obligaciones o responsabilidades ulteriores[33].

Existen al menos dos formas de explicar los factores de atribución con mayor precisión. La primera explicación sostiene que estos factores siempre hacen referencia a una acción, actividad o riesgo concretado que pertenece a la esfera de la parte demandada, y que implica el incumplimiento de un deber jurídico de alguna clase. Así, el incumplimiento de este deber, sumado a la causación de un daño, genera la violación de otro deber: un deber de RCE, cuyo incumplimiento justifica que las autoridades asignen deberes secundarios de reparación y posteriores responsabilidades al victimario.

Bajo esta explicación, no es necesario que dicho deber jurídico forme parte de la RCE, aunque podría hacerlo. En este sentido, se puede afirmar que el deber de reparar surge, en parte, porque se ha violado un deber jurídico, ya sea proveniente de cualquier área del derecho o de una norma específica del modelo de RCE, una norma que prohíbe causar daños mediante dicho incumplimiento. De acuerdo con esta primera explicación, en aquellas situaciones en las que no se podría considerar la existencia de un deber jurídico de comportamiento, la imposición de deberes de reparación y responsabilidades estaría injustificada. Si, a pesar de ello, un juez declara a un sujeto civilmente responsable, esto podría explicarse porque el juez ha creado un deber de conducta retroactivamente o porque su sentencia es contraria al derecho vigente.

En este sentido, para esta primera explicación del factor de atribución, que se enmarca en una comprensión general de la RCE, todos los ilícitos extracontractuales que permiten la atribución de responsabilidad son injustos civiles; es decir, implican el incumplimiento de deberes jurídicos de algún tipo[34]. En otras palabras, el incumplimiento de un deber de

[33] En este apartado se precisa la idea de factor de atribución y se deja para el apartado 2.3. la distinción entre deberes y responsabilidades, que será relevante para la estructura de la RCE.
[34] Un ejemplo de la primera explicación (D. M. Papayannis, Tort Law without Interpersonal Justice: A

RCE es una condición necesaria y, aunque derrotable, normalmente suficiente para justificar la imposición de responsabilidad civil[35].

Una segunda forma de explicar los factores de atribución distingue entre dos tipos de casos. En algunos, como sostiene la primera explicación, los factores de atribución forman parte de los presupuestos o fundamentos que justifican la asignación de los deberes secundarios. En estos casos, estos factores referencian el incumplimiento de un deber jurídico, ya sea impuesto por la RCE o por otra área del derecho.

En otros casos, más excepcionales, aunque no existieran deberes de conducta que calificaran la acción como injusta civilmente, los factores de atribución pueden referirse a razones jurídicas de peso que justifiquen estos deberes secundarios. En esta situación, estas razones, que podrían basarse en política pública, justifican el uso del derecho para forzar a un sujeto a reparar el daño que otro ha sufrido, aun cuando en el momento del daño no existía un deber jurídico que ese sujeto "dañador" hubiera incumplido.

Por lo tanto, en estos casos excepcionales, el deber de reparar podría justificarse por la existencia de razones jurídicas no derrotadas para que sea ese sujeto, y no otro, quien deba reparar el daño, o para que la víctima no soporte las consecuencias de su propio daño. Por ejemplo, puede haber razones de política pública o de solidaridad que justifiquen que el sujeto demandado pertenezca a una clase de personas en mejores condiciones de reparar[36].

Como se ve, en esta segunda explicación, la mayoría de los ilícitos extracontractuales constituyen injustos civiles, es decir, implican el incumplimiento de algún tipo de deber. Sin embargo, hay algunos casos de ilícitos extracontractuales que no se justifican por el incumplimiento de deberes, sino por razones con gran fuerza normativa[37].

Comment on Gregory Keating's "Reasonableness and Risk" Proxima publicación).

[35] (Gardner, Torts and other wrongs 2019, 4) y (Gardner, Backwards and forwards with tort law 2019, 126-130).

[36] En Colombia, por ejemplo, se ha desarrollado una interpretación jurisprudencial de la responsabilidad del Estado que encuentra razones de solidaridad para forzarlo a reparar los daños de las víctimas del conflicto armado interno, incluso en ausencia de causalidad o incumplimiento de deberes. Una descripción de esto en: (M'causland Sanchez 2013).

[37] Sobre una interpretación en general de la RCE que le daría cabida a esta segunda explicación de los factores de atribución (Boonzaier 2023).

Generalizando, bajo esta explicación, una descripción apropiada de la RCE indicaría que el incumplimiento de un deber es suficiente para justificar la imposición de responsabilidad extracontractual. No obstante, esta justificación puede ser derrotable en ciertos casos[38]. Esto no significa que, bajo una teoría sustantiva o normativa de la RCE, todos los casos excepcionales estén siempre justificados. De hecho, se podría alegar —aunque no es un tema central en este capítulo— que existen razones sistemáticas y generales para no reparar estos daños[39] y que, consideradas todas las razones disponibles, una declaración de responsabilidad en estos casos sería incorrecta[40].

Ahora, al observar el derecho positivo, se encuentra que ambas explicaciones pueden abarcar, en alguna medida, los distintos casos de factores de atribución observables en los modelos de RCE. Estos son los factores de atribución subjetivos, los factores de atribución objetivos, y la responsabilidad por acciones justificadas. En este capítulo, la explicación detallada de cada uno de ellos y lo que implican para el razonamiento práctico de los sujetos —funcionarios públicos o ciudadanos— no es relevante para entender la estructura de los modelos de la RCE. Por ello, estas cuestiones, aunque interesantes, se dejarán para el capítulo 2.

Los factores de atribución subjetivos hacen referencia al incumplimiento de un sujeto de ciertos estándares de conducta y a los resultados dañosos asociados con estas conductas. Por una parte, estos factores se refieren a deberes de conducta jurídicos que incumplidos hacen incorrecta la conducta de un sujeto con independencia del resultado de su acción. Por otra, se puede interpretar que existen, además, deberes de no dañar con culpa que sólo se incumplen con el resultado incorrecto. Ambos tipos de deberes son bilaterales, y tanto su contenido como razones subyacentes hacen referencia a los

[38] (Boonzaier 2023, 39)

[39] Gardner argumenta, por ejemplo, que las personas tienen razones para «seguir con la vida», en lugar de «llorar sobre la leche derramada». Así, lo mejor que un sujeto racional haría sería dejar el evento que le ha causado una molestia a alguien atrás, sin hacer algo más al respecto; algo para conformarse a las razones que tenía para no causar dicha molestia. A menos que esas razones estén aseguradas, y excluyan esas otras razones para seguir con la vida. Sólo cuando el sujeto racional está bajo un deber de comportamiento, podría darse el caso que después del incumplimiento, del injusto civil, las razones continúen de forma estable y concluyente para fundamentar un deber de reparación y posiblemente una responsabilidad (Gardner y Macklem, Reasons 2004, 467 y ss) y (Gardner, From personal life to private law 2018, 126 y ss).

[40] Esta es una forma de interpretar la crítica de Raz a la responsabilidad fundamentada en deberes objetivos o estrictos (J. Raz, Responsibility and the Negligence Standard 2010).

derechos o intereses de las posibles víctimas. Es previsible que conducir un vehículo automotor, realizar un procedimiento médico o cualquier labor profesional sin medidas de precaución hará más probable que se causen daños a ciertos sujetos vulnerables como los peatones, los pacientes o los clientes. Por ello, los conductores, médicos, o profesionales deben actuar con diligencia. No hacerlo es incorrecto. Así mismo, causar un daño con estas conductas culpables afecta aún más el bienestar de la víctima y, por tanto, hay más razones para considerarla incorrecta. Los ejemplos de las normas secundarias que contemplan estos factores subjetivos de atribución son las citadas en la sección 2.

El incumplimiento de estos deberes referenciados por los factores de atribución subjetivos tiene dos modalidades: la actuación culposa o dolosa[41]. Una vez el sujeto incumple un estándar de conducta bajo cualquiera de las dos modalidades y, además, se produce un daño como consecuencia no buscada o efecto buscado de esta conducta incorrecta, se puede decir que el sujeto también incumplió un ulterior deber de no dañar con culpa. A partir de estas acciones injustas civilmente hablando, surge en cabeza del victimario un deber de reparar y una vulnerabilidad frente a la víctima, si es que en tal ordenamiento jurídico ella está facultada jurídicamente para reclamar dicho derecho.

En la literatura no hay mayor desacuerdo sobre la afirmación de que en los regímenes subjetivos de responsabilidad el factor de atribución se refiere al incumplimiento de deberes de conducta que exigen ciertas acciones razonables para evitar el daños, i.e. medidas de precaución, sin importar las intenciones o estados mentales de los sujetos obligados al momento del incumplimiento[42]. Así, ambas explicaciones explican estos factores de atribución subjetivos sin mayor problema. En cambio, los factores objetivos

[41] La forma como se entienden en la tesis ambos conceptos se desarrollará más a profundidad en el capítulo segundo. Para efectos de la estructura este nivel de detalle no es tan relevante.

[42] Mucha literatura critica este tipo de responsabilidad subjetiva. Entre otros (Rosen 2004). Algunas autoras niegan la relevancia de los deberes relacionales o de las directivas relacionales como parte de una explicación del régimen subjetivo de responsabilidad, por ser contrarias a una teoría convincente de la acción. Ver (Rodriguez-Blanco, The law of negligence, blameworthy action, and the relationality thesis: a dilema for Goldberg and Zipursky's civil recourse theory of tort law 2022). Más adelante, al hablar de la guía que estas normas les ofrecen a los ciudadanos, se precisará a profundidad el contenido de las normas que pertenecen a un régimen de responsabilidad subjetiva.

de responsabilidad corren con una suerte diferente, y ofrecen cargas distintas para quienes sostienen una u otra explicación.

En general, los *factores de atribución objetivos* hacen referencia a ciertos resultados que se espera que un sujeto obtenga o garantice[43]. El deber de reparar los daños ocasionados en el desarrollo de actividades peligrosas o por los hechos de un tercero dependiente, son unos ejemplos paradigmáticos de deberes de reparación que surgen en el marco de un régimen objetivo de responsabilidad que contempla este tipo de factores. En los casos en los que surgen estos deberes y se pretende atribuir responsabilidad por su incumplimiento, no se necesita probar que el sujeto haya desarrollado su conducta con intenciones reprochables, o incumpliendo algún estándar de comportamiento, pero la consecuencia de su acción permite calificarla como incorrecta, injusta desde el punto de vista civil.

En el marco de actividades riesgosas, los diversos modelos de RCE contienen normas abiertas de responsabilidad objetiva o, de otra forma, cláusulas generales de responsabilidad por riesgo. Verbigracia, los PETL, en el artículo 1:101 indican: «(1) La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo. […] b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado»; en el código civil y comercial argentino, en el artículo 1757 que establece: «toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización», y otras semejantes. También existen normas que en casos concretos establecen que aplican deberes de responsabilidad objetiva. Tales como los deberes de reparar los daños causados por animales peligrosos, o aquellos causados en el marco de la actividad de transporte de cualquier tipo, o con las instalaciones de energía, etc.[44].

[43] Ninguna de las dos explicaciones que reconstruyo a continuación del factor de atribución objetivo, bien a partir de una idea de deber de comportamiento o bien de razones *pro tanto* para actuar de determinada forma, desafía la posibilidad de responsabilidades por la consecuencia no buscada (o no intencional) de las acciones humanas. Algunas tesis que si argumentan en contra de la responsabilidad objetiva: (Brudner, The Unity of the Common Law 1995, 190) y una defensa frente a estos argumentos en (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019) y (Gardner, Some rule-of-law anxieties about strict liability in private law 2019).

[44] (Martín-Casals y Ribot Igualada 2003, 841-845).

Bajo la primera explicación, el factor de atribución objetivo siempre se referirá a deberes jurídicos que obligan a alcanzar un resultado: deberes de no dañar con riesgo, las cuales una vez son incumplidos hacen incorrecta la conducta del sujeto[45]. Dichos deberes de resultado son bilaterales, y tanto su contenido como sus razones subyacentes se relacionan con ciertos derechos o intereses especialmente importantes de las posibles víctimas. Así, en actividades en las cuales hay altas probabilidades de que se cause un daño grave, incluso con el máximo de las precauciones tomadas por quien la desarrolla, se suelen encontrar razones para establecer este tipo de regímenes objetivos de responsabilidad. En actividades como conducir un automóvil, distribuir electricidad, demoler algún edificio, entre otras, las autoridades suelen asignarles a los sujetos el deber de no dañar, el deber de reparar y la posibilidad de ser declarados responsables, si la victima resuelve utilizar sus facultades en su contra. Algo muy similar se puede decir frente al factor garantía, sólo que el resultado garantizado proviene de la acción de otro sujeto. Un ejemplo paradigmático es la responsabilidad por los daños causados por los hijos, por o los dependientes[46].

En algunas ocasiones, bajo esta primera explicación, se puede interpretar que las autoridades crean deberes de conducta de forma retroactiva. Ello sucederá al considerar que cierto resultado producido en el marco de una actividad debe ser regulado con un régimen de responsabilidad objetiva, sin que previamente hubiese una norma que lo indicara; o, en los modelos en los que ya existen estos regímenes, y son regulados con cláusulas generales, cuando la autoridad considera *ex post* que una actividad novedosa es riesgosa y que el particular debía saberlo al empezar a desarrollarla, aun cuando para este particular hubiese sido muy difícil o imposible saberlo, por ejemplo, porque se

[45] El argumento para sostener la presencia de estos deberes de no dañar en alguna circunstancia se encuentra en el capítulo segundo. Por ahora, basta aceptar que la primera explicación del factor de atribución presupone estos deberes.

[46] En el capítulo me he concentrado en la responsabilidad por el hecho propio para simplificar el análisis de la estructura de los modelos de RCE. La afirmación que se está haciendo indica que la responsabilidad por el hecho de terceros puede interpretarse como una que se fundamenta en un deber de resultado: quien es vulnerable frente a este tipo de responsabilidad debe garantizar que sus dependientes (hijos, empleados, funcionarios, etc.) no causen daños con culpa o riesgo. Es verdad que en el mundo continental este tipo de responsabilidad se suele atribuir en los códigos por el incumplimiento de deberes de diligencia. En otras palabras, se fundamenta en un deber de medio. Sin embargo, la mayoría de las veces estos regímenes se han interpretado para que estos deberes de medio se hagan tan exigentes como los deberes de resultado. Una explicación de este proceso en (Sconda 2017); una explicación actual de esta clase de responsabilidad en (Gilli Saldaña 2022).

desconocían los riesgos que concretados fundamentan la declaración de responsabilidad. En estas últimas ocasiones, esto sucede, entre otras cosas, por la generalidad de algunas normas que indican la atribución de este tipo de responsabilidad a “actividades riesgosas”, sin indicar cuáles lo son o los criterios para saberlo. Excepcionalmente, algunos modelos establecen criterios que permiten evaluar que una actividad es riesgosa o anormalmente peligrosa. Por mencionar un caso, los PETL indican que si una determinada actividad crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio o si no es una actividad que sea objeto de uso común, se considerará riesgosa. En estas ocasiones en las que se pueda decir que se ha creado retroactivamente un deber de no dañar con riesgo, las autoridades tendrían que justificar por qué lo hicieron. Dicha carga también debería ser satisfecha por quienes recurren a la primera explicación para dar cuenta de los casos de responsabilidad objetiva en ausencia de deberes explícitos.

Bajo la segunda explicación, el factor riesgo no hace referencia necesariamente a deberes de comportamiento. Se dice que no es necesario que en estos regímenes se interprete que existen deberes de comportamiento para justificar los deberes de reparación o las responsabilidades[47]. Esto no quiere decir que no pueda haber, de hecho, ciertos deberes objetivos o estrictos en el modelo de RCE por decisión de las autoridades. Desde esta teoría, en las ocasiones en las que no hay deberes explícitos de no dañar con riesgo, se diría que el factor de atribución hace referencia a razones de peso o de mucha fuerza que ordenaban no dañar con riesgo y que estas contribuyen, después de que ocurra el daño, a justificar la obligación de reparar.

Raz, por ejemplo, sostiene que cuando se atribuye responsabilidad civil fundamentada en deberes de no dañar con riesgo u otra clase de deberes objetivos u estrictos de este tipo, «se carece de una explicación para ese deber»[48]. En palabras de Boonzaier, «El problema es que falta una justificación discernible para este deber objetivo: el deber objetivo, es decir, de no dañar la propiedad del vecino mediante inundaciones»[49] o riesgos. Así, lo que tendría que sostenerse es que antes del daño hay razones *pro tanto*

[47] (Boonzaier 2023, 37).
[48] (J. Raz, Responsibility and the Negligence Standard 2010, 8).
[49] (Boonzaier 2023, 38).

para que los daños no ocurran, este es el resultado esperable[50], y, después del daño, tiene valor social compensar a quienes son afectados por riesgos extraordinarios. En particular, hay razones para que la persona que decidió crear ese riesgo, que obtiene beneficios de ello y que probablemente esté en mejor posición para asumir las pérdidas, sea quien se haga responsable de ellas[51].

La segunda explicación de los factores objetivos de atribución distinguiría entre los casos que el legislador previamente ha regulado, bien sea a través de cláusulas generales o específicas y aquellos que no lo ha hecho. En los casos en los que no hay deberes creados por una autoridad normativa y, a pesar de ello, los jueces asignan responsabilidades de reparación por daños causados en el marco de actividades lícitas —carentes de culpa— se estaría frente a una responsabilidad justificada en razones normativas y no en deberes creados retroactivamente. En estos casos, habría una continuidad de razones *pro tanto* para no dañar, que después del daño siguen exigiendo conformidad y justifican deberes de reparación y responsabilidades. Esto, por supuesto, vendría con una carga argumentativa que justifique por qué el particular puede ser declarado responsable en ausencia de un deber jurídico[52].

Finalmente, en algunos modelos de RCE, las autoridades jurídicas asignan deberes secundarios de reparación y responsabilidades por acciones injustas, civilmente hablando, a pesar de que todas las cosas consideradas estaban justificadas. Ambas explicaciones darían cuenta de este tipo de factores de atribución de la misma forma, relacionándolos con el incumplimiento de un deber. En esas situaciones, existe un deber de comportamiento, por ejemplo, uno de diligencia que ordena a un sujeto tomar medidas para evitar dañar los derechos o intereses de los sujetos, que es incumplido justificadamente por el victimario. Verbigracia, en los PETL, el artículo 7:101. establece como causas de justificación para la responsabilidad subjetiva la legítima defensa, el estado de necesidad, la auto—ayuda, el consentimiento de la víctima, o si ésta asumió el riesgo de resultar dañada, o en virtud de una autorización legítima como, por ejemplo,

[50] (J. Raz, Responsibility and the Negligence Standard 2010, 7-8).
[51] (Boonzaier 2023, 38). Estas son las razones que se suele utilizar para justificar la responsabilidad objetiva en la dogmática, y que son conocidas como teoría del riesgo. Al respecto (Martín-Casals y Ribot Igualada 2003).
[52] (Boonzaier 2023, 38-39. Nota 23).

la licencia. Mientras que el artículo 7:102 reconoce como causales de exoneración para la responsabilidad objetiva la fuerza mayor, o la conducta de un tercero. Ambos preceptos indican no sólo la posibilidad de excluir totalmente la responsabilidad, sino también su reducción.

En la tradición del *common law*, el caso *Vincent v Lake Erie Transportation*[53] se presenta paradigmáticamente como responsabilidad por una conducta razonable. La jurisprudencia ha definido a partir de este en qué ocasiones la actuación del demandado, aunque justificada, genera responsabilidad civil. En realidad, el modelo de RCE contingentemente determina si las causales de justificación quedan reguladas con una cláusula abierta o de forma taxativa, y si no están reguladas incluyendo una restricción interpretativa se abre la posibilidad de que se construyan a través de una interpretación que las encuentre implícitas.

El hecho que exista responsabilidad por acciones justificadas en los modelos de RCE, así sea reducida, se explica porque una descripción apropiada de la RCE indica que el incumplimiento de deberes —la injusticia civil— en algunas ocasiones puede ser razonable, incluso encomiable, pero no deja de ser una injusticia[54]. O, de acuerdo con Papayannis, una vez «se advierte que el deber de no dañar puede ser infringido justificadamente, la disociación del *alterum non laedere* y de la antijuridicidad es perfectamente coherente»[55]. Por ello, se puede justificar la atribución de deberes de reparación o responsabilidades por acciones que todas las cosas consideradas están justificadas.

En los casos anteriores se observa que ambas explicaciones de los factores de atribución no son completamente incompatibles. Intuitivamente, se podría pensar que la segunda explicación abarca más casos que la primera, ya que, bajo esta, es posible explicar el contenido del factor de atribución recurriendo tanto a deberes de comportamiento, explícitos o implícitos, como a la creación de deberes que se aplicarían de manera

[53] *Vincent v Lake Erie Transportation* Co 124 NW 221 (Minn 1910).
[54] (Boonzaier 2023, 24).
[55] (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 185).

retroactiva. Además, permite fundamentar los deberes de reparación y las responsabilidades subsiguientes en razones de considerable peso y relevancia jurídica.

A pesar de la aparente mayor capacidad explicativa de la segunda explicación y del hecho de que algunos practicantes, teóricos y dogmáticos están dispuestos a denominar responsabilidad civil extracontractual aquellos casos en los que existen deberes de reparación y posibles responsabilidades sin que estén fundamentados en deberes de comportamiento primarios, aquí se restringirá dicha denominación únicamente a los casos en los que dichos deberes sí están presentes. Esto no implica negar que la discusión al respecto pueda ser interesante, ni que puedan existir razones teóricas y normativas para considerar la existencia de obligaciones de reparación hacia los demás, incluso en ausencia de deberes de comportamiento. Sin embargo, se optará por una visión más acotada, dejando este debate para un análisis posterior. En el capítulo 3, al hablar del propósito de los modelos de RCE, se tendrán insumos teóricos y conceptuales para fundamentar mejor esta estipulación.

2. Formas de reparación o remedios

Las normas secundarias establecen la obligación del victimario de reparar de alguna forma o de entregar un remedio a la víctima. Así, una interpretación adecuada de estas normas en un caso concreto requiere establecer un tipo de deber de reparación. Por ejemplo, devolver un bien en concreto, pagar una suma determinada de dinero, disculparse, o abstenerse de realizar ciertas acciones. Si se observa el derecho positivo, en los distintos modelos de RCE, se encuentran múltiples formas de reparación que tienen por objeto «situar nuevamente la vida del demandante en la vía anterior, o en todo caso, permitirle volver a situar su vida en la vía anterior (*aliter*), aunque no necesariamente en su posición anterior (*ante*) en esa vía»[56]. En otras palabras, estas obligaciones tienen el propósito de proveerle a la víctima los medios necesarios para que

[56] Esta forma de describir la reparación es de Gardner (Gardner, From personal life to private law 2018, 165 y ss). La cual me parece más apropiada que hablar del *statu quo ante*, pues en pocas ocasiones se puede lograr volver al momento exacto en el cual se encontraba la víctima, si es que alguna vez se puede. Piénsese en los daños corporales o aquellos que afectan los bienes inmateriales o el componente extrapatrimonial de la propiedad de los sujetos. Parece que ese estado de cosas anterior solo se puede alcanzar casi perfectamente con la restitución de los bienes muebles o del dinero. E, incluso aquí, alguno podría decir que el bien es distinto o que el dinero no es el mismo, etc. Tal vez lo más relevante es que el demandado hubiera respetado los derechos o intereses de la víctima.

siga persiguiendo los fines que había seleccionado y que se ven obstaculizados con el daño causado con culpa u otra condición.

El propósito de reparar a las víctimas es una característica importante de las normas secundarias en los modelos de RCE, dado que contribuye a individualizar estos modelos frente a otras áreas del derecho privado. En el enriquecimiento injustificado se pretende la devolución de ciertas ganancias ilícitas, antes que la reparación de los daños causados. A su vez, en el *common law*, se utiliza este propósito para distinguir la RCE de la equidad (*law of equitable wrongs)*[57]. Todas estas áreas del derecho privado establecen formas de justicia correctiva con remedios que persiguen propósitos distintos. En el caso de la RCE el propósito es devolver a la víctima algo del bienestar que ha perdido.

En el marco de este propósito, se encuentran al menos tres tipologías de formas de reparación o remedios. Una de las más relevantes es la indemnización, que pretende reparar a la víctima a través de algo que la compense o que le restituya aquello que ha perdido. Si se observan los PETL, en el artículo 10:101, se contempla como remedio la indemnización, y se reconoce que su finalidad principal es «compensar a la víctima, es decir, para reestablecerla, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito por el que reclama no se hubiera producido». En este modelo, la víctima también puede solicitar una reparación en forma específica a la luz del artículo 10:104, «en la medida en que ésta sea posible y no excesivamente gravosa para la otra parte». Se puede asumir con seguridad que la indemnización y la restitución son los remedios más usuales en los distintos modelos de RCE, esto se corrobora con distintas disposiciones estipuladas en los distintos ordenamientos jurídicos: Colombia con su art. 1613 del código civil, España con su art. 1106 del código civil, e incluso en los países del *common law* se encuentra jurisprudencia que reconocen reparaciones

[57] (Gardner, Torts and other wrongs 2019, 6-12; 21).

generales[58] y reparaciones específicas[59]. Sin importar si se está versando de daños patrimoniales o no patrimoniales.

A su vez, en los modelos de RCE latinoamericanos se pueden encontrar otras formas de reparación distintas a la indemnización. En estos, se han incluido, además de las obligaciones de dar como la indemnización, obligaciones de hacer y de no hacer influenciados por la jurisprudencia de la corte Interamericana. Muchas de esas formas de reparación novedosas se han adoptado en el marco de procesos de justicia transicional[60]. De tal suerte, si se generaliza, se puede sostener que los distintos modelos de responsabilidad pueden contemplar una variedad muy amplia de remedios, que incluyen dinero, disculpas y otro tipo de acciones o abstenciones.

Finalmente, un remedio cada vez más usual en los modelos de RCE es el de los daños punitivos. Este se puede definir como la adjudicación de una norma secundaria de reparación a un caso concreto, a través de la asignación al victimario de una obligación monetaria extra-compensatoria, es decir, que persigue reparar algo más que el daño[61]. Por ejemplo, una reparación extra-compensatoria decretada en virtud del comportamiento abiertamente irrespetuoso de los derechos de una empresa que puso un vehículo altamente riesgoso en el mercado al calcular el costo de rediseño o de retirada del vehículo. En esos casos, los daños punitivos pueden considerarse como una forma de reparación o remedio porque pueden interpretarse como parte de un esquema de justicia interpersonal. Estos cumplen una función expresiva y reivindicadora, reparan a la víctima al permitirle expresar su indignación y su rechazo hacía el acto que realizó el victimario. Son formas de reparación o remedios que más que un castigo o una retribución involucran «quiénes somos y el significado que construimos a la luz de las circunstancias del injusto»[62].

[58] El término utilizado en inglés es «general damages awards» que incluyen conceptos como: «loss of society», «pain and suffering», «loss of amenity», «disappointment», «performance interest», «loss of a right», «Nominal damages».
[59] Ver (Gardner, From personal life to private law 2018, 153-154).
[60] Al respecto se puede observar (Bolívar Jaime 2009, 72-78).
[61] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020).
[62] (Martínez Alles 2018, 245).

B. Conexión entre los deberes de reparación y los deberes de comportamiento

Los factores de atribución —aunque en realidad todos los fundamentos de los deberes de reparación— establecen una relación de las normas secundarias con alguna clase de deber jurídico. De acuerdo con el derecho positivo, los deberes y derechos de reparación en la RCE surgen, entre otras cosas, cuando se incumplen los deberes jurídicos que protegen un derecho o interés de la víctima o por razones relevantes jurídicamente. Bajo tal lectura, existen normas jurídicas que protegen ciertos intereses urgentes o derechos en cabeza de ciertos sujetos y, al mismo tiempo, reconocen deberes de comportamiento en cabeza de otros sujetos para defenderlos. Así, cuando las autoridades lo determinan, la RCE agrega una nueva protección jurídica. En la legislación colombiana y en los PETL, por ejemplo, un peatón tiene el derecho a ser reparado por el conductor de un automóvil, en el marco de la actividad de conducción, incluso cuando el conductor no ha actuado con culpa[63]. Esto protege de forma más exigente su interés y derecho a la vida y a la integridad física, que un derecho a ser reparado cuando el conductor le daña con culpa. Esta protección es adicional a aquella que conceden las normas de tránsito y los códigos penales, cuando estas otras normas establecen ciertas obligaciones jurídicas al conducir vehículos automotores.

Autores como Weinrib y Ripstein utilizan esta relación entre normas secundarias de reparación y otras normas para sostener una interpretación en la que se dice que, en últimas, en cada caso de RCE, sólo existe un tipo de norma que reconoce un derecho fundamental y que cimenta todas las obligaciones que se asignan en estos modelos, de comportamiento y reparación. En otras palabras, estos autores sostienen que hay una unidad o identidad entre los derechos violados con el daño o el incumplimiento de los deberes que causan dicho daño, y la forma en la que se ordena su reparación a la luz de la RCE[64].

---

[63] En Colombia, la Corte Suprema de justicia, en la sentencia del 14 de marzo de 1938, estudió un caso en el que los padres de un niño muerto demandan la responsabilidad de un conductor de un automóvil que lo arrolló sin incumplir ninguna norma de diligencia. En esta sentencia, la Corte interpretó el artículo 2356 del código civil y estableció una norma novedosa que atribuye responsabilidad por culpa presunta derivada del «ejercicio de actividades riesgosas». En este nuevo régimen de responsabilidad objetiva el victimario no puede exonerarse sino desvirtúa el nexo causal.

[64] La denominación de esta tesis como tesis de la unidad es (D. M. Papayannis, The Morality of

El argumento que Weinrib y Ripstein utilizan de forma similar sostiene que los derechos y los deberes que les desarrollan, no se extinguen con su violación[65]. Si un sujeto destruye la propiedad de otro, este no extingue el derecho de quien tenía dicha propiedad; de hacerlo, podría liberarse de las obligaciones impuestas por los derechos de los demás de forma unilateral y sencilla, incumpliéndolas. De acuerdo con Weinrib, si se quiere rechazar esta conclusión absurda, se tiene que aceptar que el derecho previo al daño demanda una abstención, y cuando el daño ocurre, demanda una reparación. A su vez, también se tiene que aceptar que la única forma de repararlo sería que el victimario se encargue por su cuenta de deshacer los efectos adversos de su acto injusto, en términos de ganancias y pérdidas normativas. En palabras de Weinrib: «*el único* modo que con el demandado puede cumplir su obligación respecto al derecho del demandante es deshacer los efectos de ese incumplimiento deber»[66]. Así, «el derecho violado del demandante y la reparación del derecho por el demandado *son el mismo derecho* o su equivalente»[67].

La tesis de la unidad tiene pretensiones conceptuales, pero, sobre todo, normativas. No sólo pretende describir de una forma sencilla y elegante la estructura de la RCE, en términos de un solo tipo de normas; también pretende preceptuar el tipo de razones que son relevantes en la regulación de las relaciones interpersonales: exclusivamente razones de justicia correctiva. Esto es, razones que llevarían a un sujeto razonable a considerar que debe respetar los intereses o derechos de los demás y repararlos cuando los ha violado.

En este punto, no interesa discutir la plausibilidad normativa de esta tesis[68], sino su capacidad explicativa. En otras palabras, lo que interesa es analizar si la interpretación

---

Compensation Through Tort Law 2023, 9-12). Mientras que su mote de tesis de la identidad corresponde a (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 224).

[65] En sus palabras: «el propósito de los daños es hacer como si nunca hubiera ocurrido un injusto civil» (Ripstein, Private Wrongs 2016, 23).

[66] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 166).

[67] (Weinrib, Corretive Justice 2012, 91-92).

[68] La lectura normativa de la tesis de la unidad o identidad en la RCE ha sido criticada por su insuficiencia para justificar en última instancia el valor de la RCE. (D. M. Papayannis, El valor intrínseco de la responsabilidad civil 2018, 133-134) y (D. M. Papayannis, The Morality of Compensation Through Tort Law 2023, 8-12). En la sección tercera de la tesis se profundizará este punto, al hablar del propósito de la práctica de la RCE.

que hacen quienes sostienen la tesis de la unidad alcanza para describir ciertas características prominentes de los modelos de RCE y del derecho positivo. Mostrándose que no es así porque esta tesis implica una forma poco intuitiva de describir e individualizar los deberes en los modelos de RCE, y porque impide considerar otro tipo de razones que son relevantes para que las autoridades asignen o no deberes y derechos de reparación, además de las razones relacionadas con la justicia correctiva. Por ejemplo, las razones que justifican deberes de reparación sin deberes de comportamiento en algunos casos referenciados por el factor objetivo de atribución.

1. La individualización de los deberes a la luz de las normas bilaterales

La individualización de los deberes hace referencia al ejercicio interpretativo que le permite a un teórico o a un jurista —dogmático, abogado, juez, etc.— determinar que una norma bilateral exige determinado deber y no otro. Les permite afirmar, por ejemplo, que este es un deber contractual y el otro un deber proveniente de una ley tributaria. Hay al menos dos formas en las que se ha teorizado esta individualización. La primera forma de hacerlo es a través de las acciones que demandan. Según esta[69], las acciones son requisitos necesarios y suficientes para la identificación de un deber bilateral o de una obligación jurídica, que se asumirán como lo mismo. En otras palabras, si alguien quiere identificar una obligación y distinguirla de otras basta hacer referencia a la acción que dicha obligación obliga o prohíbe. Por ejemplo, la prohibición del tratamiento de datos personales para fines distintos a los permitidos por el interesado permitiría individualizar una obligación legal contenida en el Reglamento (UE) 2016/679 de la unión europea[70].

La individualización de las obligaciones a través de la acción ha sido criticada por los defensores de la tesis de la unidad. Weinrib, por ejemplo, considera que es equivocada porque «diferentes acciones pueden ser requeridas por un solo deber, y una sola acción puede ser requerida por diferentes deberes»[71]. Así, bajo su idea, esta concepción sería

[69] (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 225).
[70] Obsérvese el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.
[71] (Weinrib, Corretive Justice 2012, 89).

al mismo tiempo sobreincluyente e infraincluyente[72]. Su versión de la individualización de las obligaciones, se sigue como un corolario de su teoría normativa que se centra en aquello que es necesario para el respeto de los derechos.

Por una parte, Weinrib considera que es sobreincluyente porque hay obligaciones jurídicas que se cumplen con la realización de múltiples acciones, y, por tanto, esta concepción los dejaría afuera[73]. Por ejemplo, una obligación dineraria se puede pagar con un depósito, un cheque, o una transferencia, siempre que cumplan con los requisitos jurídicos establecidos en un determinado ordenamiento jurídico. Otro ejemplo de la idea se observa frente al deber de diligencia de un depositario, quien debe cuidar una planta manteniendo su camioneta cerrada mientras la transporta y, también está obligado a regarla regularmente. En ambos casos se puede observar que hay múltiples acciones que permitirían cumplir o incumplir con el mismo deber. Así, individualizar una obligación con referencia a una sola acción, tendría que explicar por qué hay varias acciones que cuentan como un solo deber.

Por otra parte, Weinrib sostiene que la individuación a través de acciones es infraincluyente[74]. Esta deja de contemplar casos de obligaciones jurídicas en las que la misma acción puede exigirse por múltiples deberes. Piénsese en la acción demandada por el Reglamento (UE) 2016/679, que puede exigirse también en el marco de un contrato. Frente a ambas situaciones sería implausible decir que existe un solo deber, no sólo porque hay consecuencias distintas por el incumplimiento de la norma legal y de la norma contractual, también porque están sometidas a diferentes condicionantes para mantener su estabilidad en el ordenamiento jurídico. En últimas, ambas obligaciones difieren en su fundamento normativo.

La tesis de la unidad trata de evitar los casos de sobreinclusión e infrainclusión en el marco de la RCE, a través de una individualización de las obligaciones con base en sus fundamentos normativos, en el derecho que desarrollan o protegen. En palabras de Michelon, quien hace esta reconstrucción, para autores como Weinrib, lo que determina

[72] (Weinrib, Corretive Justice 2012, 89-91). Así también reconstruye las críticas (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 226).
[73] (Weinrib, Corretive Justice 2012, 89). (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 227).
[74] (Weinrib, Corretive Justice 2012, 89). (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 227).

una obligación en la RCE es lo «requerido por la justicia correctiva en un caso determinado»[75]. De tal suerte, las normas de reparación en conjunción con los derechos del demandante se reconstruyen como una sola norma. En palabras de Weinrib, «El derecho lesionado del demandante y el derecho restituido por el demandado son el mismo derecho o su equivalente»[76]. Esta obligación bilateral de los posibles victimarios puede ser reconstruida en los siguiente términos: «o se cumple con el deber principal de ϕ en la situación S, o se cumple con el deber correctivo de ϕ^* en la situación S*»[77]. De manera que, si el fundamento normativo de la obligación es la base para distinguir los deberes, se puede concluir que la acción obligatoria de no dañar los derechos de un sujeto y la exigencia de reparar a la víctima de dicho incumplimiento estarían fundamentadas en la misma obligación, porque comparten el mismo fundamento[78].

Ahora, si bien hay razones para pensar que la especificación de las obligaciones debería hacerse de acuerdo con sus fundamentos normativos, de acuerdo con Michelon estas razones no serían concluyentes[79]. En primer lugar, la objeción de sobreinclusión que hace Weinrib no pone en duda la concepción de individualización de las obligaciones a través de las acciones porque bajo esta concepción también se podría sostener que distintas acciones serían evaluadas como cumplimiento o incumplimiento del mismo deber bilateral. Así, en el contexto adecuado, entregar un cheque, hacer una transferencia, o hacer un depósito, sería considerado como *hacer un pago*. A su vez, tanto cerrar la camioneta, como regar la planta, podrían evaluarse como medidas de precaución adecuadas. En otras palabras, todas estas acciones diferentes satisface la misma obligación.

En segundo lugar, la individualización a través de las acciones se puede hacer de forma gruesa o de forma fina[80]. Las versiones gruesas indican que las acciones son requisitos necesarios y suficientes para la identificación de las obligaciones[81]. Podría ser que sea

[75] (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 228).
[76] (Weinrib, Corretive Justice 2012, 91-92)
[77] (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 228).
[78] (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 228).
[79] (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 226).
[80] Obsérvese (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 225-226) quien reconstruye las tesis de Peter Vranas sobre la metafísica del deber (Vranas s.f.).
[81] (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 225).

esta la versión que tiene en su cabeza Weinrib cuando hace sus criticas de sobreinclusión e infrainclusión. Pero, las versiones finas indican que las acciones ordenadas por la obligación si bien son suficientes para individualizarlas, no son necesarias para hacerlo. En algunos casos, también se pueden identificar obligaciones a través de una función de alguna otra de sus propiedades[82]. De tal suerte, si se acepta una concepción más fina de la individualización de las obligaciones a través de las acciones que obligan, la objeción de infrainclusión queda superada. Bajo esta concepción más fina, si bien dos obligaciones que prescriben acciones distintas son necesariamente diferentes, dos obligaciones que requieren exactamente el mismo comportamiento no lo son necesariamente. Podrían derivarse de diferentes fuentes —como la ley, el contrato, o un acto administrativo— tener distintos beneficiarios —el mismo deber de no revelar información privilegiada puede beneficiar al Estado o a una compañía de tecnología— o sus infracciones podrían acarrear diferentes consecuencias —sanciones administrativas o reparaciones contractuales—[83].

En definitiva, hay intuiciones que sustentan la individualización de las obligaciones a través de las acciones que imponen. Primero, independientemente de las demás propiedades que posean las obligaciones —fundamento, beneficiarios, consecuencias, vicisitudes—, siempre especificarán una acción u omisión obligatoria. Así, intuitivamente, esta concepción podría aplicarse a un mayor número de casos de obligaciones, no solo a las derivadas de la responsabilidad civil extracontractual (RCE). Segundo, una teoría que conceptualice una obligación a partir de las acciones que ordena es intuitivamente más simple que aquellas que emplean otras propiedades de las obligaciones para individualizarlas, como, por ejemplo, las que las distinguen según su fundamento normativo. Tercero, dada la presencia general de acciones exigidas en las obligaciones, una concepción de este tipo resulta intuitivamente más coherente que otra que no explica adecuadamente la relación entre acciones y obligaciones[84].

[82] (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 226).
[83]Esta forma de presentar la individualización de las obligaciones de grano fino también se puede observar en (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 43).
[84] (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 228-229).

2. La conexión entre las distintas obligaciones: las razones que fundamentan los deberes bilaterales y su continuidad

En la RCE se regulan las relaciones intersubjetivas mayoritariamente a través de normas bilaterales, cuyo contenido y razones subyacentes referencian a una persona distinta al obligado. Las normas secundarias de reparación se fundamentan principalmente en el incumplimiento de normas primarias de comportamiento. Estas últimas, a su vez, se pueden justificar porque son beneficiosas para un sujeto (la posible victima), al proteger sus intereses o derechos fundamentales de ciertas pérdidas. En palabras de Gardner, «La principal razón por la que el demandado tiene deberes hacia el demandante en la RCE es para proteger al demandante de las pérdidas, y el principal recurso que tiene un demandante contra el demandado en un caso de daños es, por lo tanto, un recurso con respecto a sus pérdidas»[85]. Estas razones para establecer normas de RCE suelen denominarse: razones de justicia correctiva[86].

Sin embargo, los derechos o los intereses fundamentales de la víctima no son las únicas razones relevantes para que la autoridad cree normas secundarias de reparación para ciertos casos. En la tesis, al seleccionar la primera explicación de los factores de atribución, se considera que aquellos casos en los que el factor de atribución hace referencia a otras razones de peso con relevancia jurídica difícilmente hacen parte de la RCE, y de forma más sencilla se podrían concebir como una forma de política pública o activismo realizado por los jueces. Además, cuando se usa el modelo de RCE con estos fines, tan alejados de su función distintiva, en principio, podría criticarse la elección de la autoridad por ser irracional e ineficiente. En estos casos, se puede pensar que existen razones de naturaleza pública relacionadas con la justicia distributiva para asignar a ciertos sujetos deberes y derechos de reparación o para decidir no hacerlo y para tomar estas decisiones en un juicio de RCE[87]. Por ejemplo, en algunos modelos de RCE, se les asigna a ciertos sujetos —por ejemplo, al Estado— un deber de reparación incluso

[85] (Gardner, Torts and other wrongs 2019, 10).
[86] Una teoría que explica la RCE en términos de los intereses que fundamentan los deberes bilaterales se puede consultar en (Keating, Reasonableness and Risk: Right and Responsibility in the Law of Torts 2022).
[87] Mi punto aquí no es que estas decisiones sean necesariamente incorrectas desde el punto de vista jurídico o moral, sino que difícilmente hacen parte del concepto de RCE. Podría ser que los jueces estén justificados por otras razones para tomar estas decisiones, pero hay razones relativas a la utilidad del artefacto que están utilizando para ello que en principio indicarían en contra de sus decisiones.

sin que haya causado el daño o haya incumplido algún deber jurídico[88]. Aquí, las normas secundarias de reparación se relacionan no sólo con los derechos e intereses fundamentales de la víctima, sino también con los efectos sociales beneficiosos o en algún otro valor como la solidaridad.

Ahora, quienes sostienen la tesis de la unidad consideran que la anterior idea debe estar equivocada. Para ellos, la regulación de relaciones intersubjetivas respetuosas y dañosas sólo debe relacionarse con razones de justicia correctiva, especialmente con los derechos o con los intereses fundamentales de las partes. En otras palabras, la regulación de relaciones intersubjetivas sólo puede fundamentarse en razones imperativas y categóricas de naturaleza privada que regularían la relación interpersonal de dos sujetos. En ese sentido, el daño causado por el victimario, entendido como el evento que causalmente justifica al juez y al ciudadano para aplicar en un determinado caso las normas secundarias de reparación, no es meramente una condición establecida por el legislador para adjudicar la regla al caso, sino la razón por la cual se ha creado y se debe aplicar dicha norma[89]. Estos teóricos consideran que el evento es una injusticia correctiva, desde el punto de vista moral. Y, si las autoridades lo evidencian así, entonces deben establecer deberes y derechos de reparación de RCE para esas ocasiones, desde el punto de vista jurídico. En cambio, si un legislador decide establecer una norma de reparación de RCE por razones de política pública o por efectos sociales beneficiosos para ciertas ocasiones, y ese tipo de casos no constituye una injustica correctiva, dicha norma sería injusta, o, en otros términos, un error moral. En palabras de Weinrib: «De hecho, desde el punto de vista de la justicia correctiva, tal deber de reparación [fundamentado en razones de política pública] obra una nueva injusticia hacia una u otra de las partes»[90]. De allí que la tesis de la unidad implique un compromiso con excluir por clase al menos un conjunto de razones del balance de consideraciones tenidas en cuenta por las autoridades para establecer normas de reparación[91].

[88] Para el caso colombiano, se puede ver el artículo de (M'causland Sanchez 2013) donde se describe críticamente el caso de la responsabilidad por solidaridad.
[89] (Weinrib, Corretive Justice 2012, 82).
[90] (Weinrib, Corretive Justice 2012, 98-99).
[91] (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 236).

Lo anterior responde, de otra forma, por qué la tesis de la unidad sostiene que las obligaciones se individualizan según su fundamento normativo, el derecho fundamental de la víctima que imponía en el victimario un deber de comportamiento. Bajo la tesis de la unidad, el victimario respeta el derecho fundamental de la víctima cumpliendo con su deber de comportamiento antes del daño y, en caso de haber incumplido el anterior deber, reparando los efectos de su incumplimiento. En este contexto, el incumplimiento de su deber inicial es una razón para la aplicación de la norma de reparación, más que una condición. Después de cometer el injusto civil, el victimario debe reparar porque la forma inicial y prioritaria de cumplimiento —abstenerse de dañar a la víctima— ya no está disponible[92]. Está lectura del derecho positivo, interpreta que los distintos textos constitucionales, codificados y judiciales integran una identidad normativa que contiene un derecho de rango superior, fundamental, desarrollado con deberes de comportamiento y de reparación en el marco de la RCE.

Vale la pena aclarar que quien sostenga la tesis de la unidad no considera que los derechos fundamentales de la víctima no deban ceder en algún momento. Puede aceptar que existen otros del mismo orden de jerarquía que ganarían la partida cuando entran en conflicto con el que justifica un conjunto de deberes y derechos de RCE a favor de la víctima. En ocasiones, el derecho fundamental de la víctima a la intimidad entrará en conflicto con la libertad de expresión del victimario. Una ponderación de valores determinará si bajo ambos derechos existía o no un deber de abstenerse de publicar cierta información. Se considerará, por ejemplo, que el derecho a la intimidad protege a un funcionario público de que se revelen sus preferencias sexuales por parte de un periodista, excepto cuando esto lo ha llevado adjudicar un contrato estatal a determinado contratista que es su pareja sentimental. En este caso, el derecho del funcionario público no excluía el derecho del periodista de hacer pública dicha relación, este periodista no habrá violado ningún deber de comportamiento, ni tendrá el deber de reparar[93]. Empero, quien acepta esta tesis podría rechazar que al momento de determinar lo que se deben las partes en una determinada relación ciertas consideraciones relacionadas con políticas públicas o de otro tipo sean relevantes. Si estas consideraciones no constituyen

[92] (Weinrib, Corretive Justice 2012, 93).
[93] (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 234). (Weinrib, Corretive Justice 2012, 86; 110-115).

deberes —razones imperativas y categóricas— fundamentadas en algún derecho fundamental de la víctima, tendrán que descartarse por ser impertinentes en el balance de razones de la autoridad al establecer una norma bilateral de reparación[94].

A la luz de lo anterior se observan ciertos compromisos que hace alguien cuando acepta la tesis de la unidad. Según Michelon, se compromete a argumentar que existe un derecho fundamental que establezca deberes de nivel superior y que excluye por tipo un conjunto de razones potenciales que las autoridades podrían considerar al momento de crear dicha norma para justificar una norma de reparación[95]. Por ejemplo, un derecho fundamental contenido en la constitución que excluye cuestiones de política pública, eficiencia o disuasión de la decisión de la autoridad de imponer ciertos deberes de reparación.

Así, bajo la tesis de la unidad, cada norma de reparación requiere al menos dos razones para que las autoridades las creen de forma justificada. Por un lado, un argumento que permita sostener que existe un deber primario de comportamiento fundamentado en un hecho jurídicamente relevante que sea una razón de nivel superior para la acción y que posea fuerza imperativa y categórica. Esto es, un derecho fundamental de la víctima. Por otro, que después de la violación del deber de comportamiento haya un conjunto de razones excluidas por las razones que justifican el deber de reparación[96]. Verbigracia, razones de política pública que no tendrían relevancia al momento de considerar las reparaciones.

Obsérvese que la tesis de la unidad, que restringe las razones que justifican las normas de reparación a los derechos fundamentales, también forma parte de la teoría normativa que aquellos que la sostienen utilizan para justificar la existencia de la RCE. En ese sentido, una crítica más básica apuntaría a las razones que los llevan a sostener que la justicia correctiva hace parte esencial de un derecho moralmente encomiable y que siempre es relevante y más pesada que otras razones que apliquen a las relaciones interpersonales, como las razones de política pública. Al respecto, en la tercera y cuarta parte de la tesis, se sostendrá que la visión más plausible de las funciones de la RCE es

[94] (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 234-235).
[95] (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 236).
[96] (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 236).

pluralista, en contra de esta tesis normativa. Pero este apartado sólo se interesa por la capacidad descriptiva de esta tesis. De tal suerte, aquí basta con mostrar que hay razones distintas a la justicia correctiva y no necesariamente imperativas y categóricas que son relevantes para crear o no normas de reparación con un determinado contenido en la RCE, y que algunas de estas se han tenido en cuenta en los modelos reales de RCE para argumentar que la tesis de la unidad tiene una baja capacidad descriptiva.

Se pueden imaginar fácilmente una serie de situaciones que fácilmente se encuentran en la práctica judicial, que muestran razones distintas a los derechos fundamentales de la víctima para establecer deberes de reparación y que tampoco constituyen deberes de comportamiento[97]. En esas situaciones, el evento causal con el que se incumple un deber de comportamiento —calificado como injusto civil— podría, en principio, ser una condición necesaria para el deber de reparar, sin ser una condición suficiente[98]. Por ejemplo, en situaciones en las que el victimario está en una condición de extrema pobreza o en las que después de cumplir con su obligación de reparación quedaría en dicho estado, este sujeto tendría una razón para no pagar a la víctima de su injusto. Razón que podría ser atendida por las autoridades en el modelo de RCE para no hacerlo responsable de una parte o de la totalidad del deber de reparación[99], incluso, para no asignar tal deber en dichas circunstancias[100]. A su vez, el injusto correctivo podría ser una razón a favor del deber de reparar, sin ser una razón concluyente para este. Por ejemplo, en algunos casos, otorgar a la víctima la facultad de acceder al proceso judicial a través de una norma terciaria causaría un nivel de desorden en el sistema judicial, de modo que la decisión dejaría al modelo de RCE en un estado peor al que habría estado si dicha facultad no hubiera estado disponible jurídicamente[101].

---

[97] La misma opinión comparte (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 233).
[98] (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 232).
[99] El ejemplo se ha utilizado en diversos casos en la literatura (N. J. McBride, The humanity of private Law. Part I: Explanation 2019); (Gardner, What is tort law for? The place of distributive justice 2019, 99-102); (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 233).
[100]En palabras de Papayannis: «[…] el hecho de que reparar el daño sea demasiado exigente para Cleo, junto con el hecho de que el daño no es más que un ligero contratiempo para los intereses de Olympia, juega en contra de imponer a Cleo la obligación de pagar daños» (D. M. Papayannis, The Morality of Compensation Through Tort Law 2023, 13-14). (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 233).
[101] Al respecto de las razones de política pública para distribuir riesgos y asignar derechos y deberes de RCE se puede consultar (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 233); (Gardner, From personal life to private law 2018, 195-231); (Gardner, Public interest and public policy in private law 2019, 310-311);

Las anteriores situaciones quedan cobijadas de forma más sencilla por una tesis que explica la relación de las normas secundarias con otras normas y/o razones jurídicas, sin los compromisos de la tesis de la unidad. Se puede observar una explicación distinta en la literatura, que sostiene una continuidad en las razones que justificaban en primer lugar el deber de comportamiento y que siguen vigentes después la acción injusta, exigiendo aún la conformidad más perfecta disponible. Esta es la denominada por Gardner tesis de la continuidad[102].

La tesis inicia sosteniendo, como se hizo aquí, que el deber de reparación es distinto al deber de no dañar, porque las obligaciones se individualizan de forma fina por las acciones que obligan[103]. Y sigue, indicando que, una vez se ha dañado, el deber primario de no dañar en ciertas circunstancias ya no puede cumplirse y sólo se puede mitigar su incumplimiento conformándose a las razones que justificaban dicho deber en primer lugar, de forma más o menos imperfecta[104]. En palabras de Gardner, la tesis de la continuidad «Es la tesis que la obligación secundaria es *un eco racional* de la obligación primaria, ya que existe para servir, en la medida de lo posible, las razones de la obligación primaria que no se cumplió cuando su ejecución era obligatoria»[105]. Esta tesis se mantiene *ceteris paribus,* siempre que todo lo demás se mantenga igual. Esto quiere decir que, si el sujeto estaba obligado a no dañar, hay razones *pro tanto* para obligarlo a reparar[106]. En cambio, si el padre rico del victimario repara en su nombre a la víctima, o si esta lo exonera, parece que las cosas cambiaron y, por tanto, ya no aplicaría la tesis[107].

Si bien la tesis de la continuidad es presentada como una forma de justificar la RCE, también puede ser usada descriptivamente. Así presentada, parece que existe un acuerdo básico entre quienes sostienen la tesis de la unidad y la tesis de la continuidad,

(MacCormick 2005, 104 y ss); (D. M. Papayannis, El derecho privado como instrumento de la política pública 2021).

[102] (Gardner, What is tort law for? The place of distributive justice 2019, 100) (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 61).

[103] Si bien Gardner subscribe la concepción de la individualización de las obligaciones a través de las acciones que exigen, no distingue entre sus versiones gruesas o finas (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 57).

[104] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 58).

[105] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 61).

[106] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 61).

[107] Obsérvese también esta opinión en (D. M. Papayannis, The Morality of Compensation Through Tort Law 2023, 13).

al menos, en torno a las razones que influyen en la justificación de o están conectadas con las normas secundarias de reparación. Ambas tesis se fundamentan en deberes, *es decir,* razones imperativas y categóricas que ordenan ciertos comportamientos como los deberes de no dañar en ciertas circunstancias o los estándares de diligencia y que excluyen del balance de razones al menos un conjunto no vacío de otras razones para que el sujeto actúe o para que el legislador regule en contra de dicha conducta[108]. Si la diferencia radica en que una vez se violan estos deberes, esas razones son las mismas en la tesis de la unidad, o continúan y hacen obligatoria una nueva conducta en la tesis de la continuidad; esta última sería mínima. En ese sentido, la tesis de la unidad llevaría a compromisos similares a los que lleva la tesis de la continuidad.

Empero, una interpretación más flexible de la tesis de la continuidad no tiene los mismos compromisos que lleva consigo la tesis de la unidad. Esta es más comprensiva de las razones que se suelen usar en la práctica para justificar las normas secundarias. Al respecto, autores como Boonzaier sostienen que las razones que justifican la obligación de comportamiento no necesitan ser deberes[109], e incluso si lo son, «no hay razón para pensar que la obligatoriedad de [esas razones para tener el deber de comportamiento] es, por así decirlo, una propiedad constante»[110]. En este último sentido, autores como Michelon y Papayannis indican que «cuando se infringe un deber de [comportamiento], las razones que lo justificaron aún ejercen su presión normativa: aún requieren conformidad. [y], cualquier acción recomendada por esas razones mitiga en cierta medida la infracción previa»[111].

Piénsese en las situaciones relacionadas con la condición de extrema pobreza, Michelon y Papayannis consideran que «este hecho también es una razón en contra de tener el deber de reparación (bajo ciertas circunstancias)»[112] y que «en las circunstancias, una obligación de proporcionar una compensación completa es, considerándolo todo,

[108] (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 232).
[109] (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 233).
[110] (Boonzaier 2023, 37-38).
[111] (D. M. Papayannis, The Morality of Compensation Through Tort Law 2023, 15).
[112] (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 233).

moralmente injustificada»[113]. Sin importar que en esos casos la razón en contra de la reparación no sea un derecho o deber jurídico.

Incluso, tal vez yendo demasiado lejos, Boonzaier sostiene que en algunos casos se encuentran razones de peso para considerar que ciertas acciones son no optativas, aunque no sean obligatorias o prohibidas; y que el incumplimiento de estas acciones permite fundamentar deberes de reparación sin hacer referencia a deberes de comportamiento. De hecho, considera que casos de responsabilidad objetiva típicos del *Common Law* como *Ryland vs. Fletcher*[114], en el que se obliga a reparar a un sujeto por el daño que causó su actividad lícita, se puede interpretar sin hacer referencia a deberes sino a razones de mucha fuerza que determinan que en esas circunstancias el victimario no podía optar por actuar así. En este caso y bajo su interpretación, a pesar de que el sujeto no contaba con el deber de no inundar la propiedad de su vecino, eso no indica que «el demandado [carezca de] una razón (*pro tanto*) para no inundar la propiedad de su vecino»[115]. En ese sentido, a su juicio, una violación del deber de comportamiento es suficiente (de manera derrotable), pero no necesaria para justificar la imposición de deberes de reparación y responsabilidades en RCE[116].

La tesis de la continuidad interpretada de forma más flexible puede dar cuenta de todas estas situaciones. Se puede observar que los compromisos que acepta alguien cuando la utiliza para describir la fundamentación de las normas secundarias de reparación son mucho menores. Dado que no requiere que una vez se incumple un deber interpersonal de comportamiento se cree un deber de reparación, ni que las normas secundarias estén fundamentadas en deberes de comportamiento previos. Así interpretada, la tesis de la continuidad es compatible con que la razón que sustenta el comportamiento o reparación exigida por la RCE no excluya por tipo ninguna otra razón. Puede que dicho comportamiento sea exigido por un deber jurídico, o sea no optativo, o que esté fundamentado en una razón de peso de política pública. Por ello, no habría necesidad de justificar la naturaleza imperativa y excluyente de la razón que sustenta, en última

[113] (D. M. Papayannis, The Morality of Compensation Through Tort Law 2023, 15).
[114] Rylands v Fletcher (1868) LR 3 HL 330.
[115] (Boonzaier 2023, 38).
[116] (Boonzaier 2023, 39).

instancia, el deber de reparación. Incluso si la razón que justifica el deber de comportamiento es un derecho fundamental, en la tesis de la continuidad no hay un compromiso con que esto se transfiera a la justificación del deber secundario[117]. Todo lo anterior no implica que se tenga que aceptar una tesis tan fuerte como la de Boonzaier, o una explicación del segundo tipo de los factores de atribución. Lo anterior sólo implica que esta forma de interpretar la fundamentación de las normas secundarias, como implicando una conexión con normas, razones o principios de algún tipo, podría dar cuenta de ellas.

C. Deberes de reparación y/o responsabilidades

Las normas secundarias de RCE asignan deberes y derechos de reparación. Entre otras cosas, establecen como obligatorias ciertas formas de reparación o remedios. Habría que diferenciar estas normas secundarias de las responsabilidades que adjudica un juez cuando declara que un victimario tiene el deber de reparar de cierta forma. Al hacer esta distinción, se puede entender más fácilmente el rol de las normas terciarias en la declaración de responsabilidad. Sin una demanda de la víctima, no habrá responsabilidad, pero sí habrá deber de reparar. Así, lo mejor es evitar hacer afirmaciones que se pueden entender como elípticas, por ejemplo, las que sostiene Diez—Picazo al indicar que «la figura que aparece dibujada en los preceptos [relacionados con los deberes de reparación] es *una norma de responsabilidad,* puesto que en ella se consagra y establece *un deber de resarcimiento de daños y perjuicios*»[118].

Hay varias razones para trazar tal distinción. En primer lugar, las normas secundarias de reparación en la RCE guían al sujeto victimario a reparar, incluso antes de que un juez lo declare responsable. Ello significa que, antes de la declaración judicial, el sujeto victimario está obligado a hacerlo. Obsérvese que el victimario realizó una acción que es considerada por el derecho como un injusto civil, vulneró o violó los derechos de la víctima al incumplir su deber de comportamiento. Después de su comportamiento dañoso, las razones que el sujeto tenía para no dañar continúan exigiendo conformidad. Por ello, el mismo puede acercarse a la víctima y solicitar una conciliación o una

[117] (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2023, 236).
[118] (Díez-Picazo, Fundamentos del derecho civil patrimonial v. La responsabilidad civil extracontractual 2011, 19).

transacción por el monto del daño fijado por las partes con ayuda de la guía que la RCE les ofrece; incluso, en algunas jurisdicciones del *Common Law*, puede hacer un pago al tribunal o una oferta formal de compromiso de litigio antes de llegar a un acuerdo conciliatorio[119]. Al hacerlo, el sujeto actuará porque es prudente y quiere evitar el costo económico y social del proceso además del costo de la reparación; o bien porque cree que el derecho le indica lo correcto y se ve guiado normativamente por los deberes que le asignan las normas secundarias de reparación después de su actuar injusto. Tales características de los deberes de reparación permiten observar que, «los deberes son la preocupación, ante todo, de aquellos a quienes atan. […] El déficit normativo, por así decirlo, recae en [su] cuenta»[120]. Justo por lo anterior, en su sentencia de RCE, lo usual es que el juez o tribunal *declare* la obligación y el monto que el demandado *tenía el deber de haber pagado*[121].

Además de apelar a la función de guía que la RCE ofrece a los sujetos de un Estado, la distinción entre obligación y responsabilidad se puede sostener apelando a distintas normas del derecho positivo que están usualmente en los distintos modelos de RCE. Por mencionar un caso, las diferencias se pueden trazar entre las acciones procesales que el derecho establece para el incumplimiento de los deberes previos al daño y las que se establecen para el incumplimiento de aquellas obligaciones que concreta el juez en su sentencia después de declarar la responsabilidad de un sujeto. Esto se ve claramente en la responsabilidad contractual, en la que se distinguen las distintas acciones procesales que permiten exigir directamente el cumplimiento de las obligaciones de *dar*, *hacer* o *no hacer*, contenidas en el contrato[122], y los juicios de responsabilidad contractual que persiguen declarar el incumplimiento de los términos del contrato de forma culposa o dolosa. En la responsabilidad extracontractual la distinción también se puede observar

---

[119] Cfr. Nota 23 (Gardner, Damages Without Duty 2019, 412-413). Allí se sostiene: «En Inglaterra y Gales, el sistema principal ahora es el de las 'Ofertas del Parte 36' bajo las Reglas de Procedimiento civil de 1998, N.º 3132, parte 36. Por el contrario, Irlanda del Norte conserva el modelo anterior de un pago al tribunal».
[120] (Gardner, From personal life to private law 2018, 21).
[121] Esta también se suele defender como la visión estándar del modelo o por default en el *Common Law* (Gardner, Damages Without Duty 2019, 412-413). En la tradición romano germánica hay muchas características que dan cuenta de la utilidad descriptiva de la distinción entre deberes secundarios y responsabilidades. Por ejemplo, la distinción entre procesos declarativos y ejecutivos.
[122] En el código general del proceso colombiano -Ley 1563 de 2012- se diferencia entre los juicios ejecutivos (art. 422 y SS) y los procesos declarativos (art. 368 y SS). A su vez, en el proceso Español se encuentran en la ley de enjuiciamiento civil estas distinciones (art. 248 y SS).

en las normas procesales, quizá de una forma menos clara. Sin embargo, existen acciones que permiten precaver el daño, exigiendo el cumplimiento de los deberes de diligencia, y otras que permiten exigir su reparación, si previamente se declara responsable al sujeto[123]. Otras reglas relativas al pago de las obligaciones, o aquellas relacionadas con el ejercicio del derecho a la defensa dan cuenta de la distinción entre estas dos condiciones, entre estar obligado o ser responsable.

En el modelo de RCE chileno, Barros Bourie indica que la idea de obligación expresa el deber de realizar la prestación, mientras que la responsabilidad expresa la potestad que el derecho confiere al acreedor para actuar contra el patrimonio del deudor y demostrar que el incumplimiento le es imputable[124]. Para él, en este modelo de RCE, el antecedente a la obligación de reparar es un deber general de cuidado en los regímenes subjetivos o la mera causalidad en los regímenes objetivos[125]. Así, una vez el victimario ha incumplido estos deberes, el sujeto afectado puede lograr la satisfacción del interés que tenía en estos a través de acciones de reparación del daño sufrido. Dichas acciones generalmente requieren demostrar que el incumplimiento le es imputable al demandado, porque, por ejemplo, ha incurrido en culpa, y estas habilitan a los jueces para ejercer coerción en contra del condenado[126].

La anterior descripción de los modelos de RCE, que aplica para muchos otros, admite una reconstrucción teórica. Se puede sostener que en los modelos de RCE mientras las obligaciones intersubjetivas exigen que el sujeto deudor haga algo a favor del sujeto acreedor, a la luz de una norma imperativa o prohibitiva —por ejemplo, no dañarlo o repararlo—, las responsabilidades intersubjetivas permiten que se ejercite coacción contra el victimario. Una vez el victimario se ha declarado responsable, el juez puede, por mencionar algunos ejemplos, ordenar que coactivamente se vendan sus bienes o se

[123] La distinción entre la ejecución de las obligaciones y la responsabilidad contractuales también se puede sostener en el derecho procesal chileno, según la descripción de (Barros Bourie, La diferencia entre "estar obligado" y "ser responsable" en el derecho de los contratos 2006, 722).
[124] (Barros Bourie, La diferencia entre "estar obligado" y "ser responsable" en el derecho de los contratos 2006, 722).
[125] Esta afirmación si bien es generalmente aceptada se considera poco comprensiva del derecho y de la mejor comprensión de la RCE, como se expondrá en el siguiente apartado. Al hablar de las normas primarias de RCE.
[126] (Barros Bourie, La diferencia entre "estar obligado" y "ser responsable" en el derecho de los contratos 2006, 723; 734; 729-730).

embarguen sus salarios por petición de la víctima. Al respecto, McBride afirma que esta responsabilidad será intersubjetiva o, en sus términos, privada, si lo que se le puede hacer al victimario altera la relación jurídica que tenía con la víctima[127]. Sobre el punto, Smith indica: «las reglas que imponen deberes y las reglas que imponen responsabilidades tienen distintas formas: las reglas que imponen deberes indican a los ciudadanos como deben actuar (y la forma en la que otros deben actuar hacía ellos), mientras que las reglas que imponen responsabilidades (o de forma más precisa "reglas que imponen responsabilidades a favor de otros") les dicen a los ciudadanos lo que el Estado puede hacerles (y lo que ellos pueden causar que el Estado le haga a otros)»[128].

Finalmente, una de las diferencias más relevantes entre obligación y responsabilidad hace referencia al tipo de razones que se consideran las fundamentan desde el punto de vista jurídico. Ya se observó en la sección 2.3.2. que las razones para que las autoridades asignen deberes de comportamiento y reparación pueden variar. Ahora, también hay diferencias relevantes entre las razones que pueden considerar dichas autoridades para asignar un deber y declarar una responsabilidad. En la interpretación de Gardner, que aquí se favorece, un deber bilateral privado es una razón categórica e imperativa que tiene fuerza protegida y excluyente, que está fundamentada en una norma intersubjetiva[129]. Un deber de este tipo es una razón para actuar de determinada manera que no depende de los fines del sujeto que la está utilizando en su balance de razones y que excluye otros conjuntos de razones que recomendarían actuar en contra de ello. Este tipo especial de razones para efectos de la declaración de responsabilidad civil hecha por una autoridad se pueden calificar como *pro tanto*, contribuyen a considerar que la acción es obligatoria o prohibida, pero no son conclusivas y estables. Puede ser que el individuo incumpla con el deber, pero actúe por otra razón no derrotada, esto es de forma justificada. Además, antes de que se considere al sujeto responsable por incumplir tal deber y se ejerza coacción en su contra, parece apropiado darle la oportunidad de manifestar las razones por las cuales incumplió con la acción que el deber demandaba. Así, en esta visión, la justificación para declarar al demandado

[127] (N. J. McBride, The humanity of private Law. Part I: Explanation 2019, 54-55)
[128] (Smith, A duty to make restitution 2013, 162).
[129] Esta es la noción que utiliza (Gardner, From personal life to private law 2018, 22), fundamentado en el trabajo de (J. Raz 1977).

jurídicamente responsable es que, todas las cosas consideradas desde este punto de vista, el juez *debe* declararlo responsable. Una responsabilidad entonces se sustenta en razones estables y conclusivas desde el punto de vista jurídico, eso justifica el ejercicio de coacción en contra del sujeto declarado responsable.

Conclusiones

En este capítulo se argumentó que cualquier modelo de RCE incluye normas bilaterales que asignan derechos y deberes de indemnidad, regulando las relaciones intersubjetivas. Estas normas no solo imponen deberes de comportamiento que afectan los derechos e intereses de otros sujetos, sino que también están fundamentadas en estos. Así, identificar una norma bilateral que regula una relación intersubjetiva implica que ambos sujetos figuran tanto en el contenido como en las razones que justifican dicha norma.

Las normas bilaterales más representativas son las secundarias, que establecen deberes de reparación para los victimarios a favor de las víctimas. Su formulación típica —como "el que dañare a otro con culpa o riesgo deberá reparar"— refleja su codificación explícita en los ordenamientos jurídicos, constituyendo un rasgo distintivo de esta práctica. Estas normas materializan razones que obligan a los victimarios a actuar frente a las víctimas, razones que pueden adoptar la forma de deberes jurídicos o, más debatiblemente, como razones de peso y relevancia jurídica significativa. Estas razones persisten tras la comisión de un daño, dado que las normas secundarias buscan restaurar, en la medida de lo posible, los valores protegidos por los deberes infringidos.

En síntesis, las normas secundarias son esenciales para convertir en obligatorios ciertos comportamientos que, tras un daño, demandan reparación. Así, las razones para no afectar la integridad física o patrimonial de otros persisten tras el daño, exigiendo reparación en forma de deberes normativos. En este marco, se observa cómo las injusticias civiles pueden constituir ilícitos extracontractuales, según las condiciones particulares de cada caso.

Finalmente, los próximos capítulos abordarán las relaciones de estas normas con otras que constituyen la estructura normativa de la RCE: las normas primarias, que imponen deberes de comportamiento, y las terciarias, que definen las facultades procesales para

hacer cumplir las normas. Esta exploración permitirá delinear con mayor precisión la estructura de la responsabilidad civil extracontractual.

Capítulo 2: Los deberes de no dañar y los deberes de diligencia

Introducción

En este capítulo se argumenta que la RCE incluye normas primarias de comportamiento que imponen deberes específicos de no dañar y actuar diligentemente, así como derechos correlativos de no ser dañado y de recibir tratos diligentes. Se sostiene que cualquier modelo local de RCE incorpora estas normas, siempre que contemple aspectos esenciales detallados en el texto, lo que las convierte en un componente estructural fundamental. Para justificar esta afirmación, el texto analiza diferentes interpretaciones de estas normas, proporcionando razones para rechazar algunas y adoptar una específica.

Hasta ahora, se ha discutido que las normas secundarias de reparación están vinculadas con incumplimientos de deberes jurídicos o con factores de atribución que, en algunos casos, incluyen razones de peso para reparar. Sin embargo, estas explicaciones no aclaran si las normas de reparación se relacionan con deberes previos de comportamiento ni especifican su contenido, lo que dificulta comprender completamente la estructura de la RCE.

El capítulo defiende que las relaciones intersubjetivas de respeto, reguladas por la RCE, son de particular relevancia. Se argumenta que estas normas primarias asignan deberes y derechos de comportamiento entre sujetos, dentro de relaciones privadas.

Así entendidas, las normas primarias de comportamiento tienen una amplia aceptación en el mundo anglosajón, pero no la tienen en el mundo continental, al menos no en todos los lugares de la tradición codificadora. Sin embargo, aún en el *Common Law*, una parte de la literatura sostiene que dichos deberes y derechos de comportamiento son ideas retóricas que engañan a los participantes para lograr ciertos objetivos valiosos de política pública[130]. Dado lo anterior, el argumento se desarrolla más allá del derecho positivo

[130] Para quienes sostienen estas posiciones, el lenguaje de derechos y deberes de comportamiento tienen sólo una finalidad retorica. Gardner sostiene que para estos realistas (entre ellos algunos analistas económicos del derecho) este lenguaje sólo es una «Una cortina de humo útil. Puede ayudar a atraer a pobres ingenuos como tú y yo hacia una participación fructífera en objetivos valiosos que de otro modo no nos motivarían.» (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 26).

producido por legisladores y jueces, con el objetivo de ser aplicable en cualquier sistema jurídico, independientemente de su tradición.

El capítulo está estructurado en tres partes. La primera analiza y refuta teorías filosóficas que niegan la existencia de deberes y derechos de indemnidad en la RCE. La segunda critica interpretaciones dogmáticas que defienden deberes generales y públicos de no dañar. La tercera desarrolla un argumento a favor de normas intersubjetivas que regulan relaciones personales anteriores al daño, utilizando tanto el derecho vigente como razonamientos prácticos de juristas.

Al finalizar, el capítulo ofrece fundamentos sólidos para rechazar interpretaciones alternativas y aceptar la presencia de normas primarias en los modelos locales de RCE, integrando consideraciones prácticas y normativas que explican su coherencia y función regulativa.

I. Inexistencia de los deberes y derechos de indemnidad

Una parte de la literatura considera que la idea de deberes asignados por la RCE es una visión romántica o ingenua del área e incluso del derecho. Para esta visión, el discurso de los deberes quita el foco de lo verdaderamente relevante: las responsabilidades. Estas últimas son las que en realidad motivan el comportamiento de los jueces y de los ciudadanos, según los intereses de las autoridades.

A grandes rasgos, la visión escéptica frente a los deberes sostiene que los eventos dañosos no son injusticias en ningún sentido importante, sino simplemente casos en los que las autoridades jurídicas —legisladores y jueces— han decidido atribuir responsabilidad a ciertos sujetos por razones de política pública. En ese sentido, los modelos de RCE sólo se comprenden y deberían evaluar por su capacidad para alcanzar dichos objetivos: proporcionar compensación a las víctimas, aumentar la seguridad pública al disuadir comportamientos dañosos, o cualquier otro efecto deseado por las autoridades y ciudadanos de un Estado. En últimas, lo que haya hecho alguien en el pasado, poco importa. Las autoridades tienen que atribuir consecuencias jurídicas a los ciudadanos que se encuentren en situaciones en las que comportarse de una forma que determinada —Por ejemplo, tomando precauciones razonables—contribuya a que en el

futuro ocurran ciertos estados de cosas beneficiosos[131], que los daños no ocurran o que la riqueza aumente. Por todo ello, los teóricos y practicantes tienen que razonar sobre los casos de RCE de manera instrumental[132].

Este escepticismo frente a los deberes en la RCE (y en el campo jurídico en general) se fundamenta en una comprensión teórica realista y pragmatista del derecho[133]. O. W. Holmes, por ejemplo, sostenía que «un así llamado deber jurídico no es nada más que una predicción de que si un hombre hace u omite cierta cosa él sufrirá en una forma u otra por una sentencia de la Corte»[134]. Una interpretación de su visión llevaría a pensar que cuando alguien dice que existe un deber jurídico realmente sostiene que hay una base empírica o probabilística para predecir que en determinados casos habrá una responsabilidad jurídica[135].

En la RCE, versiones más finas y modernas de este escepticismo se observan en posiciones como la de Peter Cane y James Goudkamp frente al régimen subjetivo de responsabilidad civil. Para ellos, «decir que una persona debe a otra el deber de cuidado en una situación particular significa (y sólo significa) que esa persona va a ser responsable por causar daño a través de un actuar culposo en esa situación»[136]. En este sentido, el victimario será obligado en ciertas circunstancias a una compensación o reparación monetaria de algún tipo. Así las cosas, su escepticismo se circunscribe a los deberes de no dañar y de diligencia, quedando obligado el sujeto a actuar de cierta forma

[131] En ese sentido, el argumento hecho por los economistas respecto la relevancia del futuro, puede balancearse con el de los moralistas respecto la relevancia del pasado. Ver nota 21.
[132] Una reconstrucción similar se encuentra en (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, Ch. 2; 52 y SS).
[133] Una reconstrucción en (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 73-81).
[134] (O.W. Holmes 1897, 2).
[135] Así lo interpretan autores como (Oberdiek 2021, 14) (N. J. McBride 2004, 417-418; 435-441) (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 83-86). Otros autores Algunos son más deferentes y entienden a Holmes de una forma distinta. No es que la norma haga una simple predicción, más bien, es que establece cuándo puede exigirse legítimamente el pago de daños. Holmes no niega que el derecho atribuya consecuencias jurídicas a ciertos actos. Desde esa perspectiva, la RCE sí genera un deber, aunque este sea más complejo de lo que su redacción sugiere. Así, lo que en principio parece ser un deber de comportarse diligentemente y no dañar con culpa en una ocasión concreta, en realidad, consiste en un deber de pagar daños si no se cumple con la entrega, o incluso en una obligación alternativa entre entregar o indemnizar. Esta reconstrucción sólo acepta las normas secundarias de reparación (Gardner, Breach of contract as a special case of tort 2019, 336-337).
[136] (Cane y Goudkamp, Atiyah's Accidents, Compensation and the Law 2018, 58).

o reparar una suma monetaria. Será frente a esta última versión más refinada de escepticismo, que se dirigirán las siguientes críticas[137].

Desde esta posición teórica frente a la RCE, la tarea principal de académicos y juristas consiste en predecir cómo asignarán responsabilidad las autoridades jurídicas —como los jueces—, identificando qué motivará su actuación. Quienes adoptan esta perspectiva parten de la premisa de que dichas autoridades se verán motivadas a atribuir responsabilidad a un sujeto si con ello se logra «promover la disuasión, la compensación u otro objetivo»[138] sin generar efectos secundarios indeseables. La idea es que los posibles sujetos responsables ajustarán su conducta para evitar las consecuencias asociadas a la responsabilidad jurídica. Tal como lo exponen Goldberg y Zipursky, estas teorías buscan identificar juicios instrumentales orientados a la relación medios–fines.

La visión escéptica de los deberes de comportamiento le da relevancia otro tipo de herramientas y conceptos para conocer las actuaciones que ocasionan responsabilidades en una determinada sociedad bajo un modelo de RCE. Una forma de predecir dichas decisiones considera que las autoridades usualmente tienen el objetivo de generar riqueza y bienestar en su sociedad. Después de todo, es racional que lo hagan. Así, tienen incentivos para trasladar con sus decisiones el costo de los accidentes a determinados sujetos, a quienes pueden preverlos de la forma más rentable económicamente[139]. En otras palabras, las autoridades crean costos para los posibles dañadores que los desincentiva a actuar de formas consideradas disvaliosas. En palabras de Posner, el costo «es un concepto que se mira hacia el futuro. Los costos en los que ya se ha incurrido no afectan las decisiones racionales de un agente […] las

[137] La fundamentación teórica de estas posiciones es diversa. Algunas asumen un escepticismo frente a la moral, entendida como un ámbito normativo de la vida humana que permite evaluar ciertos hechos como razones para actuar o en el que se encuentran verdades normativas. En esos casos, una opción para comprender las razones que genera el derecho es recurrir a razones prudenciales o instrumentales, según las cuales los individuos solo se ven motivados si se apela a sus propias creencias u objetivos, como su supervivencia, la preservación de su patrimonio o la consecución de sus fines personales. Ahora bien, esta no es la única posibilidad asociada al escepticismo respecto de los deberes jurídicos. Existen también posturas que, pese a rechazar la idea de un deber jurídico independiente, mantienen una concepción realista en términos morales. Por ejemplo, Scott Hershovitz sostiene que nuestras prácticas jurídicas generan derechos y obligaciones morales, los cuales son simplemente etiquetados como jurídicos (cfr. Hershovitz, 2023). Sin embargo, esta no parece ser la posición que corresponde al tipo de escepticismo y de comprensión teórica de la RCE que aquí me interesa discutir.

[138] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 74).

[139] (O. W. Holmes 2000, 94-95)

personas racionales basan sus decisiones en expectativas hacía el futuro en vez de lamentar el pasado. Ellos tratan lo pasado como pasado»[140].

En este nicho de pensamiento se desarrolló el análisis económico de la responsabilidad civil extracontractual. Algunos teóricos como Coase y Calabresi desarrollaron el concepto de costos sociales, en que incluyen el costo de los accidentes, los costos de transacción[141] y las formas de distribuirlos o reducirlos a través del derecho[142]. En la RCE, Calabresi argumenta que la función principal de los modelos de RCE es «reducir la suma de los costes de los accidentes y de los costes de evitarlos»[143]. Estos costos sociales no son siempre internalizados por los victimarios, lo que lleva a una asignación ineficiente de recursos, disminuye la seguridad y aumenta los costos de transacción. Así, propone que las autoridades jurídicas tendrían que estar motivadas a reducir estos costos a través de mecanismos como la responsabilidad civil, el seguro obligatorio y las regulaciones administrativas relativas a la seguridad. De esta manera, se espera que las partes tomen decisiones más prudentes y se reduzcan los accidentes y sus costos asociados para la sociedad en su conjunto.

Bajo este entendido de los modelos de RCE, las autoridades tendrían que asignar a un sujeto determinado responsabilidad civil si esto evita los accidentes en el futuro de forma más eficiente. Es decir, si este se encontraba en una situación en la que podía implementar e invertir en precauciones óptimas, precauciones más económicas que los daños que se ocasionaron. La decisión de asignarle responsabilidad creará los incentivos adecuados para que los futuros implicados en esa situación tomen las precauciones óptimas. Una regla de responsabilidad que sigue dicha lógica es la regla expuesta y utilizada en el famoso caso *United States v. Carroll Towing Co*[144]. Aquí, la responsabilidad atendería a una función de tres variables: la probabilidad de que el daño ocurra, la gravedad del perjuicio si sucede y el costo de las precauciones óptimas. De manera que, cuando el sujeto omite tomar precauciones que son menos costosas que el

[140] (R. A. Posner 2014, 7).
[141] (Coase 1960, 2).
[142] (Calabresi y Melamed 1972, 1089-1093) (Calabresi 1984, 39-41).
[143] (Calabresi, El Coste de los accidentes : análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil 1984, 44).
[144] *(United States v. Carroll Towing Co. 1947),* Corte de Apelaciones del segundo circuito, 9 de enero de 1947 [159 F.2d 169 (2d Cir. 1947)]

valor esperado del daño, se debe decir que es culpable[145]. Lo mismo se podría decir de la responsabilidad objetiva, de la responsabilidad por acciones incorrectas justificadas, y en general de todas las responsabilidades que se asignan bajo un modelo de RCE[146]. Todas estas tienen que basarse en un análisis costo/beneficio[147]. En estas propuestas, en palabras de Coleman, «lo que cuenta como un 'deber' o un 'injusto' […] depende de la evaluación de qué consecuencias surgen de imponer responsabilidad en un caso determinado»[148].

La visión escéptica frente a los deberes de comportamiento defendida por el análisis económico del derecho puede ser criticada por múltiples flancos, especialmente por su incapacidad para describir y comprender los modelos de RCE desde la perspectiva de quienes se involucran en esta práctica, aceptando sus reglas y utilizándolas para guiar su conducta o evaluar la de los demás. En lo que sigue se reconstruirán rápidamente cuatro críticas, para mostrar porque se prefieren otros abordajes teóricos.

En primer lugar, se puede dudar de que la visión escéptica describa las motivaciones reales de las autoridades jurídicas (jueces o legisladores). ¿Por qué se tendría que pensar que los jueces al interpretar las normas secundarias de reparación están motivados causalmente por el objetivo de maximizar la eficiencia?

Al respecto, Posner realizó un estudio empírico en Estados Unidos sobre varios casos jurisprudenciales para demostrar que las autoridades utilizaban razonamientos económicos para dotar de contenido los conceptos jurídicos[149]. Sin embargo, la literatura ha debatido sus conclusiones basándose en la misma evidencia empírica. Wright, por ejemplo, argumentó que, si se emplearon razonamientos económicos en los fallos analizados por Posner, fue de manera accesoria y sin relevancia real para las decisiones adoptadas[150]. En última instancia, incluso si Posner tenía razón en cuanto a estas

[145] Una explicación de la aplicación de esta regla en: (D. M. Papayannis, El Derecho privado como cuestión pública 2016, 44-46).
[146] Una explicación de las reglas de responsabilidad objetivas desde la eficiencia en (D. M. Papayannis, El Derecho privado como cuestión pública 2016, 49-54).
[147] (Landes y Posner 1987, 110-113).
[148] (J. L. Coleman, The Practice of Principle: In defence of a pragmatist approach to legal theory 2001, 9,36).
[149] Obsérvese (R. A. Posner 1972).
[150] Revísese (R. W. Wright, Hand, Posner, and the Myth of the 'Hand Formula 2003).

decisiones judiciales, es difícil creer que el análisis costo/beneficio haya sido, o sea, la motivación principal de todas o la mayoría de las autoridades jurídicas a lo largo del tiempo. Esto parece ser totalmente contingente y vinculado a una visión local y temporalmente limitada de la RCE. En realidad, resulta irrelevante que los agentes judiciales persigan un objetivo personal específico para que este defina el sentido de lo que hacen. Un juez, por ejemplo, puede aplicar un modelo de RCE concebido como un esquema de justicia interpersonal porque lo considera eficiente; sin embargo, no es la eficiencia lo que da cuenta de su decisión. Para que esta sea coherente, debe ser la justicia correctiva —y no la eficiencia— la que se integre de manera transparente en el esquema conceptual utilizado para evaluar los hechos y construir las inferencias que sustentan la resolución judicial.

Ahora, no se encuentra de qué forma empíricamente verificable y fiable se podrían conocer las motivaciones de las autoridades judiciales, que no se refiera a las razones que se encuentran plasmadas en los textos jurídicos, leyes y sentencias. E incluso si las razones expuestas en estos textos coincidieran con motivaciones orientadas a la maximización de la eficiencia, sigue siendo plausible sostener que las autoridades deciden y dictan sentencia, en muchos casos, motivadas por razones de interés personal, distintas de aquellas que expresan de forma insincera en sus argumentaciones. En ese sentido, parece que lo mejor que podría hacer la visión escéptica sería recurrir a las razones expresadas en los debates legislativos, o en la motivación de las leyes o sentencias para explicar o evaluar la normas que se produzcan en su virtud. Sin embargo, tal como mostrarán las siguientes críticas, incluso cuando esta es la estrategia parece que la visión escéptica no es exitosa, o, al menos, es criticable.

En segundo lugar, la lectura escéptica de los deberes de comportamiento no logra explicar el uso que los funcionarios y juristas dan a las proposiciones y conceptos relacionados con deberes, responsabilidad, culpa, entre otros, en el marco de la práctica de la responsabilidad civil extracontractual. Goldberg y Zipursky formulan esta objeción de la siguiente forma: «incluso aparte de las preguntas sobre si las proposiciones sobre deberes, derechos y errores son verdaderas, conocidas o incluso objetos posibles de conocimiento, la responsabilidad civil extracontractual opera sobre la base de tales

proposiciones»[151]. Estos autores, consideran que esta clase de pragmatismo realista, representado en la visión escéptica del análisis económico del derecho, persigue objetivos llamativos y, para ello, deja de examinar los conceptos y sus relaciones que los juristas utilizan en las proposiciones que se refieren a la RCE. Entre otros objetivos, esta visión persigue que los funcionarios públicos encargados de crear y aplicar la ley cuenten con criterios para guiar sus decisiones. A su vez, que los ciudadanos tengan criterios para evaluar si el modelo de RCE tiene algún valor. Y no sólo ofrece criterios para dotar de coherencia las normas y doctrinas de RCE, sino que también facilita el uso de metodologías empíricas para evaluar la eficacia del modelo para alcanzar sus objetivos[152]. Sin embargo, estos objetivos impiden que la visión escéptica explique el significado de los conceptos principales y accesorios usados por juristas y funcionarios al afirmar algo en el marco de la práctica de la RCE[153]. La visión escéptica no da cuenta de las normas y decisiones que se tomarán frente a ciertos tipos de alegatos o situaciones. En palabras de los autores: «Los resultados jurídicos no son el producto de procesos mecanicistas. En el derecho, los insumos conducen a los resultados solo a través del uso de lenguaje, conceptos y reglas»[154].

En ese sentido, Goldberg y Zipursky consideran que la visión escéptica se debe rechazar por dos razones. La primera razón es una cuestión de autenticidad, pues lo que las autoridades jurídicas y juristas quieren decir cuando sostienen que en un caso existe “culpa”, “nexo de causalidad”, “restricciones irrazonables”, podría estar relacionado con un análisis principalmente instrumentalista, pero no necesariamente tiene que ser el caso. Las afirmaciones relacionadas con el nexo de causalidad requieren usualmente una investigación retrospectiva en casos de negligencia[155]. Asociada con la anterior, la segunda razón para rechazar la visión escéptica es el respeto por los roles institucionales. Suele existir un deber *prima facie* de las autoridades judiciales para decidir los casos que se les presenten comprometiéndose con las normas jurídicas. Así, si una norma secundaria de reparación está justificada en razones no instrumentalistas,

[151] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 79).
[152] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 77).
[153] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 77).
[154] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 79).
[155] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 77-78).

entonces, un juez que la aplique tendría que usar los conceptos integrados en esas razones de forma apropiada, esto se le dificultaría si utiliza razones instrumentalistas para justificar sus decisiones en la motivación de su sentencia, porque no estaría aplicando fielmente el derecho [156].

En tercer lugar, y asociado con la anterior crítica, dado que la visión escéptica no se toma enserio los conceptos expuestos por los practicantes, no da cuenta de la forma como las autoridades utilizan las normas de RCE como razones para atribuir responsabilidad a los sujetos. De acuerdo con Keating, la teoría económica convierte la práctica de la responsabilidad civil en una mera regla general cuya razón de ser es epistémica. Bajo esta teoría, se utilizan mecanismos como la responsabilidad porque son buenos para identificar quiénes podrán reparar de forma menos costosa para la sociedad. Un argumento así no justifica la imposición de responsabilidad a un sujeto, porque no captura la fuerza normativa de la práctica de la responsabilidad civil. En esta práctica, los agentes evalúan las acciones que ocurrieron en el pasado, identificando la violación de obligaciones preexistentes y exigiendo a los responsables de los daños que reparen los perjuicios causados al incumplir esas obligaciones[157]. En ese sentido, bajo un modelo de RCE, el incumplimiento del deber de comportamiento es una razón para la imposición de responsabilidad. De esta manera, los conceptos básicos de un régimen de RCE proporcionan los fundamentos para la responsabilidad[158].

Finalmente, autores como McBride consideran que este tipo de discursos teóricos son criticables y, por ello, los denomina discursos cínicos[159]. Para él, estos discursos no logran describir ni dar cuenta de la normatividad de la RCE. Yerran porque dejan muy poco espacio para consideraciones de valor que justifican la imposición de las responsabilidades, sean razones de eficiencia, de justicia interpersonal, de igualdad de las partes, o cualquier otra. Justamente por ello no dan cuenta de la normatividad y se vuelve cínico atribuir responsabilidades, si no se considera suficientemente valioso un interés de la víctima como para protegerlo con un deber negativo o positivo que tendría

[156] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 78).
[157] (Keating, The priority of respect over repair 2012, 306-307).
[158] (Keating, The priority of respect over repair 2012, 306).
[159] Entre otros por (N. J. McBride 2004) y más recientemente (Oberdiek, 2021).

que afectar el actuar del sujeto al momento de dañar o no hacerlo. Así, una afirmación como: «no es que realmente hayas hecho nada ilícito, pero debes reparar para ejemplificar a quienes se encuentren en tu situación», sería profundamente criticable de ser usada por abogados o funcionarios públicos[160]. Además, tendría dificultades para justificar los daños ejemplarizantes y punitivos y las órdenes de no hacer impuestas por los jueces[161].

II. El *alterum non laedere* como un deber genérico de no dañar

Otra parte de la literatura interpreta de manera distinta la regulación de las relaciones de respeto en los modelos de RCE. Según esta perspectiva, que parece ser defendida por dogmáticos del mundo continental, en los modelos de RCE existe una norma que asigna un deber previo al daño, con un contenido particular, distinto al sostenido en esta tesis. Esta visión se puede reconstruir de dos formas. Primero, como una en la que se considera que el *neminem laedere* es un principio jurídico con un contenido moral que no es exigible. Segundo, como una en la que se considera que, en virtud de la ley, sujetos colectivos que se califican como *universales* —las autoridades del Estado, los ciudadanos, los médicos, los conductores, etc.— tienen un deber genérico de no dañar o un deber genérico de diligencia frente a los demás sujetos de una sociedad. En este sentido, los individuos particulares no se pueden exigir mutuamente el *alterum non laedere*, no pueden exigirse *el no dañarse*; pues estos deberes no son relacionales o no son intersubjetivos. Tales interpretaciones dogmáticas de los modelos de RCE se denominarán “la visión del deber genérico de comportamiento” y se explicarán con mayor detalle a continuación.

La visión del deber genérico de comportamiento se sostiene a partir de los textos normativos o de normas implícitas interpretadas por los dogmáticos. Algunas veces se alega que los textos normativos explicitan principios que ordenan no dañar a nadie, o que de estos textos se extraen normas que asignan a sujetos universales la obligación genérica de no dañar a los miembros de la sociedad u obligan a cumplir con un estándar genérico de cuidado. En otras ocasiones, se interpretan ciertos textos contenidos en los

[160] (N. J. McBride 2004, 425-426).
[161] (N. J. McBride, Duties of care - Do they really exist? 2004, 426-432)

códigos civiles con base en tesis dogmáticas respecto del derecho privado para concluir la existencia de dichas normas, esta vez, consideradas implícitas.

Por ejemplo, el código civil y comercial argentino ordena:

> «ARTÍCULO 1716.— Deber de reparar. La violación *del deber de no dañar a otro*, o *el incumplimiento de una obligación*, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código».

A partir de un texto como este se presupone la existencia de un deber de no dañar, que constituye una condición para la responsabilidad. En este texto se puede observar que la prohibición alude a la acción de dañar, que está prohibida, sin calificativos adicionales como obrar con culpa, bajo algún riesgo u otra condición. Sin embargo, no se podría afirmar, basándose únicamente en su contenido, que este deber asignado por la disposición sea un principio con contenido moral o una abstención impuesta únicamente a una universalidad de sujetos, por ejemplo, a la sociedad en favor de cada uno de sus ciudadanos. Es decir, no se podría concluir solamente de este texto (o de textos semejantes) que no se trata de un deber relacional que cada sujeto —sea un ser humano de carne y hueso o una persona jurídica de naturaleza privada o pública— le debe a sus pares. Para alcanzar esta conclusión, se tendría que interpretar el texto junto con alguna tesis dogmática u otros textos relevantes que permitan sostener dicha lectura. De este modo, sería necesaria una argumentación, como las expuestas a continuación, para sostener la visión del deber genérico.

Los argumentos que sostienen esta lectura suelen comenzar con las normas de los códigos civiles que estipulan las fuentes de las obligaciones. Por ejemplo, el artículo 1494 del C.C. colombiano que indica:

> «Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; *ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona*, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia».

O, el código civil español que en su artículo 1089 reza:

> «Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, *y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*».

Artículos como los citados y otros similares contenidos en los códigos continentales, cuyo antecedente es el Código Napoleónico, replican la antigua genealogía romana expresada en las Instituciones de Gayo, que divide las obligaciones que provienen del contrato y del delito[162]. Dicha división fundamenta la tesis dogmática que sostiene que existe una diferencia fundamental entre la responsabilidad contractual y la extracontractual: la segunda presupone el incumplimiento de un deber de comportamiento genérico, sin un contenido concreto que no es adeudado por ningún individuo concreto. Estos deberes se diferencian de los deberes que surgen del contrato, porque estos en general tienen un contenido específico y privado, es decir, se adeudan los contratantes entre sí.

En virtud de estos textos, los dogmáticos que sostienen esta posición suelen argumentar la existencia de deberes de no dañar o de cuidado, genéricos, en el sentido expresado previamente. Por ejemplo, respecto al deber de no dañar, Koteich sostiene que en el caso de la responsabilidad extracontractual existe un *neminem laedere,* un deber de abstención que se reputa genérico, que tiende a la conservación del *statu quo ante* de las personas y sus cosas, y cuyo «sujeto pasivo es universal». Este último fragmento merece un mayor desarrollo, porque la afirmación de que el «sujeto pasivo es *universal*» puede significar al menos dos cosas.

Una forma de darle sentido a la afirmación de que *alguien tiene un deber jurídico* es sostener que otro sujeto le puede exigir el cumplimiento del comportamiento contenido en el deber, criticarlo por incumplirlo y, en algunas ocasiones, recurrir a las autoridades del Estado para que estas impongan consecuencias por su incumplimiento. No se requiere que exista un procedimiento jurídico o acción judicial para sostener apropiadamente que un sujeto está obligado[163]. Por tanto, si la afirmación de Koteich

[162] Gayo, Instituciones III 88.
[163] Esta tesis de corte hartiana se explicará más profundamente en el capítulo 5 de la tesis.

significa que *todos los sujetos son deudores del deber de no dañar y que también todos son acreedores de esa misma obligación*, entonces, no se entendería por qué no defiende la tesis de que cada persona le adeuda ese deber a cada otra persona en un sentido interpersonal específico (como en un contrato pero que nace de la ley), aun cuando defienda que estos deberes no tienen acciones jurídicas concretas para exigirse. En parte, esta es la interpretación de los deberes de comportamiento asignados por las normas primarias de comportamiento que se defenderá en el siguiente apartado.

Bajo este significado de universal, la negativa a defender la tesis relacional sólo hace sentido si Koteich y los dogmáticos que piensan como ella entienden que solo existen deberes jurídicos cuando son exigibles con procedimientos jurídicos o acciones judiciales. De tal suerte, el *neminem laedere* no sería un deber jurídico propiamente dicho. En este caso, sería un principio jurídico que contiene una norma moral de conducta, que no es exigible jurídicamente hasta su violación. Caso en el cual, les aplicarían todas las críticas que se le hacen a aquel que equipara las razones prudenciales con las razones normativas, al mostrar que estar obligado no depende del sentimiento de compulsión o temor que un individuo tiene frente al incumplimiento de la norma[164].

Sin embargo, se podría hacer una segunda interpretación a esta idea del sujeto pasivo universal. Este tipo de afirmaciones podrían significar que no existe un deber concreto que un sujeto con nombre propio le deba a otro y que, por tanto, se le pueda exigir a través de un mecanismo jurídico. En este caso, universal significa que son sujetos universales quienes adeudan el *neminem laedere*: los ciudadanos, los médicos, las autoridades del Estado, y no individuos concretos que instancien estas categorías[165]. Si ello es así, ¿de qué forma se cumple con este deber por parte de esos sujetos universales?

Ahora, si se sostiene que un sujeto pasivo universal le adeuda a cada peatón, paciente, o ciudadano con nombre propio no dañarlo, lo cual implica tendencialmente no cambiar

[164] En este caso, se podría considerar que su tesis tiene una tendencia más kelseniana. Así, se discutirá con estas tesis en el siguiente apartado cuando se comente la teoría de Cerutti sobre la existencia de deberes implícitos.
[165] (Koteich 2003, 6).

su *statu quo ante*, no habría forma de garantizar el cumplimiento de este deber antes del daño. No sólo no se puede responder antes de que este evento ocurra quién incumplirá con esta obligación, sino que tampoco se le podría exigir a uno de los individuos que componen esa universalidad. Por tanto, el Estado garantiza el cumplimiento de esas obligaciones provenientes del *neminen laedere* asignándole a los sujetos concretos deberes generales y específicos de diligencia que hacen menos probable su incumplimiento y atribuyendo, en ciertos casos, responsabilidad civil a los sujetos que están bajo su jurisdicción y que dañan a alguien.

A su vez, piénsese que un deber genérico de no dañar tomado en serio por un sujeto, lo llevaría a restringir su libertad de acción de una forma desmedida para disminuir el riesgo de ser declarado civilmente responsable. Justo por ello, los dogmáticos que toman esta posición matizan su tesis recurriendo a los factores o fundamentos de atribución. Para ellos, estos «son la respuesta a la pregunta de por qué este agente debe reparar este daño»[166] y permiten identificar los casos en los cuales el Estado debería atribuir responsabilidad civil para garantizar que esas universalidades de sujetos cumplan con el deber genérico de no dañar.

En este sentido, no basta sostener que un sujeto ha causado un daño para justificar que el Estado le asigne la responsabilidad de reparar, después de todo, el deudor del deber genérico es la universalidad de sujetos, no uno concreto. Por ello, se requiere argumentar que el daño le es imputable a este sujeto con nombre propio porque, por ejemplo, ha actuado injustamente frente a la víctima al actuar negligentemente o porque debería reparar el daño que proviene del riesgo lícito que lo ha beneficiado. En otras palabras, se debe sostener que hay una razón para considerar que este sujeto concreto podía contribuir al cumplimiento del deber general de no dañar a nadie por parte de la universalidad de sujetos a la que pertenece, siendo diligente o reparando los daños de la actividad riesgosa para restablecer el *statu quo*.

Otros autores, en cambio, interpretan la existencia de un deber genérico de cuidado en los regímenes subjetivos de responsabilidad. Barros, fundamentado en el artículo 1437

[166] (Lopez Mesa 2019, 317).

del código civil chileno[167], sostiene que en la responsabilidad civil extracontractual no existe una relación interpersonal previa a la declaración de responsabilidad. Para él no hay «ningún vínculo obligacional que antecede a la acción», en cambio existe un «deber general de cuidado»[168]. Ello quiere decir que, para él en el modelo de RCE chileno, no existe un deber bilateral concreto que un sujeto le deba a otro y que, por tanto, se pueda exigir a través de un mecanismo jurídico. Por el contrario, los sujetos pertenecientes a cierta clase, cierto «universos de personas», como los ciudadanos, los funcionarios públicos, los médicos, etc., tienen el deber de tomar precauciones para evitar dañar a otros sujetos[169].

Sin embargo, el deber general de cuidado no cumple un rol operativo por su propia cuenta en un razonamiento que lleve a condenar a un sujeto a ser civilmente responsable. Para Barros, para declarar responsable a un sujeto se deben estudiar todas las circunstancias externas que se puede esperar que sean tomadas en consideración por una persona razonable y diligente para determinar el deber en concreto. En sus palabras, «Por eso, el estándar abstracto de cuidado, que remite a la persona diligente, prudente y razonable, aún nada dice en concreto respecto de la conducta que da lugar al daño»[170].

A su vez, quienes sostienen esta segunda versión de la tesis, aquella en la que se interpreta la existencia de un deber genérico de cuidado, consideran que en los regímenes objetivos no hay deberes anteriores al comportamiento que da origen a la responsabilidad y, por ello, en el juicio de responsabilidad no hay reprochabilidad. En los

---

[167] Véase código civil chileno. Artículo 1437. «Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que L. 19.585 se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad».

[168] (Barros Bourie, La diferencia entre "estar obligado" y "ser responsable" en el derecho de los contratos 2006, 729).

[169] (Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I. 2020, 100-101).

[170] Véase (Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I. 2020, 91-92). Sobre este punto, Diez-Picazo sostiene la misma interpretación, cuando dice que debe admitirse que existe un deber general de respeto de los bienes y derechos ajenos, de manera que cada uno debe razonablemente contemplar el conjunto de personas que pueden quedar afectadas por sus actos (Díez-Picazo, Fundamentos del derecho civil patrimonial v. La responsabilidad civil extracontractual 2011, 267). Sin embargo, otros apartados de su texto parecen opuesto a estas tesis.

regímenes objetivos, la responsabilidad es estricta, «tiene lugar en el ámbito del riesgo que la ley atribuye a quien desarrolla una cierta actividad»[171]. Se podrían interpretar que estos autores entienden que la responsabilidad objetiva es una clase de precio por el desarrollo de alguna actividad. Así, desde esta visión, en ambos regímenes de responsabilidad, «a falta de una razón para atribuir responsabilidad, el daño causado por un hecho cualquiera es soportado por quien lo padece»[172].

Existe una diferencia importante entre deberes de no dañar a nadie y deberes de cuidado. Los primeros exigen un estado de cosas en el que ningún sujeto se ve dañado; mientras que los segundos requieren identificar las precauciones óptimas para evitar dicho estado de cosas, sin evaluar su éxito al conseguirlo. A pesar de esta diferencia, ambas visiones acuerdan que el deber —sea de no dañar o de cuidado— es genérico en el entendido que su deudor es una universalidad de sujetos, de manera que no se le podría exigir su cumplimiento a ningún miembro del universo de forma independiente, en otras palabras, no es relacional o intersubjetivo.

La visión del deber genérico de comportamiento parte de una explicación intuitiva de ciertas características de los modelos de RCE y de los ordenamientos jurídicos: no se puede hablar de una conducta incorrecta si no hay un deber anterior que el agente debía conocer y obedecer. A su vez, parece difícil justificar la declaración de responsabilidad civil sin un deber jurídico previo que se tenía de actuar de otra forma. Por ello, tiene que existir un deber previo que prohíba las conductas dañosas o las conductas culposas. De lo contrario, las autoridades no estarían justificadas en sostener que se ha sucedido una injusticia civil o declarar dichas responsabilidades.

Si bien la intuición que tienen quienes sostienen esta visión parece fundamentarse en aspectos centrales de los modelos de RCE, los cuales se desarrollarán en la siguiente sección y se comparten, se considera que hay varias razones para no mantenerla.

En primer lugar, sostener que existen deberes genéricos de no dañar o de diligencia parece tener un rol auxiliar en los argumentos que justifican las declaraciones judiciales de responsabilidad civil. Más allá del incumplimiento de estos deberes genéricos, desde

[171] (Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I. 2020, 469).
[172] (Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I. 2020, 32).

estas visiones, se dice que la acción de un sujeto con nombre propio es injusta y merece una declaración de responsabilidad con base en deberes de diligencia apreciados en concreto o con base en razones relacionadas con el siniestro de un determinado riesgo. Bajo los regímenes subjetivos, argumentar que en el caso hay un factor de atribución subjetivo implica sostener que el agresor infringió un deber de conducta concreto, que incumplió con el estándar de conducta que una persona prudente y diligente habría tenido en su situación[173]; o la declaración de que no ha tomado «medidas para evitar un daño que aparecía como previsible»[174]. A su vez, en los regímenes objetivos se utiliza como factor el riesgo beneficio o el riesgo creado por un sujeto y los resultados lesivos que a su luz se concretan para justificar la responsabilidad. Se dice que en estos últimos regímenes se atribuye responsabilidad por valoraciones sociales, económicas, políticas de ciertos resultados dañosos de un riesgo lícito que se encuentran por encima del riesgo ordinario producido por las acciones[175]. Muchas veces los dogmáticos hacen una analogía con las obligaciones de garantía del derecho contractual, pues en estas se «asegura a las eventuales víctimas que todo daño ocasionado en el ámbito de la respectiva actividad […] será indemnizado por quien la realiza»[176]. En ese sentido, parece que una forma más clara de reconstruir este discurso sería la de sostener que los factores de atribución hacen referencia al incumplimiento de deberes bilaterales que se adeudan los sujetos mutuamente, de naturaleza privada. Algunos autores se refieren a estas como obligaciones bilaterales indefinidamente extensibles, es decir, obligaciones que pueden ser exigidas por una cantidad indefinida de personas, pero cuya relación jurídica con cada una de ellas es individual e independiente respecto de las demás[177]. No es que estos dogmáticos se refieran implícitamente a este tipo de deberes bilaterales mediante la mención de los factores de atribución, sino que sostener la presencia de

[173] Véase (Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I. 2020, 103) y (Díez-Picazo, La culpa en la responsabilidad civil extracontractual 2001, 111-116).
[174] (Lopez Mesa 2019, 651).
[175] (Lopez Mesa 2019, 688).
[176] Véase (Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I. 2020, 499-500) y (Lopez Mesa 2019, 688).
[177] Keating referencia y crítica esta comprensión que le atribuye a Stone y Ripstein (Keating, Reasonableness and Risk: Right and Responsibility in the Law of Torts 2022, 52-53 y nota 86).

estos deberes sería más coherente con todo su discurso. Justamente esta es la comprensión que asume la tesis.

En segundo lugar, tampoco parece razonable sostener que el sujeto pasivo de este deber sea un sujeto «*universal*» o un «universo de personas». En algunos casos, una posible víctima puede exigir el cumplimiento de estos deberes previos al daño a un miembro concreto de la sociedad o una instancia de uno de esos universos de personas. De hecho, hay ciertas acciones precautorias que funcionan justamente para proteger del daño a un sujeto concreto frente a otro que está actuando negligentemente, aun cuando el daño no hubiera ocurrido. Si se interpretara la existencia de estos deberes de comportamiento relacionales, como se argumentará en la siguiente sección, estas acciones con funciones cautelares se justificarían de forma mucho más sencilla.

En tercer lugar, el último argumento para rechazar estos deberes genéricos de no dañar o de diligencia que tienden a conservar el *statu quo* es su aparente inconveniencia. En este apartado no puedo extenderme mucho sobre el argumento, ya que mi interés es más descriptivo y conceptual que normativo. Prefiero discutir sobre la estructura de la RCE sin adentrarme demasiado en su contenido. Pero se suele sostener que el *statu quo* de los individuos debe permanecer inalterado. Según este argumento, cualquier efecto o pérdida considerada daño, causada por una autoridad o un particular a su semejante, debería deshacerse o repararse para que la víctima se acerque lo más posible a su estado anterior. Por ello, hay un deber general de no dañar o de diligencia. Sin embargo, la noción de "daño" puede abarcar una amplia gama de situaciones, desde la ruptura de una relación hasta un breve retraso en una cita. En estos casos, resultaría inapropiado que las autoridades establezcan deberes de comportamiento o de reparación, y mucho menos que sean exigibles. Por lo tanto, no todos los aspectos del *statu quo* pueden ser reparados en función de los intereses individuales. Se suele argumentar que solo los derechos o intereses legítimos de las víctimas que componen dicho *statu quo* deberían ser protegidos por la RCE, calificando jurídicamente su violación como daño. Sin embargo, esto conlleva un problema de sobreinclusión, ya que en ocasiones se dañan intereses o derechos legítimos en el ejercicio de otros derechos o con comportamientos justificados y/o excusables. En estos casos, no resulta deseable imponer deberes de reparación o responsabilidades. En este sentido, parece más

apropiado hablar de deberes de no dañar concretos, como frente a comportamientos culpables o riesgosos. Pero incluso en estos casos, existen argumentos para cuestionar el valor del *statu quo* como justificación para imponer estos deberes[178]. En el cuarto apartado de la tesis se discute con estas posiciones normativas monistas, mostrando su arbitrariedad.

III. Deberes y derechos de indemnidad

La última interpretación que se discutirá asume que existen deberes y derechos bilaterales de no dañar en ciertas circunstancias, o deberes de diligencia que cada sujeto debe a sus pares en el marco de sus relaciones intersubjetivas. En la RCE, estos deberes son asignados por normas primarias de comportamiento de naturaleza privada, que pueden ser más o menos generales. En este sentido, estas normas pueden regular de forma más o menos exhaustiva las conductas que los victimarios adeudan a sus víctimas y que estas pueden exigir, a su vez, de ellos. Este tipo de interpretaciones tiene una amplia aceptación en la filosofía del derecho privado de corte anglosajón. Oberdiek, por ejemplo, indica que en la RCE lo que importa primero e importa más son las obligaciones que guían la conducta por dos razones: conceptualmente, pues una obligación remedial necesita algo que remediar. Mientras que, normativa o deónticamente, el derecho tiene el propósito de guiar la conducta, no de remediar las consecuencias de esta[179]. Argumentos similares utilizan autores como Keating[180] y McBride[181].

En el mundo del *civil law*, la dogmática ha hecho interpretaciones similares. Diez—Picazo, por ejemplo, discute la relevancia de definir «si el presunto culpable se

---

[178] Gardner lo presenta de la siguiente forma: «El mero hecho de que tuviéramos algo antes no apunta a ninguna razón por la que deberíamos haberlo tenido, y por lo tanto no señala ninguna razón por la que debamos recuperarlo cuando nos lo arrebatan» (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 166). Elizabeth Spelman expresa una inquietud común sobre *la restitutio in integrum,* y más en general sobre intentar que las cosas vuelvan su *status quo: «*La reparación es presuntuosa en su insistencia en que un punto determinado de la historia de algo... es más importante que cualquier otro punto» (Spelman 2002, 72 y 125). A su vez, la crítica de Coleman a la reparación de situaciones injustas, demuestra que a veces *el status quo* no tiene valor para justificar deberes de abstención: «[Si no tiene derecho a su patrimonio de acuerdo con el principio relevante de justicia distributiva ... ¿cómo puede tener derecho a que se le restituya ...? ... [¿Qué clase de justicia es la que permite ... la injusticia?» (J. L. Coleman, Riesgos y daños 2010) 304-305.

[179] (Oberdiek, The Wrong in Negligence 2021, 3-4).

[180] (Keating, The priority of respect over repair 2012, 309).

[181] (N. J. McBride, Duties of care - Do they really exist? 2004).

encontraba en una situación que generara para él deberes respecto del perjudicado»[182]. Considerando que la interpretación de la jurisprudencia del derecho español le permite sostener que se puede hablar de forma legítima de «deberes de diligencia y de que hay que preguntarse en cada caso si existían o no y sobre qué persona pesaban»[183]. Ello porque la ocurrencia de un daño, *per se*, no concede una acción jurídica para reclamarlo. Aunque el acto sea intencional, la parte lesionada no tendrá acción por la lesión intencional, mientras la otra parte se encuentre ejerciendo un derecho; y si el acto supone una falta de cuidado, tampoco podrá prosperar la acción salvo que exista un deber de cuidado[184]. Así, según Diez—Picazo, se debe distinguir si el daño es fruto de una omisión o una acción. Pues a su criterio, no hay responsabilidad general por negligencia a causa de las omisiones salvo que el demandado se encuentre bajo un deber preexistente[185]. Mientras que los daños causados por los actos positivos, en general, acarrean responsabilidad porque existe un deber de respeto de los bienes y derechos de los demás, «de manera que cada uno debe razonablemente contemplar el conjunto de personas que pueden quedar afectadas por sus actos»[186].

La interpretación que asume que existen deberes y derechos de diligencia y de no dañar sólo tiene un desacuerdo importante frente a posiciones como la de Diez—Picazo. Para esta, en los casos ordinarios de responsabilidad existen deberes de cuidado y/o de no dañar en ciertos casos que son adeudados a cada sujeto que se pueda ver afectado por los actos del sujeto, y no a un conjunto de personas. En ese sentido, si existe responsabilidad por un daño causado por una conducta omisiva, se puede interpretar que existía un deber de RCE frente al sujeto lesionado, no frente al conjunto de personas al que dicho sujeto pertenecía. Existen casos extraordinarios de responsabilidad sin deberes de conducta, en los que hay razones para ordenar reparaciones que no se

[182] (Díez-Picazo, Fundamentos del derecho civil patrimonial v. La responsabilidad civil extracontractual 2011, 264).
[183] (Díez-Picazo, Fundamentos del derecho civil patrimonial v. La responsabilidad civil extracontractual 2011, 265).
[184] (Díez-Picazo, Fundamentos del derecho civil patrimonial v. La responsabilidad civil extracontractual 2011, 265).
[185] (Díez-Picazo, Fundamentos del derecho civil patrimonial v. La responsabilidad civil extracontractual 2011, 267).
[186] (Díez-Picazo, Fundamentos del derecho civil patrimonial v. La responsabilidad civil extracontractual 2011, 267).

justifican en deberes previos de conducta, pero son relativamente pequeños en los ordenamientos jurídicos, o deberían serlo[187].

Así las cosas, el argumento que se expone a continuación sostiene que la interpretación más holista de los modelos de RCE y de los ordenamientos jurídicos a los que se suscriben, lleva a interpretar que existen normas primarias implícitas que atribuyen deberes de comportamiento de naturaleza privada[188]. Estos deberes primarios guían el comportamiento de los particulares y su incumplimiento permite calificar como incorrecta cierta acción, en las relaciones intersubjetivas. Este permitirá sostener que existe un *alterum non laedere* o un deber de no dañar en ciertas circunstancias, no en general, que es mayormente privado.

A. Deberes de diligencia: estándares genéricos y específicos.

En primer lugar, en los modelos de RCE usualmente hay deberes de diligencia y estándares que hacen obligatorios ciertos comportamientos que evitarían dañar la propiedad o integridad de los demás sujetos. Estos deberes de respeto son usados por funcionarios públicos, juristas y ciudadanos para evaluar su propia conducta y la de los demás en situaciones concretas. No sólo hay deberes implícitos que se utilizan para sostener que el demandado hizo algo incorrecto para aplicar las normas secundarias de reparación y declarar la responsabilidad del victimario, también hay deberes explícitos de este tipo. Por ejemplo, PETL establecen estándares genéricos y concretos de conducta en el artículo 4:102, numerales (1) y (3). En el numeral 1 se afirma:

> «(1) El estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos».

[187] Al respecto se puede ver la discusión sobre los factores de atribución en el capítulo 1.
[188] Si es que acaso existieran normas explícitas del tipo que nos interesa, la labor interpretativa sería más sencilla. En esos casos, el argumento que sigue fortalecería.

Este numeral es un ejemplo de un estándar genérico de conducta, que asigna deberes a los particulares en sus relaciones intersubjetivas. Al comentar este numeral, el grupo europeo indica que la definición de culpa es objetiva, en el sentido que hace referencia un estándar de conducta que todos los sujetos tienen que cumplir independientemente de sus capacidades, o su reprochabilidad[189]. De manera que, si se relaciona la objetividad del estándar con la comprensión de la culpa como un fundamento para declarar la responsabilidad (art. 1:101)[190], se puede concluir que existe un deber de conducta general, un estándar genérico. Similares apreciaciones se pueden hacer si se observan normas como estas en otros modelos de RCE, tales como las citadas en el apartado 2.

Este punto queda aún más claro en el numeral 3, que hace referencia a otras disposiciones del ordenamiento jurídico para determinar el contenido de estándares específicos de conducta:

> « (3) Al establecer el estándar de conducta requerido deben tenerse en cuenta las normas que prescriben o prohíben una determinada conducta».

A la luz de una disposición como la anterior, un juez o adjudicador está obligado a interpretar, en virtud de un deber de conducir a cierta velocidad en ciudad o autopista, que tiene una naturaleza administrativa, un deber de comportarse diligentemente para evitar dañar al cumplir con ese límite de velocidad, que es de naturaleza privada, perteneciente al ámbito de la RCE. La misma interpretación ocurre aún sin una disposición expresa que faculte a jueces para hacerlo, en muchos sino todos los modelos de RCE. En ese sentido, ambas normas son una proposición que se refiere a estándares que no son otra cosa que deberes de comportamiento intersubjetivos.

B. Deberes y derechos de no dañar establecidos por normas implícitas

En segundo lugar, interpretar las normas secundarias de reparación da un fundamento para inferir la existencia de normas primarias de conducta, ahí donde no sean explicitas.

[189] (European Group on tort Law 2005, 65, n. 3.).
[190] (European Group on tort Law 2005, 20; 64-65).

Al respecto, Cerutti ha intentado argumentar que existen deberes de no dañar a partir de las normas implícitas que se podrían inducir de los deberes de reparación.

Según Cerutti, el deber de no dañar o el *alterum non laedere* se puede encontrar como una norma implícita en los modelos de RCE que cuenten con ciertas estructuras conceptuales y normas explícitas. En su opinión, normas explícitas de reparación como el artículo 1109 del viejo código civil argentino (y, en general, de cualquier norma que explícitamente asigne una responsabilidad por causar daños con conductas culposas, como los artículos que se han citado en la sección 2) permiten derivar ciertas normas implícitas. Estas normas explícitas e implícitas se conectan conceptualmente a partir de nociones jurídicas como la de antijuridicidad o la de deber jurídico, que presuponen las autoridades jurídicas, legisladores o jueces, al crearlas o interpretarlas[191]. Así, en los distintos modelos de RCE existe una sanción por dañar a otro con culpa, *i.e.* la coacción ejercida por una autoridad judicial al rematar los bienes o embargar los ingresos y cuentas del victimario. Y, dado que una sanción sólo se puede imponer por una conducta ilícita de acuerdo con la noción kelseniana[192], se tiene que concluir que «dañar a otro con culpa» es ilícito, y que su opuesto lógico: «no dañar a otro con culpa» es obligatorio. Esta última proposición, describe un deber que se deriva implícitamente, pero no por ello deja de hacer parte del derecho vigente allí donde existan deberes de reparación[193].

Sin embargo, parece que la tesis de Cerutti no logra argumentar a favor de esos deberes de no dañar, por ciertos defectos conceptuales. Papayannis argumenta en contra de estas tesis, pues considera que los deberes de no dañar o el *alterum non laedere* no se encuentran a través de normas implícitas en la práctica. De acuerdo con él, no se puede concluir que la obligación de reparar que surge al dañar a otro con culpa pueda contar como una sanción, ya que no es, *per se,* un acto coactivo por parte del Estado. Los jueces sancionan, en cambio, al privar de forma «coactiva de [los] bienes para satisfacer [la] deuda»[194], cuando el victimario no cumple con su obligación de reparar. De manera

[191] (Cerutti 2011, 246).
[192] En la concepción de Kelsen la sanción es una respuesta coactiva institucional contra una acción u omisión. Así, el acto ilícito sería la condición que el derecho establece para que proceda. Mientras que el deber sería el acto lógicamente opuesto a dicha condición (Kelsen 1979, 123-125).
[193] (Cerutti 2011, 252).
[194] (D. Papayannis, La páctica del alterum non laedere 2014, 28).

que, si el acto que cuenta como una sanción es dicha privación, bajo el argumento kelseniano de Cerutti, el acto ilícito que es sancionado sería, según Papayannis, *dañar y no indemnizar,* no sólo dañar. En ese sentido, el deber sería una disyunción de acciones, esto es una obligación alternativa: o bien puedes no dañar o bien puedes dañar y reparar. Si esa es su pretensión, el argumento es errado porque no permite describir el *deber de no dañar,* correlativo a un *derecho a no ser dañado*. El argumento así reconstruido conduce a un *derecho a no ser dañado o a ser reparado*, lo cual no representa «la manera en que los participantes suponen que están protegidos» por la RCE[195].

Una forma de reconstruir el argumento de Cerutti sería, como hace Papayannis, ampliar los hechos jurídicos de los que se infiere la norma implícita —el deber de no dañar— más allá de las sanciones y considerar que también se pueden obtener de aquellas acciones que dejan al victimario en una condición de vulnerabilidad como consecuencia de su acción incorrecta[196]. De acuerdo con Goldberg y Zipursky, un sujeto que viola una regla de conducta incurre en una vulnerabilidad jurídica, si puede ser demandado por la víctima, de manera que, si la demanda tiene éxito —se cumplen todas las etapas y se prueba lo que ha ocurrido—, el victimario será objeto de una sentencia judicial que le obligará a repararla[197]. Papayannis considera que una manera de interpretar a Cerutti sin asumir la noción kelseniana de sanción sería sostener que la conducta contraria a aquella que deja al victimario en una posición de vulnerabilidad permitiría describir el deber de no dañar, pues el victimario queda en dicha posición al dañar con culpa o riesgo a la víctima.

Empero, la anterior reconstrucción haría sobreincluyente la tesis de Cerutti. Sería cierto que un posible victimario tiene un deber de no dañar porque incumplirlo lo dejaría vulnerable frente a su posible víctima, pero para Papayannis también sería cierto que cada vez que este sujeto contraiga obligaciones, por ejemplo, al adquirir una deuda o un deber tributario —situaciones que no implican ninguna acción ilícita— se encontraría en

[195] (D. Papayannis, La páctica del alterum non laedere 2014, 28-29).
[196] (D. Papayannis, La páctica del alterum non laedere 2014, 30).
[197] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 25-26).

una situación de este tipo[198]. Sería vulnerable a ser demandado. Así entendida, la tesis de Cerruti fracasaría al ser drásticamente sobreincluyente.

En este punto, el argumento de Papayannis en contra de esta interpretación de la tesis de Cerutti requiere mayor refinamiento, pues considero que es posible en esa reconstrucción superar la crítica de sobreinclusión con la distinción entre estar obligado y ser responsable. Una posición de vulnerabilidad no sería aquella que se deriva de adquirir una obligación primaria (bien porque se ha suscrito un contrato, se ha expedido un nuevo impuesto, o se vive en sociedad y se les adeuda a los demás ser diligente y no dañar con culpa), sino que sería aquella en la que quedaría un sujeto al incumplirla. En este último caso cabría la posibilidad de que el victimario fuese sometido a coacción después de superar un proceso judicial, si la víctima decide llevarlo a un proceso judicial, a través de un recurso civil. En ese orden de ideas, la crítica que hace Papayannis perdería fuerza, pues se podría distinguir perfectamente en este esquema las sanciones y vulnerabilidades de otros fenómenos jurídicos como las obligaciones.

Ahora, pese a que la tesis reconstruida de Cerutti no sería sobreincluyente, aún se podría criticar porque no representa la forma en la que los participantes suponen que están protegidos por la RCE. En los modelos de RCE, se pueden distinguir dos tipos de casos en los que el victimario es vulnerable ante la víctima —en los que se dan las condiciones en las cuales la víctima estaría facultada para demandar exitosamente—. En los primeros, la gran mayoría, la victima queda facultada para demandar no sólo cuando el victimario viola sus deberes de comportamiento, sino especialmente cuando incumple con su deber de reparación y otras condiciones se dan. En este tipo de casos, la responsabilidad civil está asociada a dañar y no reparar y, por tanto, la crítica de Papayannis quedaría inalterada.

En cambio, en los segundos, que son minoritarios, el argumento de Cerutti podría contribuir para alegar la existencia de deberes de no dañar implícitos. En estos casos, el incumplimiento del deber de diligencia, sumado a otras condiciones, suele ser reconocido por los legisladores como una situación en la que se faculta a la víctima para que presente una demanda. Se habla de las situaciones que permiten el uso de acciones

[198] (D. Papayannis, La páctica del alterum non laedere 2014, 30-31).

preventivas y de las medidas cautelares. En estos casos, Cerutti podría utilizar la posición de vulnerabilidad para argumentar a favor de la existencia de derechos y deberes de indemnidad.

Por tanto, la tesis de Cerutti, aunque modificada, no es concluyente para establecer la existencia de dichos deberes de indemnidad, solo es un argumento más a considerar, especialmente en una cantidad minoritaria de casos de responsabilidad civil. Para afirmar la presencia de un contenido regulativo de las relaciones de respeto en los modelos de RCE, se requiere demostrar que funcionarios y demás autoridades guían su comportamiento y decisiones según estas normas, entre otras cosas. No basta con que estas normas podrían estar implícitas como el comportamiento contrario al que llevaría a un funcionario a sancionar o al que dejaría en posición de vulnerabilidad a un sujeto; deben utilizarse, suponerse, o considerarse necesarias para explicar la coherencia de ciertas decisiones y acciones jurídicas concretas.

Así, cuando los destinatarios o funcionarios se desvían de estos deberes, la comunidad debe ejercer una presión significativa, crítica o sanción en su contra, ya que el cumplimiento de estos deberes es esencial para el mantenimiento de la vida en comunidad. Por ello, existe una exigencia general constante de comportamientos que pueden contravenir los intereses individuales. Estos deberes actúan como razones protegidas para actuar, siendo razones categóricas y obligatorias[199].

C. Los deberes y derechos de indemnidad en el razonamiento práctico de los juristas

El tercer argumento a favor de la existencia de normas primarias de comportamiento que establecen deberes de diligencia y de no dañar en ciertas circunstancias, de naturaleza privada, interpreta la relación que existe entre los modelos de RCE y los ordenamientos jurídicos en los que se ubican, así como el razonamiento que plausiblemente hacen los juristas a partir de esta relación entre sistemas de normas. Al estudiar los aspectos normativas centrales o prominentes de ambos ordenes normativos se puede asumir que existen deberes de comportamiento que guían la conducta de los sujetos y las

[199] (H. L. Hart 1963, 107-109).

autoridades. Este argumento ha sido expuesto por Papayannis en distintos lugares[200]. De acuerdo con él, los deberes y derechos de no dañar pueden interpretarse del razonamiento práctico de los juristas. En este sentido, el patrón de inferencias que llevan a un sujeto a sostener que otro es civilmente responsable no se explica completamente sin presuponer que existen deberes de no dañar en ciertas circunstancias[201].

Al menos hay cuatro aspectos centrales de los modelos de RCE y de los ordenamientos jurídicos que permiten una conclusión como la anterior[202]. No es que el deber de no dañar se deduzca de las cuatro, sino que un teórico o jurista que integre a su esquema dogmático su noción entenderá estos aspectos como armónicos o consistentes y, por contraste, quien no lo haga los encontrará extraños o innecesarios. En ese sentido, un teórico o jurista que encuentre tales extrañezas se ganará dos problemas, si pretende explicar un modelo de RCE. No sólo tiene que explicar estos aspectos prominentes de los ordenamientos jurídicos, sino que también encontrará que sus explicaciones son menos coherentes con el razonamiento práctico de juristas, abogados y jueces en el marco de la RCE.

El aspecto más cercano de los modelos de RCE son *las razones subyacentes a los deberes de diligencia*, que ya se vio están explícitamente regulados en los modelos de RCE a través de los estándares de diligencia. Los estándares genéricos y específicos de diligencia indican un comportamiento que deben seguir los sujetos en sus relaciones intersubjetivas respetuosas. Sin embargo, una vez se contrastan estos estándares con las normas secundarias de reparación (artículos como el 1:101, 1902, o 2341), ello se puede poner en duda. Las normas de reparación, por ejemplo, atribuyen consecuencias patrimoniales por el daño cometido con culpa. En ese sentido, un sujeto prudente, que no desee dicha consecuencia, tiene que no dañar y actuar con diligencia. Si ese sujeto prudente daña siendo diligente, bajo estos artículos, no será declarado responsable. Así, una crítica importante a los deberes y derechos de no dañar afirma que, en los casos regulados con estas reglas de responsabilidad subjetivas, se puede dañar si se es

[200] Al respecto se puede consultar (D. Papayannis, La páctica del alterum non laedere 2014, 39-53) y (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 160-174).
[201] (D. Papayannis, La páctica del alterum non laedere 2014, 31).
[202] (D. Papayannis, La páctica del alterum non laedere 2014, 39-53).

diligente y, por tanto, no hay tales deberes y derechos. De tal suerte, más que un deber que fundamente la obligación de reparar contenida por estos artículos, hay motivos prudenciales para actuar con diligencia.

La respuesta a la crítica anterior parte de la inteligibilidad racional de los estándares de diligencia. Sin el principio del *alterum non laedere* como su razón subyacente, estos deberes de diligencia se vuelven ininteligibles para los agentes que buscan cumplir con tales normativas[203], sean respetuosos o prudentes. Primero, destáquese que los estándares genéricos requieren que se actúe con diligencia razonable para evitar el daño, mientras que los estándares específicos, bien regulados, definen esa diligencia razonable frente a un caso concreto o una situación específica. Establecen las medidas de precaución óptimas para evitar dañar. Gracias a estas normas los agentes tienen razones protegidas para actuar diligentemente, razones que a su vez excluyen algunos conjuntos de razones que recomiendan en contra. Por lo tanto, tanto el sujeto respetuoso como el sujeto prudente tienen que actuar de manera razonable si desean cumplirlas. Esto implica que su actuación debe ser similar a la que habría tenido una persona que considere en su balance de razones el bienestar de los demás y persiga no dañar, eligiendo las conductas idóneas y proporcionadas para cumplir con tal objetivo. En este sentido, los deberes derivados de las normas primarias de RCE, como los deberes de diligencia, añaden una razón categórica, independiente de los fines del sujeto, al balance de razones de los agentes, obligándolos a intentar no dañar con culpa en cualquier actividad que desempeñen. A su vez, significa, indirectamente, tomar ciertas precauciones que sean racionales para alcanzar este objetivo, para lo cual el agente debe considerar la probabilidad y la gravedad del daño que puedan causar, y estas consideraciones modificarán la forma en que desarrollarán su acción. En ultimas, al lado de la razón categórica y obligatoria de intentar no dañar con culpa, el sujeto tiene que suponer que existen razones para triunfar en dicha tarea.

En otras palabras, la diligencia razonable implica el deber de realizar un juicio evaluativo de medios y fines. El fin es evitar el daño causado con culpa, mientras los medios idóneos y proporcionales se determinan de acuerdo con distintas fuentes: ciertos consensos

[203] (D. Papayannis, La páctica del alterum non laedere 2014, 48).

sobre lo que es razonable, convenciones específicas que definen quién debe adoptar qué medidas en qué circunstancias, así como otras normas jurídicas[204]. Estas fuentes ayudan a formar un juicio *prima facie* sobre las acciones que contribuirán a evitar el daño, que, de acuerdo con la probabilidad y gravedad del daño, indicarán una forma de realizar la acción con más o menos precauciones. Pues en ultimas, el juicio sólo será conclusivo si efectivamente en el caso se han seleccionado las medidas que racionalmente habrían contribuido a evitar dañar con culpa.

La anterior estructura del deber de diligencia muestra que es ininteligible sin razones para no dañar con culpa. Compárese la aplicación que de estos deberes harían el agente respetuoso y el agente prudencialmente motivado. Si el agente respetuoso debe tomar una precaución, tiene que pensar en las acciones que contribuirán óptima y efectivamente a que el daño no tenga lugar. Tendrá que considerar que existen razones para no dañar con culpa de forma subyacente al cumplimiento del deber de diligencia, porque es posible tener éxito en este objetivo. Así, el agente respetuoso descartará otras razones que le indiquen actuar con menos diligencia de la que crea necesaria para evitar el daño. Por su parte, el agente prudente también deberá tomar medidas de precaución y, con esto presente, reflexionará sobre las acciones que contribuirán efectivamente a que el daño no tenga lugar. Tendrá que considerar en su balance de razones que es posible no dañar con culpa. Imaginemos que el agente prudente sabe que el ordenamiento jurídico ordena ciertas medidas como diligentes, él las implementará. El punto clave, que nos permitirá ver el argumento, es qué sucede cuando este sujeto prudente encuentra que las medidas que ordena el sistema de derecho no son las más efectivas para evitar el daño, pero nota al mismo tiempo que estas son más rentables para sus intereses. ¿Deberá descartar la rentabilidad e implementar precauciones superiores a efectos de triunfar en no dañar? La respuesta será positiva, si es que desea cumplir con el deber de ser diligente para evitar la responsabilidad, y justamente por ello, se necesita asumir que existen razones subyacentes para no dañar con culpa.

El *quid* del asunto es que tanto para uno como para el otro la precaución es una forma de ejecutar una acción que sólo tiene sentido si se es consciente de que contribuirá

[204] (D. Papayannis, Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia 2021, 18 y ss).

efectivamente a que el daño no tenga lugar. Sólo si la forma en la que el agente realiza su acción disminuye el riesgo o la gravedad del daño está podrá ser tenida en cuenta como una acción diligente. Por lo tanto, es imposible ser razonablemente diligente, *i.e.* intentar no dañar con culpa, sin pensar en qué conductas le permitirán triunfar en no dañar con culpa. En palabras de Gardner, «las razones para intentar algo únicamente tienen sentido a la luz de las razones para tener éxito en ello»[205]. Y, si solo podemos comprender y/o explicar las *razones para intentar* con base en las *razones para triunfar o tener éxito*, no podemos «comprender las razones para *intentar no dañar con culpa* sin asumir razones *para no dañar con culpa»*[206].

Lo anterior no quiere decir que de un deber de diligencia se deriva, dado el razonamiento práctico que lo hace inteligible, un deber de no dañar con culpa. Sino que, dada la necesidad racional de las razones para no dañar en la inteligibilidad del deber de diligencia, como sostiene Papayannis, «el deber de diligencia guarda una coherencia mayor con la existencia de un deber de no dañar con conductas culpables que con su inexistencia»[207].

Por otro lado, la segunda característica de los modelos de RCE que permite hablar de deberes y derechos de no dañar de carácter privado son *las acciones y los mecanismos procesales que persiguen evitar el daño.* Las normas que conceden estas facultades son, además, un rasgo de los modelos de RCE que se explican por la función preventiva que cumple en ciertas condiciones la RCE[208]. Estas acciones serían incoherentes en modelos donde no existan deberes de comportamiento como los deberes de no dañar con acciones culpables y/o actividades riesgosas y de actuar diligentemente, que puedan ejercitar los sujetos en contra de otros sujetos concretos. La existencia de estas acciones y la posibilidad de accionar normas de comportamiento de RCE en contra de otros sujetos antes de la ocurrencia del daño es un argumento en contra de visiones escépticas

[205] (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019, 166).
[206] (D. Papayannis, La práctica del alterum non laedere 2014, 51).
[207] (D. Papayannis, La práctica del alterum non laedere 2014, 53).
[208] Ver (Vargas Tinoco, La prevención en la responsabilidad civil extracontractual. Función, estructura normativa y protección de los derechos. 2022).

o de aquellas que defienden la existencia de deberes generales y públicos de no dañar. Mostraré distintos ejemplos.

Tanto en el *civil law* como en el *common law* se consagra la posibilidad procesal de solicitar que un juez elimine las molestias que superan la normal tolerancia entre vecinos. Esta posibilidad no sólo muestra la función preventiva que cumplen los modelos de RCE[209], sino que contribuye a hablar de deberes de no dañar y de diligencia, en virtud del argumento que se acaba de exponer. A su vez, más cercano al *civil law*, se suelen estipular por parte de las autoridades acciones posesorias contenidas en el código civil[210] y su correspondiente instancia procesal, destinadas a evitar los daños a la propiedad de quienes las ejercen. Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico colombiano este tipo de casos se observa en el código general del proceso colombiano (ley 1564 de 2012), regulado por el artículo 377, que ordena lo siguiente en su numeral 1:

> *3. Si la demanda se dirige a precaver el peligro que* ***se tema de ruina de un edificio, de un árbol mal arraigado u otra cosa semejante,*** *el demandante podrá pedir, en cualquier estado del proceso, que se tomen las medidas de precaución que fueren necesarias.*
>
> ***Formulada la solicitud acompañada de dictamen pericial,*** *el juez procederá inmediatamente al reconocimiento respectivo; si del examen resulta* ***un peligro inminente****, en la diligencia dictará sentencia y tomará las medidas que fueren necesarias para conjurarlo.*

Obsérvese que en este tipo de acciones procesales no se necesita demostrar la ocurrencia de un daño y ni siquiera es necesario llegar a sentencia para que el juez asigne ciertos efectos negativos al demandado. El demandante sólo debe demostrar que el accionado ha realizado y continúa realizando conductas negligentes que afectan el goce pacífico de un derecho.

---

[209] Distintos casos son clásicos en el derecho de EEUU donde se define la noción de molestia razonable que habilita a un sujeto a presentar una acción para que el juez la conjure a través de ordenes de hacer o *injuctions*. Entre otros: Albert v. Meadowbrook Swimming Club Court of Appeals of Maryland 173 Md. 641 (1938) y Slaird v. Klewers Court of Appeals of Maryland 260 Md. 2, 271 A.2d 345 (1970).
[210] Ver artículos 972 y ss del código civil colombiano.

Dicha acción procesal no es la única para prevenir. De la misma forma se pueden encontrar en el derecho procesal medidas cautelares innominadas que persiguen evitar la ocurrencia de daños. Por ejemplo, las medidas cautelares contenidas en el artículo 590, numeral 1, literal C, del código general del proceso colombiano:

> *c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma,* ***prevenir daños****, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.*
>
> *[…]*
>
> *Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla.* ***No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas*** *o procuren anticipar materialmente el fallo.*

Un último ejemplo de acciones procesales que buscan evitar el daño y no sólo su reparación, se observa en los gastos preventivos contenidos en el artículo 2:104 de los PETL:

> *"Los gastos realizados para evitar un daño que amenaza producirse constituyen un daño resarcible en la medida en que hayan sido razonables".*

A la luz del artículo 2:104 de los PETL se le permite a la víctima potencial hacer gastos preventivos que sean razonables con el fin de evitar un daño. Esta herramienta procesal que atribuye deberes al demandado no sólo se justifica en el incumplimiento de deberes de diligencia por parte del demandado, sino que hace inteligible a partir de los deberes de no dañar, tal como se observó en el argumento relacionado con las razones subyacentes a los deberes de diligencia.

Al lado de las acciones procesales que tienen a prevenir el daño, *el derecho penal refuerza el argumento para sostener que existen en la práctica jurídica los deberes de*

comportamiento, en los términos que aquí se defienden. En muchos ordenamientos jurídicos como el colombiano, español, o varios del *common law* se cuenta con delitos que refuerzan la idea de que los modelos de RCE no solo compensan, sino que también previenen futuros daños y, más importante aún, garantizan una relación interpersonal de respeto entre los distintos sujetos[211]. Sin considerar que en los modelos de RCE existen deberes de no dañar, el refuerzo que ofrece el derecho penal parecería incoherente. Piénsese que no haría sentido que un ordenamiento jurídico con su modelo de RCE establece sólo deberes de reparación y responsabilidades civiles, de manera que causar un daño con culpa o comportarse diligentemente es optativo y sólo desincentivado, mientras que su derecho penal establece una obligación categórica de no dañar con culpa, estas dos decisiones normativas no parecen coherentes. Al menos, no lo sería en los casos yuxtapuestos. En cambio, si se asume que existe un *alterum non laedere* no habría tal incoherencia. Los daños cometidos con culpa estarían prohibidos y los comportamientos diligentes serían obligatorios en todo el ordenamiento jurídico. La RCE y el derecho penal sólo serían distintas herramientas que contribuyen al mismo objetivo. En palabras de Papayannis, el derecho penal castigaría para evitar que «los individuos traten el derecho a no ser dañado como si fuera un derecho a ser indemnizado»[212].

Así, las distintas características de los modelos de RCE y de los ordenamientos jurídicos vigentes permiten sostener que *el mundo normativamente ideal* es, a grandes rasgos, aquel en el cual los daños son evitados, en el que los sujetos son diligentes y no se daña, y no aquel en el cual estos sujetos compensan los daños que causan con culpa o riesgo[213]. Justamente este es el último aspecto prominente de los modelos de RCE: qué cuenta como un *mundo normativamente ideal*. Se puede decir que las autoridades se proponen alcanzar con los modelos de RCE un mundo ideal en el que aquello valioso que se protege con estas normas queda salvaguardado.

---

[211] Se puede ver el código penal colombiano. Ver ley 599 de 2000. No sólo en los artículos que castigan los daños dolosos por ejemplo el artículo 103 que proscribe el homicidio. También en aquellos que prohíben daños culposos. V.g. los artículos 111 y ss en los que se prohíben las lesiones personales culposas y en el artículo 109 en el que lo mismo hace frente a los homicidios culposos.
[212] (D. Papayannis, La práctica del alterum non laedere 2014, 42) y (J. Coleman 2011, 121-122).
[213] (D. Papayannis, La práctica del alterum non laedere 2014, 42).

En otras palabras, se puede recurrir al contenido de las normas que componen los modelos de RCE, para proponer tentativamente dichos *mundos normativamente relevantes*. En la sección 2 se citaron normas que establecen la obligación de reparar los daños causados con comportamientos culpables, en virtud de su contenido se puede argumentar que se abandona el mundo normativamente ideal cuando un sujeto se hace acreedor de dicha obligación porque cumple con todos sus supuestos. Lo mismo se podría decir gracias a las normas que componen los regímenes objetivos de responsabilidad y que establecen la obligación de reparar daños causados sin culpa, una vez se hacen aplicables. Por ejemplo, el artículo 1:101 de los PETL, en sus literales b) y c), establece la imputación jurídica de responsabilidad a un victimario bajo fundamentos objetivos como el riesgo o la responsabilidad por el hecho de un tercero. Dichas obligaciones de reparación, junto con otras normas de facultad, otorgan a la víctima la potestad de demandar a su dañador y, en caso de ser exitosa, perseguir los bienes del deudor para cobrarse coactivamente.

Si se organizan temporalmente los escenarios relacionados con el daño y con las acciones procesales disponibles para las víctimas una vez ocurre, se puede decir que T1 es el escenario en el que no se causan daños. T2 es el escenario en el que se causan daños y no se han reparado. T3 es el escenario en el que se causan daños y estos son reparados.

No obstante, si el criterio para distinguir estos escenarios normativos es la existencia de potestades en cabeza de la víctima, no se pueden omitir las acciones y mecanismos procesales con función preventiva, los cuales ya han sido analizados en esta sección. Una vez un sujeto comete actos culposos, generando un riesgo ilícito, la víctima puede iniciar acciones preventivas. Por lo tanto, no basta con considerar únicamente el daño, sino también el riesgo ilícito que precede a este.

Teniendo en cuenta estos criterios, el mundo ideal sería aquel en el que se respeta la integridad interpersonal, sin causar daño ni generar riesgos ilícitos. Este sería T1. T2 es el escenario en el que se generan riesgos ilícitos[214]. T3 es el escenario en el que se

[214] Una explicación más detallada de T2 requiere distinguir un poco más los tipos de riesgos. Vargas, por ejemplo, ha distinguido cuatro tipos diferentes de riesgos: i) aquellos que serán prohibidos por representar una amenaza inaceptable a la seguridad, superando el umbral de riesgo permitido, como en el caso de las

causan daños y no se reparan. T4 es el escenario en el que los daños se causan, pero también se reparan.

La forma más sencilla de jerarquizar estos escenarios sería a través de las facultades o potestades normativas. En este sentido, claramente T1 y T2 no serían equivalentes en los casos en que se hayan conferido a las víctimas acciones preventivas. Asimismo, T1 y T3 son distintos: en T1, la víctima no cuenta con potestades normativas, mientras que en T3, la víctima casi siempre tiene la facultad de iniciar un proceso judicial —ya sea declarativo o ejecutivo—. En T4, nuevamente, no hay potestades normativas.

El problema de utilizar este criterio para jerarquizar los mundos normativamente relevantes surge porque, desde este punto de vista, T1 y T4 resultarían equivalentes, pero no es esa una conclusión deseable, una que refleje la forma como los practicantes se consideran protegidos por la RCE[215]. La mayoría de las personas aceptaría que la víctima de un accidente de tráfico que ha quedado inmovilizada no considerará que su reparación la ha dejado en una posición mejor, ni siquiera igual. Aunque, tiene que decirse que también es común aceptar que una víctima que ha perdido su vehículo quedaría en la misma posición si este es devuelto en especie, o en una versión más reciente o mejor, siempre que no le atribuía al vehículo un valor particular.

Esta diferencia valorativa entre T1 y T4, que se presentaría en la mayoría de los casos —y discutiblemente en todos por casos como el ejemplo del automóvil muestra—[216], solo

---

acciones negligentes o intencionales (este sería el caso de T2) ii) riesgos sistemáticos que surgen del desarrollo de actividades beneficiosas pero inherentemente peligrosas. Estos riesgos son inherentes a la organización social y son legítimos solo si se garantiza una compensación posterior (aquí se está hablando de T3); iii) riesgos permitidos sin la obligación de compensar, como los propios de la vida cotidiana, tolerados por el simple hecho de vivir en sociedad; y iv) riesgos cuya magnitud no puede preverse con precisión, pero cuya imposición se permite en principio. (Vargas Tinoco, El valor de no dañar: de la responsabilidad civil a la prevención 2018, 347 y ss)

[215]Así también lo argumenta (D. Papayannis, La páctica del alterum non laedere 2014, 39-40).

[216] Al respecto, Vargas considera que: «el irrespeto produciría una brecha insalvable entre el valor moral inmerso en la autonomía indemne y la autonomía que ha sido objeto de una respuesta jurídica posterior al daño injusto». (Vargas Tinoco, El valor de no dañar: de la responsabilidad civil a la prevención 2018, 345, 347). Una afirmación así permitiría sostener que sin importar que la violación haya sido mínima, habrá un injusto civil que debe ser exigible con la coacción estatal. Sin embargo, se puede discutir que los sujetos no valoran igual estos derechos y deberes de indemnidad. En ciertos casos, alguien, o incluso muchos sujetos, podría valorar más la reparación que el respeto por sus derechos. E incluso, se podría decir que, en ciertas circunstancias, los sujetos no están justificados en exigir una reparación que afecta sus derechos, pero mínimamente su bienestar, de manera que no hay razones conclusivas para apoyar con el aparato estatal sus reclamos. Aunque este no es un argumento que se desee explorar a profundidad. Sólo mostrar un manto de duda sobre teorías que pongan en un lugar de tal importancia los derechos.

se puede explicar jurídicamente porque la víctima tiene un derecho a no ser dañada con culpa o riesgo, derecho que habrá sido infringido incluso si ha sido reparada[217].

Así las cosas, los deberes de comportamiento, es decir, los deberes de diligencia y de no dañar en ciertas circunstancias, hacen parte del razonamiento práctico de los juristas. En ese sentido, que en un determinado modelo de RCE no se establezcan expresamente disposiciones que referencien deberes de no dañar o, incluso, que expresamente se consagren dichos deberes no indica necesariamente que existan. Todo esto depende de si estos realmente «desempeñan algún rol en el esquema conceptual que mantiene unida la práctica»[218].

Este argumento logra describir los distintos modelos de RCE porque aclara las razones por las cuales los agentes utilizan sus reglas para guiar su comportamiento, y la relación entre esta práctica y otras áreas del derecho. De manera que las teorías que utilizan este tipo de argumentos permiten lo que se ha denominado una compresión profunda de la práctica[219]. Al sostener que existen deberes de comportamiento, especialmente, deberes de no dañar en ciertas circunstancias, no necesariamente se está analizando la práctica en los mismos términos descritos por los abogados, jueces o demás practicantes, sino, en otros términos. Sin embargo, estos nuevos términos explican, entre otras cosas, porque se impone responsabilidad en ciertos casos, porque existen ciertas acciones y medidas cautelares previas al daño que se consideran parte de la RCE y del derecho privado, porque existe una relación entre RCE y derecho penal, o de qué forma se debería interpretar la culpa por los sujetos razonables. Dada la cantidad de características prominentes que quedan comprendidas una vez se acepta que los deberes de comportamiento, así entendidos, son parte de los modelos de RCE, parece que los dogmáticos y teóricos tendrían que aceptarlos o considerarlos una explicación muy plausible de esta área del derecho. De hecho, aunque esto no es necesario para que el argumento funcione, una vez se les explica en estos términos la práctica de la RCE a los teóricos y dogmáticos es posible que estos admitan que desde un principio

[217] (D. Papayannis, La páctica del alterum non laedere 2014, 41-42).
[218] (D. M. Papayannis, Is There a Legal Duty Not to Harm in Tort? 2024, 127).
[219] (P. Cane, The anatomy of tort law 1997, 2, 24, 27).

consideraban que dichas normas y deberes se encontraban presentes en sus creencias previas relacionadas con la estructura de la RCE[220].

En virtud de todo lo expuesto, se puede concluir que aceptar este argumento implica que la RCE tiene que ser, entre otras cosas, un área del derecho, una práctica jurídica o un artefacto que regula injustos civiles que relacionan dos sujetos a la luz de normas de comportamiento de naturaleza privada[221].

Conclusiones

En virtud de lo expuesto, se puede concluir que en la estructura de la responsabilidad civil extracontractual (RCE) se encuentran normas primarias de comportamiento. Estas normas asignan deberes bilaterales de conducta y derechos correlativos que regulan las relaciones interpersonales entre los sujetos, configurando una parte esencial de cualquier modelo de RCE.

En primer lugar, estas normas primarias establecen deberes concretos de no dañar en ciertas circunstancias o de actuar diligentemente, dependiendo del contexto. Dichos deberes tienen como propósito proteger los derechos e intereses valiosos de las personas, fomentando relaciones interpersonales basadas en el respeto. Así, el cumplimiento de estos deberes reduce la probabilidad de que se causen daños a los intereses y los derechos protegidos.

En segundo lugar, las normas primarias pueden estar expresamente reguladas por el legislador o derivarse de normas implícitas. Estas últimas se identifican a partir de la vulnerabilidad que enfrentan los victimarios frente a las víctimas en ciertos casos de

[220] Se podría interpretar que, frente a la presencia de deberes y derechos de no dañar en ciertas circunstancias, en los distintos modelos de RCE, existe una creencia implícita en dogmáticos y teóricos. Esta creencia contaría con los dos criterios propuestos por Enoch para sostener que está presente y cumple una función legítima en el argumento. Por un lado, esta creencia implícita desempeña el papel explicativo que las creencias más explícitas desempeñan rutinariamente, al dar cuenta de una práctica concreta de RCE y su relación con otras áreas del derecho. Y segundo, si una creencia implícita normativa de este tipo se hace explícita al preguntar al dogmático o teórico si efectivamente cree en ello, esto debería sentirse para este sujeto como la articulación de una creencia que ya tenía antes de la pregunta, no como una nueva creencia que acaba de adquirir o una que acaba de descubrir. Al respecto (Enoch, Taking Morality Seriously. A Defense of Robust Realism 2011, 226-227).

[221] Esta conclusión es la misma a la que llegan otros autores importantes, bajo argumentos distintos. Ver (J. L. Coleman, The Practice of Principle: In defence of a pragmatist approach to legal theory 2001, 53, 56-57); (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 170-172).

responsabilidad, o mediante el análisis de las prácticas de razonamiento utilizadas por juristas y jueces en la aplicación de los modelos de RCE. Este análisis permite inferir la existencia de normas implícitas que guían el comportamiento de los sujetos dentro de la estructura de la RCE.

En tercer lugar, se defiende que la RCE no solo se centra en la reparación de daños, sino también en la prevención de estos. Esta perspectiva se refleja en la existencia de acciones procesales y medidas cautelares diseñadas para evitar daños futuros, así como en la coherencia que existe entre las disposiciones de la RCE y otras áreas del derecho, como el derecho penal. Dicha coherencia refuerza la idea de que los deberes de comportamiento no son opcionales, sino obligatorios, y constituyen una parte integral de la regulación jurídica.

Finalmente, se destaca que el reconocimiento de normas primarias de comportamiento contribuye a una comprensión más profunda de la RCE. Estas normas no solo explican las decisiones normativas y las prácticas jurídicas existentes, sino que también permiten articular de manera coherente la estructura conceptual que subyace a esta área del derecho. Así, se concluye que la RCE regula injustos civiles mediante normas de comportamiento que asignan deberes y derechos privados, garantizando la protección de relaciones intersubjetivas basadas en el respeto mutuo.

En el siguiente capítulo se explicarán las normas terciarias, aquellas que permiten a las víctimas exigir el cumplimiento de sus derechos de reparación y a recibir ciertos comportamientos respetuosos.

Capítulo 3: Las facultades de las víctimas y su rol en la estructura de la responsabilidad civil extracontractual

Introducción

En este capítulo se argumenta que en la RCE también se encuentran normas terciarias que reconocen ciertas facultades en cabeza de las víctimas, especialmente para demandar. Para ello, se describe en general el derecho a demandar y sus excepciones. Una vez se tiene una idea clara de qué obligaciones y facultades se incluyen en las normas terciarias, se argumenta de qué forma se relaciona con las demás normas de RCE y se dan razones para rechazar la idea de la independencia del derecho procesal frente a la RCE. La importancia de estas normas reside en que permiten a las víctimas exigir respetuosamente sus derechos, lo que refuerza las funciones que cumple la RCE.

El análisis se enmarca en la estructura conceptual de la RCE que se ha defendido, compuesta por normas primarias que regulan los deberes de comportamiento, normas secundarias que definen los derechos de reparación, y, ahora, normas terciarias que reconocen el derecho de demandar. Mientras que los capítulos previos exploraron las normas primarias y secundarias, este capítulo argumenta que las normas terciarias son esenciales para garantizar la funcionalidad de la RCE. Dichas normas, al articularse con las anteriores, no solo confieren derechos procesales a las víctimas, sino que también establecen deberes específicos para jueces y autoridades encargadas de adjudicar las demandas.

La perspectiva adoptada destaca cómo estas normas terciarias[222] no solo otorgan a las víctimas potestades y libertades procesales, sino que también vinculan a las autoridades jurídicas con obligaciones de coacción en pro del cumplimiento de los deberes de reparación. En este sentido, se defiende que las normas terciarias constituyen una parte integral de los modelos de RCE, al garantizar que las funciones de justicia correctiva y prevención se materialicen en la práctica.

[222] El reconocimiento de normas como estas también se encuentra en (Gardner, Damages Without Duty 2019, 411).

I. El derecho de demandar como la norma terciaria más representativa

El derecho de demandar se puede precisar aún más en términos o hofeldianos, pues comprende un conjunto de distintos reconocimientos institucionales. Involucra derechos correlativos a deberes, privilegios (o libertades) y potestades (o poderes). Inicialmente, en la terminología de Hohfeld[223], tener un derecho a demandar es correlativo al deber de los terceros de no afectar este ejercicio; se traduce en la opción de exigirles a esos terceros que ajusten su conducta para que no afecten su ejercicio[224]. Aunque en esta sección no se desarrollarán estos deberes de conducta de forma más profunda.

En particular, interesa el derecho a presentar la demanda u otras acciones procesales de cualquier tipo. Este derecho de demandar significa, fundamentalmente, que la víctima tiene *una potestad* que se correlaciona con las *responsabilidades* de los victimarios. Esta facultad está sometida a ciertas condiciones para perseguir y obtener una forma de reparación o remedio porque el victimario incumplió sus deberes de comportamiento o de reparación. Así, el victimario que enfrenta una responsabilidad frente a la víctima queda vulnerable jurídicamente frente a ella.

También, dicho derecho de demandar implica que la víctima tiene *el privilegio (o libertad)* de presentar una demanda judicial que será resuelta por una autoridad judicial. En este marco teórico propuesto por Hohfeld, tener una libertad es correlativo a un no-derecho de los demás sobre dicha acción. Ello quiere decir que la víctima no tiene ninguna obligación jurídica hacia nadie más de abstenerse de demandar, y que nadie más tiene el derecho de exigirle que se abstenga de presentar una demanda[225].

Así, una vez la víctima ejerce su potestad y privilegio de forma apropiada, impone en las autoridades judiciales ciertos deberes. En esas ocasiones, las autoridades judiciales tienen el deber procesal de admitir la demanda, tramitar el proceso, dictar una sentencia y, en procesos ejecutivos o de segundo orden, coaccionar al victimario, etc.

En suma, el derecho de demandar de la víctima comprende, especialmente, una potestad para obligar a una autoridad normativa judicial para que coaccione al victimario

[223]Ver (W. Hohfeld 1913) y (W. N. Hohfeld 1917).
[224] Así lo presenta (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 207-208; 210). De acuerdo con Hohfeld este sería un derecho multilateral y negativo (W. N. Hohfeld 1917, 719, 733-734).
[225] (W. N. Hohfeld 1913, 41).

a cumplir con sus deberes provenientes de una norma primaria o secundaria de RCE; y, esto por su parte, trae consigo un privilegio para activar el deber jurídico en cabeza de la autoridad normativa judicial de evaluar su demanda y, tras la ratificación del ilícito extracontractual, proporcionarle un remedio, que se decreta como una obligación del victimario en sentencia[226].

Obsérvese que la existencia de estas normas terciarias en los modelos de RCE se relaciona, a su vez, con otros deberes en cabeza de legisladores. Entre ellos, los legisladores deben crear normas que prohíban aquellas conductas que impiden el ejercicio del derecho de demandar. También, si el legislador se compromete firmemente con este derecho, en el sentido de garantizar materialmente su ejercicio, tendría que crear normas de políticas públicas y asignar recursos para que los particulares puedan conocer sus derechos y acceder efectivamente a la justicia. En este punto, basta con decir que la presencia de las normas terciarias necesita otras normas que hagan posible conceptual y normativamente su ejercicio. Sobra decir que el contenido preciso de estas otras normas dependerá del contexto y de los propósitos razonables de las autoridades.

Ahora, el interés principal de este capítulo se centra en defender que las normas terciarias de facultad forman parte de la estructura de la RCE. Esta afirmación se fundamenta inicialmente en que, usualmente, después de la violación de las normas primarias de comportamiento, las normas secundarias de reparación pueden ser exigidas por las víctimas a través de los jueces, gracias a estas facultades. Observemos.

II. Las facultades de las víctimas para demandar y sus excepciones

Tanto en la tradición del *civil law*, como en la tradición del *commom law*[227], las víctimas usualmente tienen el derecho de decidir si presentan o no una acción judicial en contra del victimario por la vulneración de sus derechos de RCE. En otras palabras, cuentan con un derecho a demandar o a solicitar algún tipo de tutela cautelar en contra del victimario, en los términos explicados en el inicio de la sección.

[226] En ese sentido se puede observar: (Gardner, Damages Without Duty 2019, 413) (Goldberg y Zipursky 2022, 9) (Steel, On the Moral Necessity of Tort Law: The Fairness Argument 2021, 194). (Psarras 2023, 276).
[227] Una descripción de este derecho de demandar en el *common law* se encuentra en (Katz y Matthew A. 2022, 240).

Frente a la violación de los derechos primarios de RCE, se han citado distintas disposiciones que, en modelos de RCE como el colombiano, español, e incluso los PETL, permiten accionar deberes de comportamiento como los deberes de diligencia o de no dañar en ciertas circunstancias excepcionales. Aquí se hace referencia a las tutelas cautelares o a las acciones posesorias.

Respecto a la violación de los derechos secundarios de RCE, en los modelos de RCE, usualmente existen normas que facultan a las víctimas para acceder a la jurisdicción a través de una demanda. En la tradición del *civil law*, existen procesos declarativos que pueden utilizarse por las víctimas para que el juez declare civilmente responsable al victimario[228]. En la tradición del *common law*, las sentencias o leyes que reconocen que un caso está regulado por la responsabilidad civil, conceden al mismo tiempo una facultad para acceder a la jurisdicción[229]. En ese sentido, en general, los modelos de RCE establecen una relación entre normas secundarias y facultades de las víctimas.

Ahora, a pesar de la casi ubicuidad del derecho de demandar en los modelos de RCE por el incumplimiento de los deberes de reparación, esto no implica que siempre que existan dichos deberes habrá normas que faculten a la víctima para exigir sus derechos. De hecho, hay excepciones tanto en la tradición del *common law,* como en la tradición del *civil law*. En estos casos excepcionales, hay instituciones que restringen los derechos de las victimas para demandar el cumplimiento de los deberes de reparación. Hohfeld denomina estas situaciones como: “inhabilidades”, situaciones en las que alguien no tiene la potestad para hacer algo[230].

En el Reino Unido, por ejemplo, el *promisore stoppel* implica que un posible demandante pierde su potestad de demandar por haber prometido gratuitamente no hacerlo, siempre que el futuro demandado haya confiado en su promesa[231]. En ese sentido, si bien la víctima continúa con su libertad de presentar la demanda; hay un impedimento que priva a la víctima del privilegio y de la potestad para autorizar al juez para que coaccione al

[228] Así en Colombia (Ley 1563 de 2012. arts. 368 y ss); en España (la Ley de Enjuiciamiento Civil establece distintos procesos declarativos arts. 249.1 y 250.1.).
[229] (Goldberg y Zipursky 2022, 10).
[230] (W. N. Hohfeld 1913, 44-45, 55.).
[231]Al respecto se puede leer la explicación del precedente que hace Mcbride, a raíz del caso Combe v Combe 5[195l] 2KB 2l5. (N. J. McBride, The humanity of private Law. Part I: Explanation 2019, 5) .

victimario a cumplir con sus deberes. En otras palabras, el victimario contará con una inmunidad que impediría su condena en sentencia, aun cuando haya violado sus deberes de comportamiento y reparación. En la literatura, se encuentran otros ejemplos de situaciones en las que potestad de la víctima para demandar y exigir responsabilidades también quedan anuladas porque a pesar de que normalmente sirven un propósito útil, las circunstancias son tales que ejercer dicha facultad no sirve a ningún interés legítimo del titular[232].

Las renuncias son otro tipo de instituciones en las que se restringe el derecho de demandar de la víctima. Un ejemplo, serían las cláusulas de exclusión de responsabilidad[233]. La descripción de esta institución es compleja, porque podría pensarse que abstenerse de presentar la demanda, acción que la víctima puede elegir libremente, implica una renuncia. A su vez, existen componentes del derecho a demandar que la víctima no puede abandonar, como su libertad para activar ciertos deberes jurídicos en cabeza de los jueces para resolver su demanda. En este caso, renunciar a su potestad contra el victimario para demandarlo equivale a la incapacidad del titular del derecho para hacer valer sus derechos primarios y secundarios. Ello significa que la autoridad normativa no podrá declarar responsable al demandado; por lo tanto, también equivale a una inmunidad para este último.

Otra institución que representa las restricciones al derecho de demandar es la prohibición general de que dicho ejercicio sea irrazonable. Esta prohibición adquiere muchas formas institucionales. En los códigos procesales que pertenecen al *civil law* o a la tradición romano—germánica se suele prohibir la temeridad o mala fe. Si la demanda, o cualquier otro ejercicio del derecho de acción, carece de fundamento legal, el demandante tendrá que reparar el daño patrimonial que se ocasione por su actuación. Esto es, el daño emergente, el lucro cesante, las costas del proceso, e incluso, alguna clase de daño moral ocasionado por su actuación. En el *common law*, también hay múltiples ejemplos de restricciones sobre la conducta en los litigios que es dolosa o particularmente irrazonable. Está prohibido, so pena de sanción, demandar motivado por un «propósito

[232] (N. J. McBride, The humanity of private Law. Part I: Explanation 2019, 66-70).
[233] (Psarras 2023, 276).

inapropiado» o demandas que se consideran frívolas por carecer de fundamentos jurídicos o fácticos[234]. Más claramente, el principio general que prohíbe el abuso del derecho a litigar. Varias doctrinas relacionadas con la equidad permiten a las autoridades judiciales negarles a los abusivos el alivio al que podrían tener derecho según la ley[235]. En virtud de estas normas y otras similares, se puede sostener que en los modelos de RCE se exige que el demandante tenga como fundamento jurídico de su exigencia de responsabilidad una obligación de reparar incumplida por parte del victimario; pero además se requiere que su exigencia no sea abusiva. En otras palabras, que no abuse de su derecho.

Finalmente, existen ocasiones en las que las autoridades jurídicas tienen razones públicas para restringir el derecho de demandar. En ciertas ocasiones, el reclamo individual del demandante podría ser demasiado bajo, lo cual desincentivaría a las víctimas, si tuvieran que acceder al proceso por su propia cuenta al estrado judicial. También, en los casos en los que ocurren de forma sistemática eventos dañosos del mismo tipo, se podría afectar el funcionamiento eficiente del sistema de justicia sino se resolvieran de forma conjunta dichos conflictos, por el exceso de reclamos que llegarían a los estrados judiciales. En estas ocasiones, lo común es el establecimiento de acciones colectivas o de grupo que establecen restricciones o prohíben el ejercicio individual del derecho a demandar. A su vez, son notables las situaciones en las que el legislador le concede a entidades administrativas la potestad de demandar en representación de particulares para perseguir objetivos de política pública de una forma más eficiente y/o eficaz. Al representar a víctimas en condiciones de debilidad por situaciones de violencia[236], delitos sexuales, asimetría de poder económico[237], entre otros.

---

[234] USA, Federal Rules of Civil Procedure. 11.B.

[235] En el reino unido un caso representativo es *Pickering v Rudd* [1815] 4 Camp 219. En el que la autoridad judicial niega que la invasión permanente de un clavo y una tabla en el espacio aéreo sobre el jardín del demandante se pueda considerar un ilícito extracontractual - una intrusión o *tresspass*-, en ausencia de cualquier interferencia con el uso ordinario del demandante.

[236] El ordenamiento jurídico colombiano cuenta con algunas entidades administrativas encargadas de presentar procesos judiciales para la restitución de tierras o la entrega de reparaciones a favor de las víctimas del conflicto armado interno en procesos penales o administrativos. Al respecto se puede consultar (Uprimny y Saffon 2009) y (Bolívar Jaime 2009).

[237] Por ejemplo, Alexandra Torres defiende que, en el ordenamiento jurídico colombiano, el cobro del préstamo de dinero se puede hacer abusivamente y que ello constituye un ilícito extracontractual que haría responsable civilmente al acreedor, en favor del deudor. Véase (Torres Acosta 2024).

III. Las normas terciarias y su relación con las normas secundarias de reparación

La descripción del derecho positivo permite hacer una observación: en general hay una relación entre las normas de comportamiento y de reparación y las facultades de las víctimas. En la literatura se sostiene que esta relación contribuye a interpretar que estas normas que facultan para demandar hacen parte de la estructura de los modelos de RCE, que son sus normas terciarias.

Al menos, existen dos explicaciones que sostienen esta interpretación[238]. Por un lado, se puede pensar que hay una implicación analítica en el significado de las normas secundarias que establece dicha conexión con las normas terciarias. ¿Qué otra cosa podría significar que las normas conceden un derecho a ser reparado, sino que al mismo tiempo conceden una facultad para que la víctima presente una acción judicial?

Por otro, se puede pensar que esta asociación es tan usual porque hay razones normativas ampliamente aceptadas, que llevan a sostener que un modelo de RCE que no cuente con esta relación es cuestionable en términos de su justicia o corrección moral. Ambas explicaciones permiten defender que las normas que facultan a la víctima para demandar, que le conceden este derecho, hacen parte de los modelos de RCE.

En la literatura, la primera explicación está asociada con tesis kantianas. En estas, el incumplimiento de un deber expone al victimario al uso legítimo de la coacción[239]. De manera que, los derechos de indemnidad de la víctima no sólo están asociados a un comportamiento que es en un sentido obligatorio para el victimario —ser diligente o pagar una reparación— sino que estos deberes tienen una conexión conceptual con la posición de la víctima de hacer una exigencia —*claim*— de responsabilidad al victimario —*accountability*—[240]. Así, parece que las autoridades jurídicas —legisladores o jueces— que niegan a la víctima en algunos casos la potestad de acceder a los jueces para reclamar sus derechos de indemnidad, está negando también que en esta situación

[238] Boonzaier explica que algunos autores como Darwall o Kant ofrecen una teoría analítica de la conexión entre deber y responsabilidad; que otras autoras como Thomson admiten que no pueden justificar dicha conexión; mientras que, a su juicio, la explicación de Gardner es que el demandado debe declararse responsable de reparar porque «(moralmente) debe hacerlo» (Boonzaier 2023, 21, 30-31).
[239] Ver su introducción sobre la doctrina del derecho (Kant 1797).
[240] (Darwall y Darwall 2011, 18).

dichos derechos existen. La víctima en realidad no tenía un derecho a la reparación, ni un derecho a esperar cierto comportamiento por parte del victimario, porque no puede exigir que este sea declarado responsable. La autoridad, entonces, está negando un componente esencial de estos. En estas explicaciones se entiende que los modelos de RCE son una implementación de estas ideas básicas relativas a obligaciones bilaterales y responsabilidades[241].

El problema para estas explicaciones son los casos excepcionales en los que se restringe el derecho a demandar. Aquí no se quiere decir que las teorías kantianas no puedan explicarlos, sino que lo hace de una forma más compleja. Para estas teorías, los sujetos siempre tienen un derecho moral a exigir respeto en sus relaciones interpersonales, porque, por ejemplo, cuentan con un derecho innato o tienen autoridad y responsabilidad reciprocas[242]. Así, en las relaciones que salen mal y se causan daños, están justificados en exigir una reparación. Por tanto, en una sociedad con Estado la posibilidad de hacer una exigencia respetuosa debe garantizarse jurídicamente, so pena de negar un derecho moral de una enorme importancia. Les negaría a los sujetos la posibilidad de relacionarse como iguales, contar con autonomía[243], contar con una capacidad básica[244], entre otras justificaciones.

Ahora, no es imposible que haya ocasiones en las que se pueda justificar que no se haga una petición respetuosa a través de instituciones jurídicas. Papayannis, por mencionar un autor, se imagina un caso en el que un modelo de RCE es tan defectuoso para compensar a las víctimas, que no logra constituir un marco de justicia interpersonal, en el que los sujetos cuenten con estas capacidades básicas, aun cuando el modelo de RCE tenga la estructura para hacerlo[245]. En estos casos, las autoridades deberían crear otro tipo de mecanismos que exijan los derechos y coaccionen los deberes que los sujetos se deben para lograr un esquema de relaciones interpersonales respetuosas, y que tenga los mismos efectos beneficiosos o similares.

---

[241] (D. M. Papayannis, The Morality of Compensation Through Tort Law 2023, 18)
[242]Entre otros ver: (Weinrib, La idea del derecho privado 2017), (Weinrib, Reciprocal Freedom: Private Law and Public Right 2022) (Darwall y Darwall 2011).
[243] Por ejemplo, ver: (Dagan, The Utopian Promise of Private Law 2016).
[244] Ver (D. M. Papayannis, ¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza? 2021, 37-38).
[245] (D. M. Papayannis, The Morality of Compensation Through Tort Law 2023, 15-16).

En estas ocasiones, las autoridades jurídicas no necesitan eliminar del todo los modelos de RCE, sólo que, en vez de conceder facultades a las víctimas, otras autoridades se encargarían de coaccionar dichas normas y lograr los efectos buscados con estas. Como ejemplos reales resaltaría los fondos de compensación para las víctimas como el neozelandés o los fondos para compensar a las personas que se contagiaron de VIH vía transfusión sanguínea, entre otros, que, sumados a sanciones administrativas impuestas por las autoridades, lograrían varios de los efectos beneficiosos que se persiguen con los modelos de RCE[246].

Sin embargo, frente algunas de las instituciones que restringen el derecho a demandar, especialmente frente a los impedimentos y el abuso del derecho, las explicaciones kantianas considerarían que estas normas no parecen cumplir los requisitos para calificar como parte de la RCE. Pues en estos casos hay deberes de comportamiento y/o reparación que no están relacionados con facultades, y que tampoco cuentan con otros mecanismos jurídicos para coaccionarse. Esta exclusión definicional no es un compromiso que se adquiera, si se explica la relación entre las normas de la RCE con un argumento del segundo tipo. Y en ese sentido, parece superior. Además, que exista una conexión conceptual y analítica entre deberes secundarios y responsabilidades también dificulta explicar todas los aspectos normativos que permiten fundamentar la existencia de normas primarias de comportamiento. Esto es, aquellas relativas a la guía normativa que persiguen las normas secundarias, las distintas doctrinas y normas que suponen la diferencia entre obligación y responsabilidad, y la distinción entre las razones imperativas y categóricas que justifican los deberes de reparación y las estables y conclusivas que, desde un punto de vista jurídico, justifican la declaración de responsabilidad.

La segunda forma de explicar la relación entre las normas de obligación y de facultad en el marco de la RCE recurre a un argumento normativo. Las teorías de la RCE que lo utilizan establecen una diferencia conceptual clara entre normas de comportamiento, normas de reparación y normas que facultan a las víctimas y las responsabilidades de

[246] Una descripción de estos fondos en el derecho español se puede consultar en (Ribot Igualada 2020).

los victimarios[247]. Luego, proporcionan razones para que, frente al incumplimiento de alguna de estas normas, las autoridades establezcan la aplicabilidad de otras. En la literatura, de hecho, se pueden encontrar distintos argumentos que responden al por qué debería concederse acción judicial en la mayoría de los casos de incumplimiento de deberes de la RCE y qué razones podrían tener en cuenta las autoridades para negar dichas acciones. Aquí se prefiere este tipo de explicaciones, no solo por el apoyo que encuentran en el derecho positivo[248], sino porque facilita el estudio de las razones con las que cuenta la autoridad para adoptar cada una de estas normas y establecer conexiones entre ellas cuando lo consideren apropiado. Por ahora, sólo me interesa mencionar dos argumentos para ejemplificar a grandes rasgos este tipo de explicaciones[249].

Goldberg & Zipursky han argumentado que en los modelos de RCE es fundamental que quienes han sido dañados por una injusticia civil tengan en la mayoría de los casos el derecho a obtener facultativamente un remedio. La víctima es quién ha sido dañada; es ella quien ha sufrido las pérdidas provenientes del injusto civil y, por razones de igualdad, de justicia y de soberanía individual[250], debería decidir si ejerce o no una demanda en contra del victimario. En ese sentido, la estructura de los modelos de RCE refleja la estructura de los derechos morales, en la cual, las víctimas tienen una posición especial para exigirle al victimario que corrija los efectos negativos de sus acciones[251]. Un principio que ellos denominan: el principio del recurso civil. Sin embargo, este reclamo moral no implica que siempre se deba conceder tal acción. En cada modelo de RCE se definirá, de acuerdo con el contexto y a otro tipo de consideraciones tenidas en cuenta por las autoridades, como una cuestión de derecho positivo, la existencia y contenido

[247]Al respecto se puede observar (Gardner, What is tort law for? The place of distributive justice 2019) y (Gardner, From personal life to private law 2018, 207-208).
[248]Tal como sostienen Goldberg & Zipursky el derecho «está repleto de ejemplos que se describen con precisión como involucrando derechos de reclamación [primarios y secundarios] pero no facultades, y en muchos casos, involucrando facultades, pero no derechos de reclamación» (Goldberg y Zipursky 2022, 11).
[249] En el capítulo 4, al explicar el propósito de los modelos de RCE, presentaré un argumento sobre el propósito de los agentes con las normas terciarias y cómo estas contribuyen al propósito más general de la RCE de establecer un marco de justicia interpersonal.
[250] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 138-142).
[251] (Goldberg y Zipursky 2022, 9).

preciso de este principio. Pero, en general, hay buenas razones para establecer una conexión entre derechos—deberes bilaterales y facultades[252].

Otros autores, como Gardner, Katz y Shapiro, encuentran que la conexión entre deberes de comportamiento y responsabilidades se explica por los distintos tipos de razones que se requieren para exigir responsabilidades civiles justificadamente a un determinado sujeto. Según esta tesis, la imposición de una responsabilidad civil no puede fundamentarse satisfactoriamente solo en razones *pro tanto* para compensar, aun cuando sean deberes o razones protegidas[253]. Los deberes de reparación se justifican en la continuidad de las razones que se quedan sin conformar cuando se violan los deberes de comportamiento. Si existía un deber de comportamiento, todo lo demás igual, habrá un deber de reparación. Así, la justicia correctiva es una expresión de las razones prácticas que subyacen a las obligaciones institucionalizadas como deberes del derecho privado[254]. Pero hay otras consideraciones que se deben tener en cuenta antes de tener razones concluyentes para exigir coactivamente un deber, i.e. imponer una responsabilidad. En palabras de Gardner: «Un paso reparador que es necesario según la tesis de la continuidad no es necesariamente requerido, considerando todas las cosas»[255]. Y, para Katz y Shapiro estas razones de justicia correctiva se «apoyan la presunción de que los propios titulares de derechos deben tener ese poder por defecto», pero pueden ser derrotadas[256].

En esta reconstrucción, las normas terciarias vienen a aportar ese algo más, dan cuenta de otro tipo de consideraciones que también son relevantes para declarar la responsabilidad de un sujeto y que pueden variar en cada uno de los casos individuales que ingresan dentro del caso genérico regulado por la norma secundaria de reparación. Podría ser que una víctima particular no esté interesada en recibir esa suma de dinero, ni en tener ningún trato con su victimario. Así, las normas de facultad permiten a la víctima exigir el cumplimiento de estos deberes de reparación cuando considere que

[252] En el capítulo 6 y 7, al explicar el propósito de los modelos de RCE, mostraré como se conectan las normas terciarias con el propósito más general de la RCE de establecer un marco normativo interpersonal justo.
[253] Observar la reconstrucción de (Boonzaier 2023, 29).
[254] (Psarras 2023, 264).
[255] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 104).
[256] (Katz y Matthew A. 2022, 255).

estos contribuyan a su bienestar[257]. A su vez, podría ser que en el caso se esté exigiendo una reparación tan mínima, que su adjudicación sea más costosa para el Estado de lo que es para la víctima reparar su propio daño o asegurarse en contra de este; y que las autoridades hayan decidido utilizar otro tipo de procesos judiciales más eficientes para este tipo de casos, como las acciones de grupo o fondos colectivos. Por tanto, las normas terciarias dan cuenta de razones personales —como las de justicia correctiva— y de ciertas razones de naturaleza pública tenidas en cuenta por la autoridad para entregar o no una potestad a la víctima[258].

Según ambas tesis normativas, se puede afirmar que la persona que ha sufrido la violación de un derecho en el marco de un modelo de RCE tiene *prima facie* derecho a una facultad jurídica en relación con el infractor de dicho derecho. Por ello, para ambas, el aforismo *ubi ius, ibi remedium* sirve como una recomendación, pero no denota una inevitabilidad racional[259]. En otras palabras, no es una exigencia que la moral hace al derecho.

Ahora, a pesar de las ventajas de aceptar la segunda forma de explicación, en términos de un análisis más detallado de las razones por las que la autoridad establece ciertas normas y sus conexiones con otras, no queda claro por qué las denominadas normas de facultad tendrían que considerarse parte de un modelo de RCE. Si la conexión entre derechos y deberes de reparación y facultades es normativa, podrían interpretarse de una forma distinta. Por ejemplo, se podrían percibir como parte de los sistemas procesales de los ordenamientos jurídicos, o parte del sistema de derecho. Este punto se desarrollará en la siguiente sección.

---

[257] Un estudio sistemático de las razones para que el principal remedio sea la indemnización, especialmente por su mínima afectación a la autonomía (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 102 y ss).

[258]Esta es la interpretación que hace (Katz y Matthew A. 2022) de las tesis expuesta por (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 199 y ss).

[259] (Gardner, What is tort law for? The place of distributive justice 2019, 93)y (Goldberg y Zipursky 2022, 9-10)

IV. El desafío: la independencia del derecho procesal de los modelos de responsabilidad civil extracontractual

La tesis de que las normas que facultan a las víctimas para demandar hacen parte de los modelos de RCE, que son sus normas terciarias, depende de la perspectiva que se está adoptando. Es cierto que, desde una perspectiva distinta, estas normas de facultad se consideran como parte del derecho procesal. Pero también se podría utilizar la perspectiva de los derechos fundamentales para sostener que estas normas integran dicho sistema de derechos[260]. Así, desde la perspectiva de la RCE, una respuesta completa a la pregunta sobre la regulación de una determinada acción respetuosa o dañosa requiere explicar la facultad procesal que la víctima tiene para acceder a la jurisdicción y los requisitos para ejercitarla. Por tanto, evaluar las funciones que cumple la RCE requiere estudiar los mecanismos procesales que permiten coaccionar el cumplimiento de sus normas a través de los jueces u otras autoridades jurídicas encargadas de adjudicar el derecho vigente.

En general la víctima cuenta con una potestad que le permite concurrir a las autoridades jurídicas judiciales, si cumple ciertos requisitos, aunque hay excepciones. En la tradición romano-germánica ello se hace a través de una regulación general de un derecho de acción en códigos procesales y la creación de ciertas excepciones en las que no se puede utilizar a través de estos textos o de decisiones judiciales. Esta regulación independiente llevaría a algunos teóricos a resistir la idea de que estas normas de facultad pertenezcan a un modelo de RCE, incluso para efectos interpretativos. Dicha resistencia estaría fundamentada en la creencia de que la regulación independiente instancia una realidad objetiva, la idea de Chiovenda que Taruffo describe como «el desprendimiento de la acción del Derecho sustancial»[261]. Así puesta, la creencia puede entenderse como una que sostiene una relación dicotómica entre derecho procesal y derecho sustantivo. En este sentido, ambos términos son «mutuamente excluyentes y mutuamente exhaustivos»[262]. Lo que trae, entre otras consecuencias, que un cuerpo normativo o una norma en particular no puede clasificarse en ambas categorías —como

[260]Al respecto, Taruffo observa que la acción puede reconducirse a al menos dos sistemas, sin que esto implique que no pueda hacerse a otros (Taruffo 2007, 136).
[261] (Taruffo 2007, 135).
[262] (Main 2010, 810-811).

aquí se propone con estas normas de facultades— y que exista una jerarquía entre ambas categorías[263].

Sin embargo, en contra de dicho entendimiento se puede sostener que muchas de las funciones que efectúan los modelos de RCE no se podrían lograr sin las normas que facultan a las víctimas para exigir el cumplimiento por parte de sus victimarios de los deberes de reparación. En este sentido, autores como Main han argumentado en contra del entendimiento dicotómico de la relación entre derecho sustantivo y procesal. Por un lado, Main sostiene que el derecho procesal tiene un efecto directo en la satisfacción o insatisfacción de las funciones perseguidas por el derecho sustantivo[264]. Esto quiere decir que el procedimiento tiene cualidades sustantivas porque afecta el resultado de los casos. Por otro lado, las reformas en derecho adjetivo pueden afectar directa e indirectamente el derecho sustantivo. Las autoridades jurídicas que reforman el derecho procesal tienen agendas sustantivas[265]. Frente a los modelos de RCE se pueden establecer muchas relaciones. Por ejemplo, las normas de reparación que pertenecen a un régimen subjetivo de responsabilidad exigen del demandante demostrar la culpa del victimario. Así, si el régimen procesal presume la culpa del demandado, o incluso, si le traslada a este la carga de la prueba, habrá modificado la norma de conducta establecida en el modelo de RCE. Otro ejemplo más claro se observa en la facultad de demandar. Un legislador podría establecer una oficina y unos funcionarios públicos encargados de presentar en general las demandas de responsabilidad civil, si las consideran beneficiosas para la víctima y la sociedad en conjunto. Pero una decisión así acabaría con valores importantes que se consiguen con los modelos de RCE, la autonomía y la justicia interpersonal. Tal como sostiene Main: «La construcción del derecho sustantivo implica suposiciones sobre los procedimientos que se aplicarán cuando ese derecho sustantivo sea finalmente ejecutado. Esos procedimientos están incorporados en el derecho sustantivo y, si no se aplican, pueden llevar a una *sobreaplicación* o *subaplicación* del mandato sustantivo»[266].

[263] (Main 2010, 811).
[264] Entre otros (Elliott 1986, 306-325) y (Main 2010, 818).
[265] (Main 2010, 818).
[266] (Main 2010, 841).

El argumento presentado indica por qué es viable considerar que las normas que facultan a la víctima para demandar forman parte de la RCE y denominarles sus normas terciarias. En general, las víctimas de un ilícito extracontractual cuentan con derechos a ser reparadas por quienes las han dañado. Hay razones de justicia correctiva que justifican estas obligaciones bilaterales de reparación. Además, este tipo de razones, junto con otras relacionadas con la esfera pública, justifica que sean esas mismas víctimas quienes puedan demandar en general dicha reparación. En ese sentido, la persona que ha sufrido la violación de un derecho a ser tratada de cierta forma en el marco de un modelo de RCE tiene prima facie derecho a una facultad jurídica en relación con el infractor de dicho derecho. Por tanto, desde el punto de vista de la RCE, tener en cuenta dichas facultades es importante para determinar de qué forma una conducta respetuosa o dañosa está regulada y si se está (o no) cumpliendo con las funciones que se esperan de ellas.

Conclusiones

En este capítulo se concluye que las normas terciarias forman parte integral de la estructura de la responsabilidad civil extracontractual (RCE) debido a razones normativas. Estas normas resuelven cuestiones fundamentales relacionadas con la declaración de responsabilidad por ilícitos extracontractuales. Para que una persona sea considerada responsable, no basta con que haya incumplido deberes primarios de conducta o secundarios de reparación; es necesario que la víctima ejerza activamente su facultad de exigir reparación, y que existan recursos judiciales dispuestos por las autoridades para hacer efectiva dicha exigencia.

El reconocimiento, dentro de los modelos de RCE, del derecho de demandar —que engloba diversas potestades y libertades— resulta crucial para que este régimen cumpla sus funciones, ya sea en mayor o menor medida. Esta relevancia se explica por la conexión entre las razones normativas que justifican los derechos y deberes de comportamiento y reparación, y la existencia de facultades procesales que permiten exigir su cumplimiento. Dicha conexión fundamenta la inclusión de estas normas terciarias en el marco conceptual de la RCE.

Este capítulo cierra la primera parte de la tesis, dedicada a la estructura de la RCE. En ella se ha argumentado que un modelo de RCE comprende normas primarias (de comportamiento), normas secundarias (de reparación) y normas terciarias (de facultad procesal). En las secciones posteriores de la tesis, el objeto de estudio continuará siendo esta concepción estructurada de la RCE, explorando cómo guía la conducta de los sujetos y cómo podría cumplir mejor sus funciones. Este análisis conceptual y normativo permitirá interpretar la RCE como un área del derecho, una práctica jurídica o un artefacto normativo caracterizado por estas interacciones y relaciones.

SEGUNDA PARTE: LA GUÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Capítulo 4: Los regímenes de responsabilidad y sus normas genéricas y específicas

Introducción

En la segunda parte de la tesis se explica la disposición que tiene la responsabilidad civil extracontractual (RCE) para guiar a los ciudadanos en sus relaciones interpersonales[267]. Inicialmente, se da cuenta de las normas que integran los regímenes de responsabilidad y la forma como estas definen de forma más genérica o específica las circunstancias en las que aplican y los comportamientos que exigen. Posteriormente, se explica de qué forma estas normas afectan el razonamiento práctico de los ciudadanos en sus relaciones intersubjetivas.

En el capítulo 5, que inaugura esta sección, se argumenta que las autoridades pueden valerse de normas generales o específicas al intentar guiar el comportamiento de los ciudadanos, en determinadas circunstancias, mediante el modelo de RCE. Dichas normas establecen tanto deberes de comportamiento como de reparación. En algunos casos, reconocen determinadas normas sociales como estándares legítimos de conducta, capaces de orientar adecuadamente a los sujetos en sus relaciones interpersonales, y les dan el reconocimiento institucional de deberes jurídicos. Además, se cuestiona la idea de que esta rama del derecho se limite a promover la reparación del daño, subrayando que los modelos de RCE también incluyen normas primarias de comportamiento, las cuales asignan derechos y prescriben deberes de diligencia y de no dañar. Asimismo, se examina cómo las autoridades determinan, con mayor o menor precisión, las circunstancias de aplicación de estas normas primarias y los comportamientos que ellas ordenan.

La RCE tiene una estructura compuesta de normas primarias de comportamiento, normas secundarias de reparación y normas terciarias de facultad que se interrelacionan entre sí. Dichas normas jurídicas cumplen en las condiciones apropiadas diversas funciones en las sociedades que adoptan estos modelos, principalmente porque pueden

[267] En el capítulo 8, sección III, literal A, se explica que significa que la RCE tiene una disposición. Por ahora, se puede sostener que el término se refiere a una propiedad del modelo de RCE que posibilita o facilita ciertos efectos beneficiosos para una sociedad liberal.

desempeñar la función esencial de guiar la conducta humana. Por una parte, las normas primarias de RCE tienen la disposición de orientar a los sujetos en cuanto a los términos de respeto que se deben recíprocamente. Por otra, las normas secundarias pueden guiar la conducta de los ciudadanos al indicar las formas de reparación que correspondería ofrecer en caso de incumplimiento de aquellas. Aunque en este capítulo no se examinan las normas terciarias, cabe señalar que también podría sostenerse, en algunos casos, que estas orientan la conducta de los sujetos, incluso tratándose de normas facultativas[268].

En las ocasiones que lo logra, los modelos de RCE guían a los sujetos de una forma que no difiere sustancialmente de lo que se puede afirmar sobre el derecho en general. No obstante, lo hacen de un modo particular en comparación con otras áreas de la práctica jurídicas. Estas particularidades se explican por las características de las normas primarias y secundarias que las autoridades jurídicas suelen emplear para regular casos relacionados con los daños interpersonales, dependiendo de su grado de generalidad o especificidad.

Dichas particularidades se pueden asociar a algunos problemas. En los modelos de RCE, muchas de sus normas suelen ser categóricas y/o abiertas, ordenando, por

[268]La calificación de una conducta como facultativa no significa necesariamente que tanto su realización como no realización sea, desde el punto de vista de la autoridad, normativamente idéntica. En algunas ocasiones, la autoridad crea razones en contra de la realización de una de las opciones de una conducta permitida, o diseña un contexto en el que existan dichas razones. Crecente Molina ha argumentado a favor de una forma de influencia jurídica que considera exhortativa y que denomina incentivos jurídicos. Esta forma de influencia no hace referencia a las instrucciones necesarias para conseguir ciertos propósitos, sino a dotar a los sujetos de razones categóricas no imperativas a través de cambios en el derecho vigente (por ejemplo, la creación de obligaciones o derechos) (Molina 2024, 153-156). Fernandez ha descrito el tipo de eficacia que estas normas facultativas tienen como una versión heterodoxa de eficacia. Para ella, «Esto es especialmente visible cuando la antidirectiva integra una política pública en donde la elección que realice el sujeto de “usar” una de las opciones de la norma, puede ser relevante. Así, es factible asumir, por ejemplo, que durante la pandemia del Covid-19 si bien la vacunación continuó siendo optativa, el legislador y en general las autoridades, preferían que se vacune la mayor cantidad de habitantes contra esa enfermedad; de la misma forma sabemos que, debido a los intentos de disminuir la contaminación ambiental o el precio del petróleo, es factible asumir que el legislador preferirá que se escoja un coche eléctrico antes que uno a diesel o gasolina» (Fernández Blanco, Cuatro versiones de eficacia y su vinculación con la efectividad 2023, 69). En los modelos de RCE, la facultad de demandar en los procesos que persiguen una declaración de responsabilidad civil está asociada a sanciones por demandas abusivas o el uso abusivo de ese derecho. En ese sentido, se podría intuir que ambos tipos de normas generan este tipo de incentivos jurídicos en los ciudadanos para que sólo utilicen los modelos de RCE cuando consideran que tienen el derecho a exigir una reparación o un comportamiento diligente. Nada obsta para que el legislador, además, cree políticas públicas o incentivos que disminuyan ciertos comportamientos procesales que son facultativos.

ejemplo, no dañar con culpa o riesgo, o reparar los daños causados con culpa o con actividades riesgosas. Las primeras normas aparentemente no precisan en qué circunstancias se aplican o qué comportamiento demandan, mientras las segundas no precisan lo segundo. En ambos casos, la pregunta de qué significa actuar con culpa o con riesgo está pendiente de responderse y depende de múltiples factores. En principio, se podría decir que estas normas son ambiguas, vagas, oscuras, imprecisas, o, en ultimas, indeterminadas, y que podrían confundir o inducir al error a aquellos sujetos que desean ser guiados por ellas[269]. Esto parece disminuir la autoridad de la RCE y la priva de la disposición adecuada para guiar la conducta humana en las relaciones interpersonales. Así, la explicación que se da en el capítulo puede contribuir argumentar en contra de estos aparentes problemas, mostrando de qué forma, las autoridades pueden utilizar normas de RCE para guiar la conducta de los sujetos, siempre que las condiciones apropiadas se den.

Antes de comenzar, se presentan algunas aclaraciones y presupuestos metodológicos. El objeto de las normas de RCE son las relaciones intersubjetivas. Al proferir estas normas, las autoridades legislativas regulan directamente la conducta de los ciudadanos, estableciendo deberes y derechos tanto de comportamiento como de reparación, cuyo incumplimiento puede acarrear la declaración de responsabilidad del victimario y la facultad de la víctima para exigir dicha declaración.

Asimismo, dichas autoridades regulan, de forma directa e indirecta, el comportamiento de los jueces encargados de adjudicar estas normas. De manera directa, imponen a los jueces el deber de aplicarlas correctamente. De forma indirecta, influyen en sus decisiones, ya que el tipo de incumplimiento cometido por el victimario y sus efectos negativos en el bienestar de la víctima, o de la sociedad en general, condicionan la responsabilidad que los jueces impondrán, en especial el contenido de la motivación del fallo o el monto del remedio asignado.

[269] Esto parece oponerse al estándar que establece Raz para que el derecho cumpla en algún grado con el ideal de Estado de derecho, la posibilidad de que afecte la deliberación práctica de los seres humanos, entendidos como criaturas racionales (J. Raz, The Authority of Law: Essays on Law and Morality 2009, 225).

En virtud de lo anterior, se puede afirmar que existe una relación compleja y estrecha entre la orientación que una norma de RCE puede ofrecer a los ciudadanos y la que proporciona a los jueces. No es posible distinguir claramente los sujetos a los cuales estas normas de RCE están dirigidas, aunque habrá casos más y menos claros. Esta relación se puede presentar en términos de eficacia, pues parte importante del cumplimiento de los ciudadanos depende de su eficaz aplicación por parte de los jueces[270]. Pero también se puede trazar en términos de la guía que la norma tiene la disposición de ofrecer a uno y a otro grupo. Pues, en algunas ocasiones, una norma que guía eficazmente el comportamiento de los ciudadanos genera dificultades para su adjudicación por parte de los jueces, justamente por las características que permiten tal orientación, y viceversa.

Por ejemplo, una norma bastante imprecisa, que indica a un ciudadano que en ciertas circunstancias debe conducir de manera razonable, puede ofrecer una orientación útil, aun cuando su aplicación sea ampliamente debatida. El ciudadano sabrá que deberá evaluar las razones que tiene a disposición para manejar correctamente. Aunque su valoración pueda ser discutida por otros sujetos. Por otro lado, una norma más precisa restringe efectivamente a un funcionario estatal en su decisión de sancionar, facilitando su adjudicación al establecer un nivel permitido de alcohol en sangre. Sin embargo, no necesariamente proporciona una guía clara para los ciudadanos, que podrían desconocer cuántas bebidas los llevarán a alcanzar dicho nivel de alcohol[271]. Así, a veces, las normas no ofrecen una mejor guía de conducta para el ciudadano, pero sí para el juez. La segunda norma es mejor para la aplicación, aunque tal vez no sea mejor que la primera a efectos de guiar al ciudadano. En todo caso, ambas reglas cuentan con algunos parámetros sociales que facilitan al ciudadano orientar su conducta de conformidad con la norma.

En el anterior ejemplo, se puede observar que las normas individuales de RCE proporcionan una orientación tanto a los ciudadanos como a los jueces. Por tanto, una norma dirigida directamente a uno puede, aunque de forma indirecta, orientar al otro.

[270] (Fernández Blanco, Cuatro versiones de eficacia y su vinculación con la efectividad 2023).
[271]Este ejemplo se puede encontrar en (Wilmot-Smith, Legality, Ought and Can 2023, 84-85).

Tales aclaraciones metodológicas y presupuestos servirán de base para el capítulo, que se dividirá en dos secciones. En la primera, se presentará la tesis dogmática tradicional sobre la guía que ofrece la RCE. En virtud de esta idea, se sostiene que la RCE ordena al ciudadano principalmente en qué ocasiones y de qué forma debe reparar. Una vez se discute con ella, sosteniendo que la RCE principalmente busca guiar al ciudadano en sus relaciones interpersonales previas al daño, en la segunda, se explica como las autoridades al crear o modificar un modelo de RCE pueden establecer normas primarias y secundarias, organizadas en regímenes objetivos y subjetivos de responsabilidad, para determinar que en ciertas circunstancias tales o cuales comportamientos son jurídicamente obligatorios.

I. La tesis dogmática tradicional: guiar la reparación

Previamente, se ha argumentado que la dogmática sostiene tradicionalmente que la RCE guía principalmente a los agentes hacia la reparación de los daños causados, al hacer obligatorio este comportamiento. En la anterior interpretación, los deberes de no dañar y de diligencia, asignados por las normas primarias, tienen un rol auxiliar en el argumento que justifica declarar civilmente responsable a un determinado sujeto[272]. Hay distintas razones para rechazar esta lectura dogmática de la RCE y para aceptar una interpretación distinta, una que les da un rol prioritario a las normas primarias en la estructura de la RCE y en el juicio de responsabilidad civil.

Sin perjuicio de lo anterior, aquí se reconstruye con mayor detalle la forma como la dogmática tradicional entiende que un determinado modelo de RCE guía la conducta de los agentes o más la coacciona. En otras palabras, la forma como se definen los casos en los que un sujeto está obligado a reparar a la luz de una declaración de responsabilidad civil y las formas o remedios para hacerlo. Dicha reconstrucción será el punto de partida para describir la regulación de un determinado caso de daños por parte de un modelo de RCE, en una clase de relación intersubjetiva, y, posteriormente, argumentar que estos modelos, antes de ordenar las formas en las que se deben reparar

[272] Una descripción más precisa de esta posición se encuentra en el apartado de la tesis relativo a su estructura.

las víctimas, tienen la disposición de guiar a los ciudadanos a realizar un comportamiento que evita el daño y respeta al otro.

De acuerdo con la anterior visión, los modelos de RCE regulan los casos de daño interpersonal con regímenes objetivos y subjetivos de responsabilidad. Los PETL, por ejemplo, en el artículo 1:101, distinguen entre la imputación por culpa, peligro, y hecho de los auxiliares, regulando cada fundamento en capítulos distintos**.** En algunas ocasiones, habrá casos de responsabilidad por hechos justificados, en los que, pese a la justificación de conducta que causó el daño, el modelo de RCE exigirá una reparación al victimario a favor de la víctima[273]. Cada régimen se compone principalmente de normas secundarias de reparación, las que generan posteriores responsabilidades en los casos en los que se incumplen. Las normas secundarias de reparación describen las ocasiones en las que un sujeto está obligado a reparar, haciendo referencia, en general, a ciertos daños causados por el incumplimiento de algún deber o, excepcionalmente, a razones para reparar**.** En esta reconstrucción, lo relevante para entender la guía de la conducta es la descripción de las ocasiones en las que los particulares deben reparar, la formas o remedios para hacerlo y las formas para coaccionar al sujeto a que cumpla con dichas obligaciones. Por ello, la explicación de cada régimen se suele encabezar por títulos como «fundamento de la responsabilidad».

Bajo la visión tradicional, se distingue ambos regímenes por la reprochabilidad de la conducta del agente, aunque hay distintas posiciones al respecto. La corriente más seguida entiende que, bajo el régimen subjetivo, se atribuye responsabilidad cuando la conducta del sujeto es culpable. Por el contrario, bajo el régimen objetivo, se imputa responsabilidad por ciertos resultados o consecuencias que se consideran disvaliosos, sobre los que se le puede pedir cuenta a un sujeto, sin que ello signifique necesariamente que su acción se pueda calificar como reprochable o antijurídica; o, al menos, no en el

[273] Para simplificar el análisis, no profundizaré en los casos de responsabilidad por acciones justificadas ni en su relación con los regímenes objetivos. Según una interpretación del factor objetivo, en la que estos factores no siempre están relacionados con deberes jurídicos, afirmar que existen casos de responsabilidad por acciones justificadas dentro de un régimen objetivo resulta redundante, ya que dicho régimen atribuye responsabilidad por acciones que, consideradas en su totalidad, son lícitas, pero en las que aún subsisten razones para reparar. De este modo, las acciones lícitas siempre están justificadas, incluso cuando generan daños. Lo que estaría injustificado sería la conducta omisiva: no repararlos.

mismo sentido en el que lo sería una acción culpable[274]. Otros practicantes, con su mirada puesta en la realidad del litigio, reducen la diferencia entre regímenes a una cuestión probatoria. Para ellos, la diferencia entre regímenes sólo es relevante para saber quién tiene la carga de probar qué, en el proceso[275]. En un régimen subjetivo de responsabilidad se debe demostrar el daño, nexo causal y culpa; mientras que en el objetivo sólo los dos primeros.

Puede sostenerse que ambas visiones dificultan una distinción clara entre los regímenes de responsabilidad. Por un lado, si se acepta que el rasgo distintivo del régimen subjetivo es la existencia de conductas reprochables, la diferencia entre uno y otro régimen podría diluirse si los criterios que justifican la atribución de responsabilidad en un régimen objetivo se aproximan a casos en los que igualmente cabría considerar que el agente actuó de manera incorrecta. Actividades calificadas como riesgosas, por ejemplo, podrían definirse como culpables *per se*, simplemente por el hecho de haberse llevado a cabo. A su vez, podría definirse la culpabilidad exclusivamente en función del aumento de riesgo asociado a una determinada actividad, lo que terminaría por colapsar ambas categorías[276]. Por otro lado, si se adopta una estrategia puramente procesal para distinguir los regímenes —esto es, según si deben probarse tres criterios o sólo dos— los operadores jurídicos carecerán de un criterio normativo que oriente cuándo corresponde exigir la prueba de todos los elementos y cuándo no. En su lugar, tenderán a emplear criterios predictivos, como la referencia a decisiones previas. Esta estrategia, sin embargo, enfrenta críticas análogas a las ya expuestas en el apartado sobre

[274] Algunas reconstrucciones de la responsabilidad objetiva la perciben como un injusto civil condicional que ocurre cuando se decide no reparar (Keating, The priority of respect over repair 2012, 323). Otros autores entienden que este tipo de responsabilidad en la mayoría de los casos envuelve un acto culpable que es inobservable, como sucede en un error de producción, y sólo, excepcionalmente, se puede entender como un permiso condicional que se entrega bajo el supuesto de que en casos de daños, se deberá pagar una reparación (Goldberg y Zipursky, The Strict Liability in Fault and the Fault in Strict Liability 2016, 757-763). (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 190-191). Otras reconstrucciones critican estas teorías de los regímenes objetivos porque si bien las consideran plausibles, también las encuentras extrañas (*awkwardly*), al acabar sin necesidad con la idea de que la RCE sucede por injustos civiles, por la violación de un deber de comportamiento (Gardner, Some rule-of-law anxieties about strict liability in private law 2019, 193-194).

[275] Véase (Rozo Sordini 1998-1999, 140) (Hinestrosa 2007, 256).

[276] Sobre el colapso de regímenes que implican estrategias de definición como estas y las opciones que se puede tomar en un modelo de RCE para evitarlo, se puede consultar (Dyson 2018, 470-471).

estructura, relativas a las concepciones pragmáticas de la responsabilidad civil y a los múltiples defectos que estas arrastran.

Tal como se sostuvo en apartado anterior de la tesis, tratar de describir la regulación de la conducta humana por parte de los modelos de RCE sin hacer referencia a deberes de comportamiento produce una imagen incompleta de la práctica de la RCE. Por una parte, omite la interpretación de normas explicitas como los estándares genéricos y específicos de diligencia y de ciertas normas implícitas que se infieren de las posiciones de vulnerabilidad de los victimarios que han cometido un injusto civil. Por otro, y más relevante aún, abandona distintos aspectos centrales de los modelos de RCE vinculados al razonamiento práctico de los agentes que utilizan sus normas para evaluar su conducta o la de otros, y justificar un juicio de responsabilidad[277].

A su vez, las normas de los modelos de RCE se justifican especialmente en el bienestar de los sujetos, en sus intereses y derechos más valiosos. Ordinariamente, nadie elegiría perder la capacidad de mover las piernas o la vida de un ser querido por una cantidad de dinero o una compensación de algún tipo. En ese sentido, se podría dar una razón extra para alejarse de las tesis dogmáticas que dan un rol auxiliar a las normas primarias o las niegan; no explican el rol crucial que tendría la guía de la conducta en un modelo de RCE verdaderamente valioso, uno que cumpla funciones socialmente relevantes. Antes que guiar a los sujetos en la reparación de los daños, los modelos de RCE deben guiar a los individuos para relacionarse con respeto, evitando dañar a los demás. Por ello, autores como Keating argumentan que el respeto interpersonal, cumplir nuestros deberes de no causar daños injustos, tiene prioridad frente a la reparación, y quienes niegan esta afirmación «ponen el carro antes que los caballos», dándole prioridad a una acción que tiene una jerarquía valorativa menor y es lógicamente anterior[278].

Sin embargo, no es necesario alejarse tanto de la dogmática para encontrar una lectura de la RCE que les dé un rol a las obligaciones de comportamiento. En materia contractual, la dogmática contemporánea interpreta la presencia de obligaciones de comportamiento y de reparación a partir de los textos normativos[279], que cumplen roles

[277] Un desarrollo de todos estos puntos en la sección 3 del capítulo 1.
[278] (Keating, The priority of respect over repair 2012, 336).
[279] Rozo afirma que la dogmática inicialmente utilizó la clasificación de las obligaciones con referencia a la

distintos en los argumentos que justifican la declaración de responsabilidad civil contractual. Primero, se debe definir la prestación adeudada por el deudor. Así, cuando la prestación es subjetiva, el deudor en principio satisface el interés del acreedor con su conducta, mientras que si es objetiva el deber del deudor se cumple primordialmente si se da un resultado[280]. El tipo de obligación tiene efectos en el juicio de responsabilidad realizado por un juez, por ejemplo, cuando éste define la labor probatoria que se tiene que realizar en el proceso[281]. Pero el incumplimiento de la prestación, por sí solo, no basta para establecer una responsabilidad civil contractual, porque se debe evaluar que dicho incumplimiento le es imputable al demandado.

En la parte anterior de la tesis, a partir de un análisis estructural, se sostiene que, dadas ciertas características de los ordenamientos jurídicos y de los modelos de RCE, existen normas primarias que atribuyen deberes de comportamiento: deberes de no dañar con culpa o con riesgo. Dichas obligaciones bilaterales indefinidamente extensibles se comprenden mejor al asemejarlos a los deberes de medio y de resultado en el derecho contractual[282].

---

asignación de responsabilidades, esto es, deberes de reparar el daño contractual. En este momento, en las obligaciones de medios el deudor no era responsable si su conducta había sido diligente; por contraste, en las obligaciones de resultado la diligencia observada por el deudor no era relevante para la atribución de responsabilidad, lo único adeudado era el resultado (Rozo Sordini 1998-1999, 141, Hinestrosa 2007, 256).

[280] Entre otros, (Hinestrosa 2007, 110) (Rozo Sordini 1998-1999, 140).

[281] Tanto Rozo como Hinestrosa coinciden en que el interés principal de clasificación se limita a una inversión de la carga de la prueba (Rozo Sordini 1998-1999, 140) (Hinestrosa 2007, 256). No comparto dicha tesis porque confunde las cargas epistémicas de las partes al momento de probar el supuesto de hecho de las normas que solicitan sean aplicadas y los deberes jurídicos de los sujetos por fuera del proceso, negando el rol de los deberes de comportamiento, que son fundamentales para entender la utilidad del derecho en las sociedades modernas al guiar la conducta humana. Al respecto, Coleman considera que los efectos de atribuir responsabilidad en virtud de una u otra regla dependen también de cómo influyan las reglas procesales. En sus palabras: «La misma regla de responsabilidad […] puede tener resultados sustantivos muy diferentes, de pendiendo de las reglas procesales vigentes» (J. L. Coleman, Riesgos y daños 2010, 222). A su vez, Papayannis considera que la definición de las reglas de responsabilidad está asociada a los deberes y derecho de indemnidad, mientras que se pueden «separar conceptualmente [de] las cargas epistémicas que contingentemente están asociadas con ellas en virtud del principio general según el cual la prueba de los hechos corresponde a quien los afirma» (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 297).

[282] Hinestrosa hace tal equiparación. Para él, en materia extracontractual, «la ley o la jurisprudencia dispondrán si es menester la presencia de una 'causalidad dolosa o culposa', o si basta que 'un riesgo haya causado el daño' y proveen a la apreciación de la conducta concreta dentro del marco de circunstancias en que se sucedió, para concluir si fue causa del insuceso (sic) y si el autor ha de asumir íntegras o parcialmente las consecuencias de él, por esa sola circunstancia, o en razón de la reprochabilidad de su comportamiento» (tratado de las obligaciones. Concepto, estructura y vicisitudes. I 2007, 241).

Bajo esta interpretación, los estándares de diligencia y los deberes de no dañar con culpa, que en parte constituyen los regímenes subjetivos, ordenan a los ciudadanos que utilicen los medios idóneos y razonables para disminuir la probabilidad de causar un daño. Así, puede darse el caso en el que causen daños sin que incumplan con dicho régimen, si su comportamiento es diligente. En otras palabras, dichos regímenes asignan *obligaciones de medio*. En cambio, los regímenes objetivos establecen el deber de los sujetos de no dañar con actividades riesgosas o peligrosas y garantizar que sus auxiliares no causen daños en el marco de sus funciones. Dichos regímenes asignan a los ciudadanos *obligaciones de resultado*.

Además, en ambos regímenes, se encuentran obligaciones de reparación, que se les asignan a los sujetos siempre que incumplan estos deberes de comportamiento. Estos deberes de reparación también se pueden interpretar como *obligaciones de resultado*. En un proceso judicial, una vez se demuestra que el deber inicial se ha incumplido, que el deber de reparación no se ha satisfecho, y que no hay causales justificativas, se atribuye a un sujeto responsabilidad civil[283].

Finalmente, explicar la forma como estos modelos de RCE regulan el comportamiento humano, requiere decir algo sobre los casos en los que la misma acción es objeto de distintas normas de RCE. Cuando se describe el estado actual de los fundamentos y regímenes de responsabilidad, la dogmática tradicional afirma que hay «un *continuum* formado por reglas tradicionales de responsabilidad por culpa en su caso, convenientemente matizadas por la jurisprudencia, reglas de responsabilidad objetiva con variantes, según las excepciones admisibles en cada supuesto, y, por último, supuestos excepcionales de responsabilidad absoluta»[284]. Sostener este *continuum* no es otra cosa que afirmar que, en iguales circunstancias, el mismo comportamiento puede estar regulado por regímenes subjetivos y objetivos.

[283] Aquí se acerca la interpretación dogmática a ciertas posiciones de la filosofía del derecho privado. Por ejemplo, Gardner sostiene «La no realización de una obligación de intentar [medio] es lo que da lugar a la responsabilidad por culpa en el derecho, así como la no realización de una obligación de tener éxito [resultado] es lo que da lugar a la responsabilidad objetiva» (What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 143).
[284] (Martín-Casals y Ribot Igualada 2003, 829).

Piénsese en la actividad de manejo de un automóvil. En los modelos de RCE español y colombiano, esta actividad se rige por regímenes objetivos, pero también por los subjetivos. Así, los sujetos tienen la obligación de resultado de no dañar con una actividad relacionada al manejo de un vehículo automotor y de reparar el daño que provenga de este incumplimiento. Sin embargo, puede resultar que, en el marco de un proceso judicial, se aporte suficiente evidencia para demostrar que el sujeto juzgado estaba ebrio al manejar el automóvil y que esto contribuyó al resultado lesivo de su actuar. Este hecho indicará que no sólo incumplió las obligaciones de comportamiento incluidas en el régimen objetivo, sino que también lo hizo con las obligaciones de comportamiento que se encuentran en el régimen subjetivo. En el momento en el que él sujeto estaba manejando su automóvil su conducta se veía regida por ambos regímenes, tenía el deber de medio de actuar con diligencia para no dañar con culpa y el deber de resultado de no dañar en esta actividad.

En el siguiente apartado, se explicarán las técnicas que utilizan las autoridades jurídicas, legisladores y excepcionalmente jueces, para establecer las circunstancias en las que se exigen estas obligaciones, así como los comportamientos que exigen de sus obligados. Se verá que, según una combinación de dichas técnicas, se podrá decir que una determinada norma es genérica o específica.

II. Normas genéricas o específicas de la RCE

Los modelos de RCE se dividen en regímenes de responsabilidad en los que se relacionan normas primarias de comportamiento y normas secundarias de reparación. Las normas primarias en el régimen subjetivo ordenan a los sujetos elegir los medios adecuados y razonables que impedirán dañar a los demás y deben no dañar de forma culpable. Mientras que, en los regímenes objetivos, los sujetos deben no dañar, tienen un deber de resultado. Si se incumple con cualquiera de estos deberes de conducta, en principio, el sujeto victimario deberá reparar.

Esta interpretación de los modelos de RCE se ajusta en general a su realidad positiva, aquella que se observa en las disposiciones del modelo de RCE español, colombiano, de los PETL, etc. Sin embargo, así expuestas, estas normas parecen no ser claras, parecen ser demasiado genéricas. No indican con detalle las circunstancias en las que

se exigirán, ni los comportamientos que permitirán cumplirlas. En ese sentido, el ciudadano respetuoso del derecho tendría problemas para guiarse por ellas y se vería en riesgo la función de la RCE de establecer un marco de justicia interpersonal. El buen ciudadano no encontraría en el derecho una guía clara que defina aquellos comportamientos jurídicamente obligatorios que le permitirán relacionarse de forma respetuosa con los demás. Esta área del derecho carecería de la disposición a guiar a los ciudadanos, incluso aquellos interesados en cumplir con el derecho porque consideran que este provee parámetros legítimos de comportamiento.

En realidad, la crítica que alega la falta de claridad de las normas que pertenecen a un modelo de RCE solo se sostiene porque la interpretación que se ha presentado es poco ajustada a la realidad, no es precisa, no describe que las autoridades implementan distintos tipos de normas generales o específicas que definen con mayor o menor grado de precisión estas circunstancias y comportamientos. Dichas técnicas regulativas contribuyen a que el ciudadano pueda utilizar las normas de RCE para guiar sus comportamientos interpersonales. Estas técnicas de regulación de la conducta se explicarán en esta sección.

Autores como Papayannis han analizado estas técnicas de regulación en los estándares de diligencia en la RCE, aquellos que definen la conducta diligente que se esperaba del victimario. A su juicio, estos pueden ser generales o específicos según distintos parámetros, siendo dicha clasificación una cuestión de grado[285]. En su interpretación, propone al menos tres parámetros. El estándar puede ser cerrado o abierto, según defina una conducta determinada o sólo exhorte a tomar medidas razonables para evitar dañar. A su vez, este puede ser más amplio o restringido, según sus dominios de validez, territorial, temporal, personal y material. Finalmente, el estándar se puede implementar mediante normas categóricas o hipotéticas, ampliando o restringiendo su ámbito de aplicación. Al analizar los parámetros evaluativos que propone Papayannis, se observa que se pueden utilizar también para analizar el resto de las normas primarias y secundarias de los modelos de RCE. En esta sección, se propondrá que una forma más

[285] (D. M. Papayannis, Estándares de diligencia genéricos y específicos: razones para la acción y deberes en conflicto 2022, 147)

sencilla de presentar estas ideas es haciendo referencia a las circunstancias y a los comportamientos exigidos por las normas de RCE. En ese sentido, el primer parámetro propuesto por Papayannis se relaciona con la conducta exigida por la norma, mientras que los dos segundos con las circunstancias en las que se aplican.

A. Circunstancias

La autoridad define aquellas situaciones —de tiempo, modo, lugar, persona y materia— en las que son aplicables las normas de un determinado régimen de responsabilidad; es decir, las circunstancias de aplicación de las normas primarias o secundarias que componen dicho régimen. Entre otras cosas, estas circunstancias dependen de los dominios de validez y las condiciones de aplicación de las normas que componen los modelos de RCE[286].

En la historia de las tradiciones del *civil law* y del *common law*, las autoridades han ampliado de forma gradual las circunstancias en las que se aplica la RCE y sus regímenes. En ambas tradiciones, los dos regímenes iniciaron con normas especiales que regulaban circunstancias concretas en las que surgían deberes de conducta y de reparación; y, posteriormente, estos regímenes incluyeron normas generales que tienen el efecto de regular una mayor cantidad de circunstancias[287]. Hoy en día, en casi todas las circunstancias de la vida humana donde los ciudadanos se relacionan unos con otros,

[286] De acuerdo con Von Wrigth las condiciones de aplicación son un elemento que hace parte del núcleo normativo de las prescripciones, junto con el carácter, el contenido, la autoridad que promulga la norma, el destinatario, y la ocasión (tanto temporal como espacial). Y, a su vez, que cuenta como uno de los tres elementos que son considerados por la teoría jurídica como «comunes en todas las normas» (Von Wright 1970, 87) (Sieckmann 2015, 907). De allí que las normas que integran los modelos de RCE siempre cuenten con una condición de aplicación, un carácter y un contenido.

[287] En el mundo del *civil law*, dicha evolución se ha caracterizado por trasegar de normas que regulaban casos especiales de responsabilidad (*injuriá*, *furtum*, *rapina*, *damnum),* hacia normas generales de responsabilidad por culpa, típicas de los modelos basados en el código napoleónico (Koteich 2003, 6-7, De Cupis 1975, 190). Actualmente, los modelos de RCE también cuentan con regímenes objetivos que atribuyen la responsabilidad en situaciones especiales basados en diversos factores que comprenden cada vez más casos, hasta el punto de contar hoy con ejemplos de regímenes objetivos generales (Lopez Mesa 2019, 44-47). López Mesa al hablar del artículo 1757 nuevo código civil y comercial argentino lo califica como uno que produce «una ultra objetivación de la responsabilidad civil» (Lopez Mesa 2019, 49). Un proceso muy similar se observa en el *common law*. La evolución en estos modelos de RCE inicia con la presencia de normas especiales, como el *writ* de *trespass vi et armis* que permitía el acceso a cortes del rey para reclamar daños físicos, restricciones de libertad forzosa, y robos de propiedad (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 234)*;* continúa con *torts* más amplios, que integran normas generales, como el *tort of negligence*, a partir de fallos como Rylands v. Fletcher (1866) LR 1 Ex Ch 265, en pp. 279-280).

la RCE los está rigiendo. Se puede decir que las circunstancias de aplicación de los modelos de RCE son casi co-extensivos a la vida humana en relación con el otro.

Ahora, según Waldron, una condición esencial para que el derecho guie la conducta de los agentes es que estos entiendan y recuerden las circunstancias en las que aplica una norma[288]. Así, en los modelos de RCE, las autoridades jurídicas establecen que uno u otro régimen de responsabilidad es supletorio o especial para que los ciudadanos puedan conocer con mayor precisión las circunstancias en las que estas normas se RCE aplican y con ello el tipo de deberes que les son exigibles. Aquí se explica la forma en la que lo establecen con la distinción entre dominios de validez y normas con estructura categórica o hipotética.

1. Regímenes de responsabilidad civil supletivos y especiales

El legislador tiene que establecer las circunstancias en las que aplica uno u otro régimen de responsabilidad para guiar adecuadamente la conducta humana. Los sujetos de la RCE —especialmente los ciudadanos— podrán saber en qué situaciones se les exigirá adoptar los medios razonables para evitar dañar y que, de hecho, no dañen con culpa; así como en cuáles se les ordenará exclusivamente un resultado, que no dañen con su actividad riesgosa o que lo hagan sus dependientes, por mencionar sólo unos casos incluidos en este segundo tipo de regímenes. La forma como el legislador suele aclarar el tipo de deberes interpersonales que aplican a los ciudadanos según las circunstancias es precisando cuál aplica para una mayor cantidad de casos y cuál lo hace para una menor cantidad de ellos.

Se dice usualmente que los intérpretes necesitan establecer cuál régimen de responsabilidad es general y cuál especial para conocer en qué casos aplican y, así, utilizar apropiadamente los modelos de RCE. Dogmáticos como Barros sostienen que en el derecho moderno de la RCE la culpa es un *criterio supletorio, genérico y común de responsabilidad*[289]; mientras que los regímenes objetivos atribuyen *responsabilidad excepcionalmente*[290]. En otras palabras, que el régimen subjetivo es general, mientras

[288] (Waldron 2011, 62,64).
[289] (Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I. 2020, 82).
[290] Ver (Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I. 2020, 469). Así también se lee en la dogmática española, Casals & Ribot Igualada sostienen que «la generalidad del título de

que el objetivo es especial. Según estos dogmáticos, esto se justifica porque un modelo de RCE que obligue a todos los sujetos a reparar los innumerables daños que recíprocamente se provocan cotidianamente, no sería coherente con las exigencias de la vida en comunidad[291]. Esta es la teoría normativa estándar en los modelos de RCE frente a este punto, que sostiene como regla general la regulación de los casos relevantes para la RCE a través de regímenes subjetivos.

Algunas vertientes de la teoría normativa estándar sobre las circunstancias de aplicación de los modelos de RCE considera que la culpa debería ser la única forma de justificar la responsabilidad civil de los sujetos; sólo que, en algunos casos, aun cuando se aplica el régimen de culpa, en virtud de argumentos de equidad o justicia, esta se presume. Por tanto, en esas ocasiones, los sujetos no pueden probar en contra de esta presunción de culpa en un juicio de responsabilidad civil, de manera que sólo puede desvirtuar el juicio de responsabilidad con eximentes de responsabilidad o de falta de nexo causal[292]. De acuerdo con esta vertiente de la teoría normativa estándar, los casos en los que aplican estas presunciones se considerarían regímenes objetivos.

En realidad, quien asume cualquiera de estas teorías argumenta que las autoridades jurídicas —legisladores o excepcionalmente jueces— deben crear normas con ciertas propiedades que hagan del régimen subjetivo uno que aplique a una mayor cantidad de casos, de hecho, a la generalidad de estos.

Frente a lo anterior, Papayannis ha argumentado que es equivocado entender que el régimen subjetivo es general mientras que el objetivo es excepcional. De acuerdo con él, si se traza una distinción lógica entre norma general o común y excepcional, se puede observar que la primera se puede definir como aquella que regula un grupo de casos genéricos con una determinada consecuencia jurídica; mientras que la segunda regula

imputación "culpa", en la responsabilidad objetiva el ámbito de aplicación de la regla está predeterminado y circunscribe su eficacia» (2003, 831-832). Por su parte, en la dogmática argentina, López Mesa afirma que la concepción de la culpa es la materialización de la libertad y de la responsabilidad individual, estando «destinada a moralizar conductas individuales»; e itera que la responsabilidad por riesgo es una respuesta al proceso de industrialización, sus enormes riesgos y las dificultades probatorias, que serían sistemáticamente injustas si se cargara a las víctimas con todas sus consecuencias (La responsabilidad civil. Sus presupuestos en el código civil y comerical 2019, 45-47).

[291] (Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I. 2020, 499-500).

[292] (Martínez Ravé y Martínez Tamayo 2003, 727-795).

una subclase de esos casos genéricos de forma más fina, ya que incluye más propiedades relevantes y establece una consecuencia jurídica distinta[293]. Si esto es así, en términos lógicos, un régimen objetivo que atribuye ciertos deberes de reparación por causar daños en una clase de casos sería más general que un régimen subjetivo que en esa misma clase de casos lo hace por causar daños con culpa. Este último régimen sería excepcional, porque tendría la propiedad de "culpa" y contaría con una consecuencia jurídica distinta a la que regula el régimen general. Por ejemplo, en los casos de daños causados por la actividad de manejo, si se contrasta la forma como una regla de culpa regula los casos de daños causados por esta actividad con una regla de riesgo que regule los mismos casos, se podrá decir que esta última regla es más genérica. La regla de culpa exoneraría de responsabilidad en casos que la regla de responsabilidad objetiva no lo haría. Esta lectura sería contraria a la intuición de cualquier teórico o practicante sobre la forma en la que generalmente operan estos regímenes en los modelos de RCE[294].

En ese sentido, parece que una mejor forma de presentar la relación entre regímenes subjetivos y objetivos es la de supletividad y especialidad. Un régimen supletorio contiene normas que regulan todos los casos genéricos que no están expresamente regulados por otras normas en ciertas circunstancias concretas[295]. En otras palabras, establece en ese ámbito los deberes de comportamiento y reparación bilaterales en las relaciones interpersonales de respeto y daño que no tienen una regulación particular por parte de la RCE. En un régimen especial, habrá una norma que regula específicamente una clase determinada de casos genéricos con esas circunstancias, sin decir nada sobre aquellos que no están regulados. Esta norma determinará el contenido de dichos deberes bilaterales en situaciones especiales.

Obsérvese que lo anterior no dice nada sobre el régimen que debe ser supletorio o especial, si lo debería ser el objetivo o el subjetivo. Puede ser que haya razones de peso

[293] Al respecto se puede consultar (Alchourrón y Bulygin 2021, 144-145).
[294] (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 308-310).
[295] Por supuesto, si un modelo de RCE contempla dos regímenes de responsabilidad —subjetivo y objetivo— que contienen normas genéricas, no se podría utilizar esta definición. En estos casos, la regla de culpa no puede ser supletoria porque no hay nada que ella regule que no esté regulada por la cláusula general de riesgo. En estos casos, también parecería difícil sostener la relación de supletividad y especialidad entre regímenes.

para que en una sociedad liberal los regímenes supletorios sean subjetivos, como sostiene Barros con base en argumentos fundamentados en normas jurídicas de corte liberal. Quizá haya razones para reformar los modelos de RCE y establecer que la responsabilidad objetiva sea el régimen supletorio y que excepcionalmente se pueda justificar que en casos especiales aplique un régimen subjetivo de responsabilidad[296]. Pero esta discusión no es algo que interese en este punto. Lo que se quiere explicar es de qué forma un régimen adquiere tal condición con ayuda de los dominios de validez y la estructura de las normas que integran el régimen, especialmente sus condiciones de aplicación.

2. Dominios de validez

En virtud de la supletividad y especialidad de los regímenes de responsabilidad, se puede afirmar que las normas de los modelos de RCE aplican para ciertas circunstancias y no para otras, o que valen para unos ámbitos y no para otros. Siguiendo a Kelsen, esto se puede explicar con la extensión de sus *dominios de validez,* es decir, con la extensión de los casos en los cuales el comportamiento humano ordenado es obligatorio o prohibido.

Para Kelsen, cualquier norma existente se refiere a un comportamiento humano y lo califica como prohibido, permitido o facultado[297]. Este comportamiento es realizado por un sujeto en un lugar y tiempo determinados y con diversas orientaciones. Así, en virtud de su contenido, la norma puede referirse a condiciones o efectos del comportamiento humano que regula. Los dominios en los que tiene validez la norma jurídica son las circunstancias o los casos en los que estas condiciones están dadas o en los que sería posible que se sucedan estos efectos[298]. Así, se puede sostener que los dominios de validez de una norma forman parte de su contenido[299].

Los dominios de validez pueden utilizarse como instrumental teórico para comprender con mayor precisión las circunstancias en las que aplican las normas de RCE y, también,

[296] Por ejemplo, una defensa de la responsabilidad estricta como régimen general de responsabilidad civil extracontractual en (Rosenkrantz 1997).
[297] (Kelsen 1979, 23)
[298] (Kelsen 1979, 25)
[299] (Kelsen 1979, 26)

como técnica regulativa que legisladores -o excepcionalmente jueces- pueden utilizar para hacer que una norma de RCE sea más general o más específica respecto de las circunstancias que abarca[300]. Por ejemplo, una norma que establece un estándar específico de diligencia en el ámbito médico sólo ejercerá su fuerza obligatoria allí. Los sujetos que no son médicos o que lo son, pero no están ejerciendo la medicina, no estarán bajo la fuerza obligatoria de esta norma.

Se puede hablar de dominios de validez espacial, temporal, personal y material. Cada uno de ellos puede estar implícito en el contenido de la norma o hacerse explícito, según el interés de la autoridad. Por implícito se hace referencia a que se deducirían todos estos dominios de la descripción de la conducta mandada o prohibida por la norma. Si el legislador ordena que "*los Mossos d'Esquadra deben estar atentos al llamado de emergencia para atender los posibles efectos del fenómeno meteorológico de depresión aislada en niveles altos DANA"*, se están precisando todos estos dominios implícitamente en la orden. Dado que *los Mossos d'Esquadra* son las fuerzas policiales catalanas, su jurisdicción es Cataluña. En cambio, por explicito se hace referencia a la expresión del legislador en la que precisa estos dominios antes de la orden concreta. Siguiendo el ejemplo anterior, el legislador podría expresar la misma orden de la siguiente forma: "*en Catalunya, durante la DANA, los efectivos policiales, para atender la emergencia, deben estar atentos al llamado"*. La autoridad especifica explícitamente todos estos dominios con la segunda norma.

Asimismo, las normas no necesitan precisar ni implícita o explícitamente estos dominios. Tómese como ejemplo el dominio de validez espacial, este se refiere al espacio geográfico en el cual una norma jurídica es aplicable. Así, las normas de RCE de un país como regla general tienen validez dentro de sus fronteras territoriales, pero pueden tener un efecto extraterritorial, o en territorios del país en el exterior. Por ejemplo, podrían regir las relaciones interpersonales que los funcionarios diplomáticos de un país tienen en el exterior. A su vez, las circunstancias de aplicación de una norma de RCE que establece "*el deber de reparar los daños causados con culpa"* pueden restringirse a un espacio

[300] Misma apreciación hace frente a los estándares de diligencia (D. M. Papayannis, Estándares de diligencia genéricos y específicos: razones para la acción y deberes en conflicto 2022, 151-152)

geográfico particular, según lo determine la propia norma o una norma jerárquicamente superior. En estos casos, su regulación se limita a los eventos que ocurren dentro de dicho espacio. Sin embargo, la misma norma también puede carecer de restricciones espaciales específicas, lo que implica que no está limitada a un lugar en particular ni definida por otra norma superior en este sentido. En estos casos, no se trata de que la norma sea aplicable en todos los lugares posibles, sino que su alcance espacial permanece indeterminado. En este tipo de situaciones, una autoridad judicial puede interpretar la norma y definir el espacio geográfico en el cual es aplicable[301]. La misma posibilidad de indeterminación y la amplia facultad de aplicación se da para los demás dominios de validez.

Por otro lado, el dominio de validez temporal se refiere al período durante el cual una norma de RCE está en vigor. En un modelo de RCE, una norma primaria de comportamiento podría exigir que el fabricante advierta al usuario de una prótesis sobre un defecto que pueda poner en peligro su salud, siempre que esté dentro del período recomendado para el reemplazo de la prótesis[302]. A su vez, las normas secundarias reparación tienen un periodo de validez en el cual pueden exigirse, luego del cual la obligación del victimario habrá prescrito y, por tanto, deja de ser un fundamento válido para sentenciar o ejercer coacción en contra del victimario.

El dominio de validez personal se refiere a las personas a quienes se aplica la norma jurídica. Una norma puede ser general, aplicable a todos los ciudadanos, o específica, aplicable a un grupo particular de ciudadanos, como propietarios, médicos, empleados públicos, padres, etc. Esto se observa con los estándares de comportamiento, que pueden ir desde la persona razonable, hasta el médico, el médico pediatra, el médico pediatra y cirujano, etc.[303]

El último dominio de validez es el material, y se refiere a las orientaciones de las conductas humanas. Algunos estándares de diligencia están diseñados para aplicarse

[301] (Kelsen 1979, 26)
[302] (D. M. Papayannis, Estándares de diligencia genéricos y específicos: razones para la acción y deberes en conflicto 2022, 152)
[303] Una explicación más detallada al respecto (D. M. Papayannis, Estándares de diligencia genéricos y específicos: razones para la acción y deberes en conflicto 2022, 152)

únicamente en determinados ámbitos. Por ejemplo, los estándares aplicables al ámbito de la arquitectura se observarán exclusivamente cuando el arquitecto esté ejerciendo su rol y función.

Todos estos dominios de validez se pueden manifestar en la misma norma de RCE, algunos de ellos, uno o ninguno. El legislador puede ordenar que "*en el territorio nacional los médicos oftalmólogos antes de practicar una cirugía de su ramo deben tomar la precaución de evaluar si el paciente tiene una enfermedad concreta que ponga su recuperación en riesgo y que sea muy económica de diagnosticar"*. Obsérvese que con dicha norma la autoridad aclara unas circunstancias en las que esta tiene fuerza obligatoria. Cada vez que un caso con tales características suceda, dicha norma sería aplicable, gracias a sus dominios de validez. En esta norma se observan expresamente los dominios espacial, temporal, personal y material. Pero el legislador puede establecer una norma —como de hecho hace usualmente en todos los modelos locales de RCE— en la que ordene a sus ciudadanos *"ser diligentes en todas sus relaciones interpersonales".* Esta última incluye todos los dominios de validez de forma indeterminada aunque ninguno esté expresado.

Ahora, en la sección anterior se observa que la distinción entre un régimen supletivo y uno especial se entiende mejor cuando se relacionan a un grupo de casos genéricos o a ciertas circunstancias. El régimen supletivo tiene la pretensión de resolver todos los casos posibles en esas circunstancias o en ese universo de casos, mientras el régimen especial precisa un subgrupo de esos casos en los que aplica. En ese sentido, la autoridad no definirá dominios de validez en las normas que integran el régimen supletivo para permitir que sean aplicadas de forma más amplia, mientras que si esa autoridad tiene la intención de crear un régimen especial necesita definir sus dominios de validez, para precisar los ámbitos o circunstancias en las que aplica y que se pueda sostener que en efecto es especial.

Finalmente, los dominios de validez hacen parte del contenido de la norma y, en virtud de ello, tienen una relación con su estructura. En la siguiente sección se explicará cómo estos dominios se relacionan con las condiciones de aplicación de la norma y qué consecuencia tiene ello en los regímenes supletivos y especiales.

3. Normas categóricas e hipotéticas

La definición de un régimen de responsabilidad como supletivo y otro como especial no sólo tiene relación con sus dominios de validez y, gracias a ellos, al tipo de circunstancias en las que aplica, sino también con su estructura, especialmente con sus condiciones de aplicación. Estas condiciones determinan si en cierta clase de circunstancias, las normas deben aplicarse o no. Las condiciones de aplicación determinan si, encontrándose en su dominio de validez, la norma debe ser usada por los ciudadanos para guiar sus relaciones interpersonales o por los jueces para evaluar la forma como los ciudadanos se comportaron.

De acuerdo con Von Wright, según sus condiciones de aplicación, las normas pueden distinguirse entre hipotéticas y categóricas. Las condiciones de aplicación constituyen el antecedente de la norma. Si una norma jurídica incluye alguna condición de aplicación distinta a la mera posibilidad de cumplir con su contenido —es decir, la conducta que obliga, prohíbe u ordena—, se denomina hipotética. Por ejemplo: *"Si llueve, no salgas de casa"* es una norma hipotética. En cambio, si la condición de aplicación depende exclusivamente de su contenido, se trata de una norma categórica, como en el caso de: *"No salgas de casa"*[304].

En ambos casos, si la norma se interpreta en conjunto con otra que delimita su dominio de validez espacial, la norma será de aplicación municipal, provincial o nacional, mientras que los demás dominios permanecen indefinidos. Sin embargo, en el caso de la norma categórica, la condición de aplicación se reduce a la posibilidad de cumplir con su contenido, lo que implica que el sujeto debe encontrarse en el ámbito definido por el dominio de validez. Por otro lado, en la norma hipotética, se introduce una condición adicional (que llueva), lo que restringe las circunstancias en las que la norma es aplicable: su contenido será obligatorio cuando llueva. Obsérvese que, aunque los dominios de validez de ambas normas son idénticos, la cantidad de casos o circunstancias reguladas por ellas es diferente.

En los modelos de RCE, se identifican diversos casos de normas primarias de comportamiento que podrían interpretarse como categóricas. En particular, en los

[304] (Von Wright 1970, 91).

regímenes subjetivos, se observan deberes de no causar daño con culpa, interpretados a partir de características relevantes de los ordenamientos jurídicos y de textos normativos como el artículo 2341 del Código Civil colombiano, el artículo 1902 del Código Civil español, el artículo 1:101 de los PETL y, en el *common law*, decisiones judiciales como *Donoghue v. Stevenson*[305]. En consecuencia, en las circunstancias en las que sea aplicable, siempre que exista la posibilidad de causar un daño con culpa, el ciudadano debería observar esta norma al decidir cómo actuar.

Así, a pesar de que se encontrarían dentro de las circunstancias contempladas por la norma, la cual no define un dominio de validez concreto, una norma categórica de este tipo resulta aplicable a la relación que se establece entre un conductor de un vehículo en Girona y los peatones que cruzan en un paso cercano a la universidad, debido a la proximidad entre ellos y la posibilidad de que se causen daños con culpa. Sin embargo, al mismo tiempo, dicha norma no impone ningún deber de conducta en la relación entre ese conductor y los peatones que cruzan en un paso ubicado en Barcelona, en este último caso no sería aplicable.

Además, en los regímenes subjetivos de modelos locales de RCE, es posible identificar ejemplos de normas hipotéticas que imponen deberes de comportamiento. Estas normas suelen establecer que *"en su ámbito de validez, si ocurre cierto evento, se debe adoptar esta o aquella medida de precaución"*. Dichas disposiciones hacen referencia a estándares específicos aplicables en disciplinas como la ingeniería, la arquitectura[306] o la medicina[307], los cuales operan dependiendo del contexto: por ejemplo, cuando un

[305] En este caso la demandante logra demostrar que contaba con el derecho de indemnidad a exigir del demandado un deber de cuidado que se incumplió por la venta de una botella de cerveza de jengibre con un caracol adentro; pese a que ella no comprara por si misma dicha bebida. En otras palabras, aun cuando no existía un contrato, el fabricante le debía un deber de cuidado a todas las personas que razonablemente se pudieran ver afectadas por sus acciones. Donoghue v. Stevenson [1932] A.C. 562, [1932] UKHL 100, 1932 S.C. (H.L.) 31, 1932 S.L.T. 317, [1932] W.N. 139. De acuerdo con Gardner, esta decisión judicial establece en el *common law* un deber general de diligencia que puede abarcar todo tipo de contextos interpersonales, dependiendo sólo de una relación de vulnerabilidad entre sujetos (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 46-47).

[306] En Colombia la normativa vigente sobre la calidad de la construcción es producida por reglamentos expedido por la Comisión Asesora Permanente para el Régimen de Construcciones Sismo Resistentes a través de reglamentos. En el momento es la NSR-10 (Reglamento Colombiano de Construcción Sismo Resistente).

[307] Este último caso es altamente complejo pues el comportamiento esperado del médico está determinado por la *lex artis ad hoc.* Este último concepto se puede entender como reglas de comportamiento que se establecen de acuerdo con el conocimiento de la ciencia médica basada en la evidencia y en los patrones,

ingeniero se enfrenta a un tipo de suelo particular, un arquitecto diseña una estructura específica, o un médico interviene en casos como un parto complejo o una apendicitis retrocecal. Algo similar ocurre en los regímenes subjetivos propios del *common law*, donde se definen estándares concretos de diligencia aplicables en determinados contextos, basados en la costumbre reconocida judicialmente y en las decisiones tomadas por el jurado[308].

Frente a los regímenes objetivos de RCE algo similar se puede decir. En algunos modelos de RCE hay normas categóricas de comportamiento que integran los regímenes objetivos y que surgen de la interpretación de ciertos textos normativos —códigos civiles, sentencias, etc.— y de las características de la práctica de la RCE. Lo anterior hace referencia a aquellos regímenes que cuentan con cláusulas abiertas de responsabilidad objetiva. Aquí se puede interpretar que existen normas que establecen el deber de "*no dañar con actividades riesgosas"* y su correlativo derecho de indemnidad. En algunos casos estas cláusulas abiertas han sido creadas por el legislador, como sería el caso de Suiza[309]. En otros, la creación ha sido judicial. En la tradición romano-germánica, el modelo de RCE colombiano es un ejemplo de ello[310], pero no es el único. Similar situación ha ocurrido en el derecho civil chileno con la interpretación jurisprudencial de casos donde se presupone la culpa de la acción por su «peligrosidad desproporcionada» a la luz del artículo 2329 de su propio código civil, y que lleva en la práctica a hacer de dicho régimen uno muy similar a uno objetivo o estricto[311]. Lo mismo se observa en el *common law*. En Inglaterra, la sentencia de *Rylands v. Fletcher*[312] resuelve a favor del

aplicadas al caso del paciente, según sus especiales circunstancias. Al respecto se puede observar (Vázquez Rojas 2021, 282-297).

[308] Sobre el punto se puede consultar (Keating, Reasonableness and Rationality in Negligence The Negligence Theory 1996, 379-382).

[309] (Martín-Casals y Ribot Igualada 2003, 846 y ss)

[310] Observar: (Sentencia del 14 de marzo 1938) y (Sentencia del 24 de agosto 2009).

[311] (Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I. 2020, 158-159; 470-471).

[312] Se puede consultar (Rylands v. Fletcher 1868). En la cual se sentencia a favor de un demandante cuya mina de carbón se vio inundada por el uso de demandado de su terreno como una represa que terminó desbordándose. En dicho fallo la *House of Lords* ratifica la decisión de la *Court of Exchequer*. En la cual se indica que usar la propia tierra para una actividad peligrosa te hace, *prima facie*, responsable por todos los daños que ocasione. Excepto en casos de fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima. El argumento de la *House of Lords* es que de usar el terreno para el uso ordinario y no para una actividad no-natural no habría tenido que responder por los daños producidos por los mismos.

demandante porque considera que el demandado cometió un injusto al causar un daño con el «uso no natural» (*non-natural use*) de la tierra o «la peligrosidad de la actividad».

En Estados Unidos, los Restatements on Torts abordan conceptos como las "actividades ultrarriesgosas" (*ultrahazardous activities*) [313] o las "actividades anormalmente peligrosas" (*abnormally dangerous activities*) [314]. Si el derecho del *common law* utiliza estos conceptos, las normas de RCE no establecen más condiciones para su aplicación que el contenido mismo de estas actividades: la capacidad de causar daño debido a su peligrosidad inherente o desproporcionada. Por ello, dichas normas pueden considerarse categóricas, ya que no dependen de factores adicionales para su aplicación.

En los regímenes objetivos también se encuentran múltiples ejemplos de normas hipotéticas. De hecho, de acuerdo con Martín-Casals y Ribot, el desarrollo de estos se ha caracterizado desde el inicio por contar con normas de responsabilidad objetiva para supuestos concretos o especiales, mediante la promulgación de leyes particulares[315]. Se puede mencionar como ejemplo el supuesto de responsabilidad objetiva por los daños ocasionados por animales. En el artículo 2353 del código civil colombiano se lee: «*El dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aun después que se haya soltado o extraviado, […]»*. El cual es común en un amplio abanico de modelos de RCE. En el código civil español, el artículo 1905 consagra que «el poseedor de un animal, o el que se sirva de él, *es responsable de los perjuicios que causare* […]». Todas estas normas secundarias de reparación tienen un dominio de validez personal y material, requieren que el sujeto sea propietario en los casos en los que su animal sea causante de un daño. En los casos en los que sea posible causar estos daños, además, se aplica un deber de resultado, la prohibición de dañar con dicho riesgo.

Martín-Casals y Ribot muestran que el anterior tipo de responsabilidad se puede regular con un mayor o menor nivel de especificidad. Al menos, hay dos modelos locales de RCE

[313] *Restatement on Torts* (1938).
[314] Tanto el *Restatement (Second) on Torts* (1977), como el *Restatement (third) on Torts* (2012) utilizan la noción actividades anormalmente peligrosas *(abnormally dangerous activity)* que concretan a través de herramientas diferentes.
[315] (Martín-Casals y Ribot Igualada 2003, 829).

que utilizan otras condiciones de aplicación hipotética para este tipo de casos[316]. Se pueden mencionar muchos otros casos, los daños ocasionados por medios de transportes como trenes, vehículos de motor, y navegación aérea, o aquellos que se causan en instalaciones, energías, productos defectuosos, o por actividades mineras. Cada uno de estos supuestos tiene regulación en los modelos europeos[317], en el colombiano de RCE[318], y seguramente allí donde haya RCE y se implementen regímenes de responsabilidad objetiva. En las tradiciones de *common law* se encuentran sentencias que son utilizadas como precedentes para situaciones especiales de regímenes objetivos como daños ocasionados por animales salvajes[319] o explosivos[320], y que también se pueden leer como normas hipotéticas que establecen deberes de reparación y sientan las bases para declarar responsabilidades por dichos daños.

A su vez, en algunos modelos locales de RCE, en el ámbito de la farmacia, se exige a los productores de medicamentos que no dañen con sus medicamentos o vacunas, este sería un deber de resultado. Dicho deber sólo se aplicará para los daños ocasionados con el uso apropiado del medicamento o vacuna, *i.e.* según las instrucciones anexas. Si la víctima utiliza el medicamento de forma totalmente irrazonable y tiene consecuencias nocivas para su salud, por ejemplo, agregando ácido a su ojo cuando el medicamento expresamente recomienda en contra, no será acreedora de un derecho a ser reparada aun cuando en dicho modelo de RCE se regulen los daños causados con fármacos bajo

[316] Los ejemplos de este tipo de normas son numerosos en el derecho comparado. En Alemania, el artículo 833, del Código Civil Alemán (BGB) establece el mismo tipo de responsabilidad por los daños ocasionados por animales que no están destinados a un uso profesional o comercial (Luxustiere). En Inglaterra, la Animals Act de 1971 asigna responsabilidad objetiva por los daños causados por animales de especies peligrosas o por animales domésticos que presenten características anormalmente peligrosas conocidas por su guardián. Estas normas son citadas por (Martín-Casals y Ribot Igualada 2003, 841).

[317] Respecto de las normas que los contiene y las particularidades de estos sistemas se puede consultar (Martín-Casals y Ribot Igualada 2003, 841-845).

[318] En Colombia todas estas actividades se han regulado bajo regímenes objetivos. Las normas que regulan los mismos casos son las siguientes: los casos de daños ocasionados por vehículos de motor (bajo el artículo 2356 del C.C.), la navegación y transporte marítimo (992 y 1003 del C. de Co) o la navegación o transporte aéreo (1880 y 1003 del C. de Co), aquellos que se causan por productos defectuosos (Artículos 19 a 22 de la ley 1480 de 2011) por algunas de las etapas de las actividades mineras (artículo 44 de la ley 685 de 2001). Ahora, si bien algunas lecturas dogmáticas de unas cuantas de estas normas dudan que sean verdaderamente regímenes objetivos, sino que los interpretan como regímenes mixtos, lo cierto es que las interpretaciones jurisprudenciales de las normas llevan a una lectura del primer tipo. Puesto que, aun cuando el demandado demuestre la realización diligente de la actividad suele ser condenado.

[319] Behrens v. Bertram Mills Circus, [1957] 2 QB 1.

[320] Hayv. Cohoes, 2 N.Y.159 (1849); Spano v. Perini Corp.1 240 N.E.2d 31(N.Y,1969).

un régimen objetivo. En este ejemplo también se puede ver la relación entre dominios de validez y condiciones de aplicación.

Tal como muestran los ejemplos de normas en los regímenes objetivos, las normas primarias de comportamiento no son las únicas que pueden considerarse hipotéticas. En ambos regímenes de los modelos de RCE, las normas secundarias de reparación se pueden interpretar como normas hipotéticas, dado que restringen su posibilidad de aplicación a ciertas circunstancias en las que se ha causado efectivamente un daño junto a los demás fundamentos de atribución[321].

En virtud de lo expuesto, puede afirmarse que la implementación de regímenes supletivos y especiales no depende del uso de normas categóricas o hipotéticas, sino de los ámbitos de validez de las normas que integran el régimen. Si un régimen objetivo de responsabilidad contiene una norma de conducta categórica en cuanto a sus condiciones de aplicación, pero sus dominios de validez están limitados espacial, temporal, personal o materialmente, no podría calificarse, por este solo hecho, como un régimen supletivo. En los regímenes objetivos, las autoridades usualmente ordenan que ciertos deberes de indemnidad y las correspondientes responsabilidades apliquen si el victimario es propietarios de un animal bravío, si se encuentran en una actividad minero-energética, si el daño se causó con un arma de fuego, etc. En otras palabras, la autoridad tiene que precisar las circunstancias de aplicación de las normas primarias de comportamiento y secundarias de reparación.

En cambio, la técnica regulativa empleada tradicionalmente por los legisladores para determinar que un régimen subjetivo es general y supletivo consiste en establecer, en su núcleo, deberes de comportamiento cuyos dominios de validez son indefinidos, mientras que sus condiciones de aplicación son categóricas[322]. En tales casos, dichos deberes de

[321] Para una explicación más detallada de las normas secundarias de reparación en los modelos de RCE se puede consultar la sección 2 del capítulo 1.

[322] La distinción entre dominios de validez y condiciones de aplicación, así como entre normas categóricas e hipotéticas, puede ser criticada por su aparente borrosidad. Una norma categórica podría colapsar en una hipotética mediante condiciones de aplicación implícitas, mientras que los dominios de validez podrían interpretarse como subclases de condiciones hipotéticas. Sin embargo, estas distinciones son útiles e informativas: permiten evitar una acumulación excesiva de condicionales en los antecedentes de las normas, facilitando su interpretación y presentación dentro de los modelos de RCE. Las normas categóricas comunican de forma generalizada un deber aplicable sin reservas aparentes a todos los sujetos que cumplan sus condiciones implícitas. Por ejemplo, un mandato como "*no debes dañar con*

comportamiento se aplican en todas las circunstancias y en cualquier evento donde sea posible cumplir su contenido. Se está haciendo referencia al deber genérico de diligencia y al deber de no dañar con culpa.

4. Conflictos normativos entre regímenes de responsabilidad

Ahora bien, al reconstruir la supletividad o especialidad de los regímenes de responsabilidad utilizando los dominios de validez y las condiciones de aplicación, pueden aparecer problemas interpretativos. Especialmente en el mundo contemporáneo, estos problemas pueden surgir con la casi ubicua intención legislativas de ampliar progresivamente los regímenes de responsabilidad objetiva para favorecer a las posibles víctimas y lograr su compensación. Por solo mencionar un caso, el artículo 1757 del código civil y comercial argentino ordena:

"Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención".

Esta disposición permite interpretar una norma primaria de comportamiento cuyos dominios de validez sean tan extensos como sea posible y cuyas condiciones de aplicación sean categóricas. En principio, su alcance no está restringido por criterios espaciales, temporales, personales o materiales, aplicándose siempre que haya daño por riesgo, vicio o peligro. Es cierto que una interpretación más limitada de su dominio

---

culpa" no aplica en cualquier circunstancia concebible, sino dentro de un contexto limitado que los juristas sobreentienden, como el ámbito territorial o jurisdiccional. Estas normas son herramientas legislativas que sintetizan un conjunto de condiciones hipotéticas comunes, transmitiendo que ciertas conductas son obligatorias en el sistema jurídico y proyectando un estado ideal en el que esas conductas se cumplen. Por su parte, las normas hipotéticas son más específicas y facilitan la identificación de los casos en los que surgen deberes concretos, como sucede con normas dirigidas a subgrupos definidos, por ejemplo, médicos o propietarios de perros bravíos. Aunque explicitan ciertas condiciones en sus antecedentes, también incluyen otras implícitas que delimitan su aplicabilidad. Así, un mandato como "si causas un daño con culpa, deberás reparar" también presupone un dominio de validez, como la ciudadanía o la jurisdicción. En suma, ambas estructuras normativas reflejan estrategias legislativas distintas: las categóricas generalizan deberes básicos, mientras que las hipotéticas precisan situaciones específicas, equilibrando claridad interpretativa y alcance comunicativo.

de validez material evitaría los problemas que se explicarán a continuación. La interpretación limitada diría que los ámbitos riesgosos son estos o aquellos. Pero es posible que cada ámbito de la vida humana sea interpretado como riesgoso. Bajo esta segunda interpretación más amplia, el régimen objetivo en este modelo de RCE sería tan extenso como el régimen subjetivo, de manera que la distinción entre regímenes supletivos y especiales se habría desdibujado.

Se debe señalar que los regímenes de responsabilidad difieren en la orientación que ofrecen a los ciudadanos respecto a su comportamiento, como se explicará en detalle en las próximas secciones del capítulo. Por el momento, basta mencionar que un régimen objetivo no solo incrementa la seguridad para las posibles víctimas, sino que también reduce la libertad de acción de los posibles victimarios en comparación con un régimen subjetivo. Es común que, cada vez que se aplica un régimen objetivo de responsabilidad, también se evalué si se cumplió con el régimen subjetivo, hay un *continuum* entre regímenes.

No obstante, las autoridades pueden determinar que, en ciertas circunstancias, sea preferible la aplicación exclusiva de uno de los regímenes, permitiendo que los ciudadanos comprendan esta distinción. Asimismo, parece normativamente deseable que, en determinadas situaciones, los ciudadanos tengan la certeza de que no serán declarados responsables. También es importante que, por defecto, conozcan los deberes y responsabilidades civiles que tienen entre sí en contextos específicos.

El conocimiento de los deberes derivados de los regímenes de RCE puede fomentar relaciones interpersonales en dichas circunstancias, incrementar la generación de riqueza y producir otros efectos positivos. En gran medida, estos resultados dependen de que uno de los regímenes se establezca como general y supletorio, mientras que el otro sea definido como especial.

En el primer capítulo se explica que las normas de RCE regulan relaciones bilaterales de respeto y prevención del daño mediante normas primarias y secundarias, las cuales establecen deberes y derechos recíprocos de indemnidad. Los regímenes de responsabilidad se entienden como una interacción entre estos dos tipos de normas.

En general, cuando las normas primarias de comportamiento de un régimen de responsabilidad resultan aplicables, también lo harán las normas secundarias de reparación si las primeras son incumplidas. Usualmente, el régimen subjetivo impone el deber de comportarse diligentemente y el de no causar daño con culpa, mientras que el régimen objetivo establece el deber de no causar daños derivados de actividades riesgosas.

El incumplimiento de estos deberes de no dañar puede generar un deber de reparación, que guiara al sujeto a responder por el injusto civil que ha causado. Así, si ambos regímenes de responsabilidad comparten deberes categóricos de no dañar, pero sus dominios de validez no están claramente definidos, ninguno podrá considerarse especial. En este caso, no habría un régimen general de responsabilidad.

En un modelo de RCE como el anterior, parece que el ciudadano debe evaluar la circunstancia en la que se encuentra, observar si su conducta puede dañar culpablemente o si está en una actividad que pueda ser considerada riesgosa, para evaluar si se le exigirá uno u otro deber de comportamiento y su contenido. Lo mismo hará el juez que evalúe si la conducta del ciudadano se conformó a la norma. En ese sentido, en todos los casos donde sea posible causar daños con culpa y causar daños con riesgo u otra condición, ambos regímenes y sus normas categóricas e hipotéticas serán aplicables. Por ello, parece que cuando ambos regímenes cuentan con normas categóricas que no restringen sus dominios de validez no se puede definir uno como supletivo y el otro como especial.

Sin embargo, esta reconstrucción de un modelo de RCE sin un régimen supletivo y general, en la que ambos regímenes de responsabilidad poseen normas de comportamiento con condiciones de aplicación categóricas y sin dominios de validez claramente definidos, presenta varios problemas. Además de que no propicia el conocimiento de los deberes derivados de los regímenes de RCE, no es realista, y podría interpretarse como antinómica, pues cada vez que la conducta del agente no sea negligente y, por tanto, merezca ser exonerada según el régimen de responsabilidad subjetivo, puede que merezca ser responsabilizada según el régimen de responsabilidad objetiva.

El funcionamiento real de los regímenes de responsabilidad en los distintos modelos locales de RCE no se puede explicar sin normas con dominios de validez definidos y con condiciones de aplicación hipotéticas. No se podrían explicar algunos casos de responsabilidad civil, como la responsabilidad civil en el ámbito deportivo. En este ámbito, usualmente se atribuye responsabilidad civil si, y solo si, el agente obra con dolo o culpa. En otras palabras, en este tipo de casos aplica exclusivamente el régimen subjetivo[323]. Sería contraproducente para la actividad deportiva que fuese de otra manera, porque regular las relaciones interpersonales de respeto y daño que ocurren allí bajo un régimen objetivo haría inviables algunos deportes de riesgo tal como se los conoce. Piénsese que se tuviesen que indemnizar los daños causados con comportamientos riesgosos en el fútbol o en el futbol americano. Ningún deportista interesado en mantener su patrimonio seguro estaría interesado en practicarlos, si sus reglas no se modifican.

En efecto, en el marco de su actividad deportiva, los participantes aceptan de forma expresa el riesgo de su actividad a través de un consentimiento informado. Este último es un proceso mediante el cual los deportistas reciben información clara, comprensible y completa sobre los riesgos y beneficios asociados a la práctica de un deporte antes de participar en actividades o competiciones. Aceptan que, en el marco de un partido de fútbol, de baloncesto, o de una pelea de boxeo, podrán verse lesionados por otros participantes aun cuando estos cumplan todas las reglas de comportamiento. Dicha aceptación implica que, aunque la actividad podría encajar perfectamente en los supuestos regulados por un régimen de responsabilidad objetiva que cuenten con una cláusula general de responsabilidad objetiva[324], la actividad queda excluida. Una interpretación jurídica similar se podría hacer en el ámbito de la responsabilidad por actividades médicas, en las que los pacientes se pueden ver lesionados por actividades riesgosas y comportamientos culpables y expresan el consentimiento frente a los posibles riesgos.

[323] Por ejemplo, en España, la Sentencia del Tribunal Supremo del 22 de octubre de 1992, que subraya la falta de una doctrina jurisprudencial específica en derecho civil deportivo, remite estas cuestiones al artículo 1902 del Código Civil, i.e. al régimen subjetivo de responsabilidad.
[324] (Martín-Casals y Ribot Igualada 2003, 846 y ss).

Es cierto que, si la autoridad no define uno de los regímenes de responsabilidad como general y supletorio, sino que establece que ambos son aplicables a una amplia variedad de casos, aún podría argumentarse que situaciones específicas, como las relacionadas con la responsabilidad en el ámbito deportivo o médico, están reguladas mediante normas hipotéticas que excluyen la aplicación del régimen objetivo. Sin embargo, esta cuestión se resuelve de manera mucho más sencilla mediante una clara elección normativa.

En conclusión, la definición de un régimen general y supletorio frente a uno especial no solo facilita la interpretación jurídica, sino que también asegura que las normas sean aplicables de manera coherente en diversos contextos. Esta claridad normativa es esencial para equilibrar la protección de las posibles víctimas con la seguridad jurídica de los posibles responsables, y para facilitar el cumplimiento de las funciones de los modelos de RCE.

B. Comportamientos

Además de las circunstancias en las que aplican, las normas primarias y secundarias de RCE indican un comportamiento que está mandado o prohibido. Las normas primarias de comportamiento se refieren a ciertos *medios necesarios* para *no dañar* con *culpa* -también denominados estándares de comportamiento-; o a un tipo de resultado que se debe evitar con ciertas conductas, actividades o bajo ciertas condiciones. Se refieren a un resultado *dañoso* causado con *culpa* o con alguna *actividad riesgosa*. Las normas secundarias de reparación indican de forma más o menos exhaustiva ciertas *formas de reparación* que el victimario debe implementar una vez incumple sus obligaciones de comportamiento. Muchas veces las disposiciones que contienen ambos tipos de normas utilizan términos que describen estos medios y resultados esperados de forma vaga, como los términos que se han puesto en itálicas. Aparentemente, estas normas no referencian con precisión el comportamiento específico que se espera del sujeto. De allí, que podría dudarse que estas normas puedan guiar a los sujetos, especialmente a los ciudadanos.

Siguiendo a Waldron, una condición esencial para que el derecho guie el comportamiento de los sujetos es que tiene que ser cierto que cuando las circunstancias de la norma se

dan, los sujetos sean capaces de controlar su conducta para ver si están realizando el contenido (o no) de la norma[325]. A la luz de términos vagos como los expresados en el párrafo anterior, el buen ciudadano podría identificar que se encuentra en las circunstancias en las que la norma de RCE es aplicable, pero que no sepa ciertamente si está o no realizando su contenido, que no pueda su comportamiento. En principio, su desconcierto será entendible, pues la norma que le ordena tomar los medios *razonables* para que no se cause el daño, o que *no cause daño* con una determinada conducta *culpable* o actividad *riesgosa*, deja mucho espacio para la interpretación. El ciudadano podrá hacer su mejor esfuerzo para aplicar estas normas, pero no estará seguro de que su interpretación será la adecuada.

Al igual que con las circunstancias, las normas primarias y secundarias de RCE pueden ser más o menos genéricas o específicas, según ciertas técnicas que puede implementar el legislador para determinar su contenido. De tal suerte, no sería adecuado describir un modelo de RCE haciendo referencia exclusivamente a las normas más genéricas, como se hizo deliberadamente hace un momento. En lo que sigue se explicará que los modelos de RCE utilizan, al igual que el derecho en general, estándares variables y reglas para definir los comportamientos esperados, los medios, los resultados o las acciones demandadas. Estas normas se denominarán abiertas o cerradas.

A su vez, en esta sección, se defenderá que el objeto de ambos tipos de normas en los modelos de RCE son comportamientos o acciones humanas, no consecuencias, ni precios. Explicándose que ésta “acción humana” se entiende de forma diversa, según el tipo del régimen de responsabilidad.

1. Normas abiertas o cerradas

El comportamiento que la autoridad exige al ciudadano se puede describir de forma más o menos exhaustiva, dejando (o no) en este último la responsabilidad de deliberar o razonar para precisar lo que debe hacer. Según el tipo de norma de RCE que haya sido seleccionada por la autoridad, el balance de razones para actuar estará más o menos abierto al sujeto.

[325] (Waldron 2011, 62 y 64)

En los regímenes subjetivos y objetivos de los modelos de RCE, se encuentran normas primarias y secundarias que se pueden clasificar de acuerdo con su contenido, según la descripción del comportamiento humano que califican como obligatorio o prohibido. Hay normas que establecen comportamientos específicos del tipo “prohibido superar el límite de velocidad de 120km/h en autopista para evitar dañar a los demás, como medida de precaución”, “debes reparar con dinero los daños patrimoniales causados con la actividad de manejo, distribución de energía, o minería”, “debes reparar pidiendo disculpas, entregando determinada cantidad de dinero, o reponiendo aquellos bienes destruidos”. También, se hayan normas que ordenan comportamientos más genéricos como los siguientes: “no debes dañar con culpa”, “no debes dañar con actividades riesgosas u otras condiciones”, y “debes reparar si causas daño con culpa o actividades riesgosas u otra condición”.

Al observar un conjunto de normas tan diverso, algunos teóricos han propuesto que se distinga entre aquellas reglas que especifican un comportamiento como obligatorio, prohibido o permitido, y aquellas que establecen estándares variables[326], vagos[327], o genéricos. Siguiendo a Waldron, las reglas específicas le indican con mayor precisión, exhaustividad y detalles al ciudadano lo que debe hacer. Por contraste, los estándares genéricos le ordenan realizar un juicio de razonabilidad para determinar la conducta apropiada en las circunstancias que aplican[328]. Entre ambos tipos de normas, hay una diferencia gradual, porque todas utilizan términos generales clasificatorios para comunicar el comportamiento exigido, ya sea que la norma haya sido proferida a través de mecanismos legislativos, similares o por el precedente judicial[329]. En últimas, si el legislador le indica al ciudadano que está “prohibido superar el límite de velocidad de 120km/h ”, este sujeto todavía tendrá que reflexionar sobre lo que cuenta como vehículo, como autopista, y las acciones que son instrumentalmente idóneas para no superar los 120km/h, etc.

[326] Ver (H. L. Hart 1963, 163).
[327] Observar (F. Schauer 2004, 195-196).
[328] (Waldron 2011, 66-70).
[329] (F. Schauer 2004, 159, H. L. Hart 1963, 158).

En este sentido, no importa lo preciso y exhaustivo que sea el legislador o la jurisprudencia al describir las propiedades del comportamiento ordenado, siempre pueden surgir dudas en casos concretos sobre su aplicación. En los casos de dudas, cuando el intérprete aplica las normas estipuladas, incluso con la legislación más clara, los ejemplos jurisprudenciales más detallados o las órdenes verbales más precisas, será necesario realizar una evaluación de las circunstancias y comportamientos demandados por la norma. Siguiendo a Hart, esto ocurre porque las situaciones o casos en el mundo no vienen etiquetados como acción culpable, actividad riesgosa o vehículo. Aunque las normas ofrecen una guía, «hay un límite inherente en la naturaleza del lenguaje a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar»[330].

Sin perjuicio de lo anterior, la distinción entre reglas específicas y estándares genéricos es útil para comprender distintos aspectos de los modelos de RCE. Por ejemplo, la guía que la autoridad normativa le puede ofrecer a los ciudadanos con uno y otro tipo de normas; o la discrecionalidad con la que cuentan los jueces al evaluar su cumplimiento[331].

a. Apertura o cierre del balance de razones para actuar

Una forma de explicar la diferencia entre reglas específicas y estándares genéricos hace referencia a los conceptos que las componen. Desde esta perspectiva, Lifante indica que las pautas de diligencia o los estándares genéricos en el derecho se componen de expresiones como “diligencia debida”, “debido cuidado”, “buen padre de familia” o “*lex artis*”. Términos que, según su criterio, utilizan conceptos radicalmente indeterminados, en oposición a los conceptos meramente vagos. Estos últimos, los conceptos vagos son aquellos conceptos que cuentan con casos claros en su núcleo de certeza y con algunos casos periféricos en los que hay imprecisión al ser interpretados y aplicados a un caso, como cualquier concepto del lenguaje natural[332]. Por contraste, los términos radicalmente indeterminados son aquellos en los que es muy difícil distinguir entre el núcleo de certeza y la zona de penumbra; es decir, diferenciar los casos en los que alguien está claramente justificado en utilizar el término de aquellos casos en los que no se está en la posición

[330] (H. L. Hart 1963, 157).
[331] Esta relación se explica en (Shauer 2013, 197-201).
[332] (Lifante Vidal 2020, 2).

de hacerlo. Esto sucede, a juicio de Lifante, porque se desconocen las propiedades que definen al concepto, y este desconocimiento se debe a que tampoco se pueden prever los distintos contextos de su aplicación[333].

En realidad, utilizar la explicación anterior para comprender los distintos tipos de normas en los modelos de RCE, especialmente los estándares genéricos, no parece conveniente. Es cierto que, al interpretar normas de RCE que contienen términos como "culpa" o "riesgo", los practicantes deben analizar los detalles del caso concreto para precisar su contenido normativo. Por tanto, cuando el legislador los incluye en una norma, no prevé todos los contextos en los que serán aplicables. Sin embargo, no parece apropiado decir que se desconozcan totalmente las propiedades que los definen. De hecho, los intérpretes cuentan con un marco de sentido que les permite analizar un caso para establecer su presencia o ausencia.

Piénsese en la culpa: esta se puede definir como el actuar del sujeto que se aleja del estándar que se exige para no dañar a otros[334]. A su vez, pese a las múltiples formas de definir el riesgo[335], en el marco de la RCE, algunos teóricos lo entienden como la probabilidad desencadenada por la actividad o acción de un sujeto de que un evento dañoso le ocurra a otra persona[336]. Si bien ambas definiciones son neutrales frente a las acciones específicas o casos que las instancian, lo cierto es que excluyen muchas otras. De manera que los términos radicalmente indeterminados usados por Lifante para explicar ciertas normas de la RCE, como los estándares de diligencia, no parecen contemplar dicho marco de sentido básico.

Otra forma de explicar esta distinción hace referencia al balance de razones que cada una propicia. Papayannis, por ejemplo, al hablar de los estándares de diligencia, propone distinguir entre estándares abiertos y cerrados, según la apertura que da la norma para que el agente indague por razones a favor o en contra de adoptar cierta precaución[337].

---

[333] (Lifante Vidal 2020, 2).
[334] Así se puede observar en la interpretación que hace (D. Papayannis, La culpa 2022, 172). Una interpretación similar en (Díez Picazo, 2001, p. 1017).
[335] Oberdiek propone dos formas de concebir riesgo. Una, como la probabilidad de que un evento malo suceda. Otra, como el producto de la probabilidad y gravedad de que un evento malo suceda (Oberdiek, Imposing risk. A normative framework 2017, 16).
[336] (Oberdiek, Imposing risk. A normative framework 2017, 17).
[337] (D. M. Papayannis, Estándares de diligencia genéricos y específicos: razones para la acción y deberes

Los estándares abiertos ordenan que el ciudadano realice un juicio de razonabilidad de este tipo. En cambio, los cerrados ordenan realizar una conducta específica[338] y «no permiten (ni, por implicación lógica, ordenan) indagar en las razones a favor o en contra de adoptar cierta precaución»[339]. Su criterio se puede trasladar a las normas primarias y secundarias que componen los regímenes de responsabilidad de los modelos de RCE. En ese sentido, lo que explica la diferencia entre ambos tipos de normas no es necesariamente el tipo de términos y conceptos que las componen, sino la apertura a otros ámbitos del razonamiento práctico.

Ahora, cuando una norma de RCE se puede calificar de abierta, esto no quiere decir que utilice sólo términos evaluativos generales, como "razonable", "correcto" o "apropiado". Términos que siguiendo a Waldron son amplios y abarcan una variedad de contextos evaluativos[340]. En contraste, estas normas abiertas pueden emplear términos que se han denominado en la literatura como densos: "desatento", "agresivo", “imperito”, “imprudente”, etc. Los términos densos no hacen referencia a un comportamiento específico, sino que se centran en tipos específicos de evaluación. Por ejemplo, un término como "desatento" señala un aspecto particular de la conducta, dirigiendo la atención hacia una evaluación concreta del comportamiento, ya sea el propio o, en el caso de un oficial de policía, el de otros. Este tipo de evaluación se concentra en un subconjunto de características que podrían ser relevantes en una situación, en un subconjunto de razones para actuar. En la conducción, por ejemplo, la "desatención" pone el foco en la consciencia del conductor respecto a la carretera y las condiciones circundantes, mientras que la "agresividad" invita al conductor a reflexionar sobre su conducta desde una perspectiva evaluativa diferente, está mostrándole a los demás conductores y peatones hostilidad con su forma de maniobrar el vehículo[341].

Esta última explicación será la que se preferirá, así como los términos que utiliza. Pues en últimas, la guía que la RCE les ofrece a los ciudadanos y a otros sujetos depende de

---

en conflicto 2022, 151).

[338] (D. M. Papayannis, Estándares de diligencia genéricos y específicos: razones para la acción y deberes en conflicto 2022, 151)

[339] (D. M. Papayannis, Estándares de diligencia genéricos y específicos: razones para la acción y deberes en conflicto 2022, 148)

[340] (Waldron 2011, 72)

[341] (Waldron 2011, 72-73)

la forma como estas normas se integran en el razonamiento práctico de quien las conoce. En ese sentido, en la tesis se hablará de normas abiertas cuando se quiera indicar que su contenido se ha regulado como un estándar variable, vago, o genérico; y de normas cerradas cuando el comportamiento exigido por el legislador se haya precisado de forma más exhaustiva a través de una descripción más precisa del comportamiento esperado.

Además, la elección de estos términos evitará denominaciones de normas que serían confundentes. Así, si se quisiera hablar de un estándar genérico o específico de comportamiento que haga parte de un régimen subjetivo de RCE, se le podría denominar estándar específico con condición de aplicación hipotética y contenido regulado de forma abierta. Una presentación sencilla de comprender.

Ahora bien, el hecho de que una norma de un régimen subjetivo que contenga un estándar abierto de comportamiento remita a otros ámbitos del razonamiento práctico no implica una total indeterminación al momento de adjudicarlos, ni una mera remisión a la moral o al razonamiento práctico o normativo en general. Concuerdo con Papayannis en que los estándares abiertos, más genéricos, tienen una base convencional sólida[342]. Así, cuando se discute qué se entiende por culpa, se tiene como punto de partida convenciones específicas en torno a quién debe hacer qué y en qué situación para evitar dañar[343]. A su vez, los jueces y demás autoridades jurídicas cuentan con preconvenciones que ayudan a establecer su contenido. Se conocen ciertos comportamientos y creencias coincidentes entre los miembros de una sociedad que resultan de un aprendizaje previo, que los individuos aplican de forma irreflexiva y que suelen ser espontáneas. Bajo estas preconvenciones, aun cuando el sujeto actúe de forma automática, irreflexiva y espontánea, se espera que lo haga de tal o cual forma.

Por ejemplo, cuando se encuentra un peatón inesperado en la vía, se espera que, para evitar impactarlo, el sujeto que maneja un vehículo apriete el freno o cambie de carril. Dichas preconvenciones también son útiles para saber que el conductor de una

[342] (D. Papayannis, Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia 2021, 18).
[343] (D. Papayannis, Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia 2021, 21).

motocicleta que atraviesa la vía a gran velocidad y cruza entre dos coches haciendo una diagonal es imprudente, sin leer las normas de tránsito al respecto[344].

De tal suerte, cuando un juez llega al componente evaluativo del juicio de RCE, al momento en el que pondera las razones que el ciudadano tenía a su disposición, y valora cómo un sujeto debería haber actuado en las circunstancias, no llega con pocos argumentos. En esta etapa se analizarán todas las razones que estaban disponibles para el sujeto de acuerdo con su contexto concreto, las opciones que tenía a disposición y si el sujeto tenía una medida adicional a su disposición. Pero todo ello no indica que el resultado del análisis sea absolutamente indeterminado.

Lo mismo ocurre en los regímenes objetivos con las normas que se pueden clasificar como abiertas. Cuando un intérprete se encuentra en una circunstancia en la que sabe que aplica una norma del tipo “no debes dañar con actividades riesgosas u otras condiciones”, este sujeto contará con las mismas herramientas teóricas y normativas que permiten sortear en alguna medida la indeterminación de los estándares genéricos en los regímenes subjetivos. Habrá convenciones y preconvenciones sólidas que le indicarán cuando se encuentra en una actividad riesgosa o peligrosa. Estas permitirán que el individuo desarrolle creencias consientes e inconscientes respecto aquellas actividades en las que debe ser más cauteloso de lo que normalmente es, porque implican un riesgo o peligro extraordinario. Así, una vez se llega a la etapa evaluativa, en la que el juez o quien haga sus veces deberá decidir si un sujeto cumplió o no con su obligación de resultado, esta autoridad tendrá suficientes argumentos para interpretar la disposición que está en alguna medida indeterminada. Todas estas afirmaciones serán plausibles siempre que se acepte que los deberes de comportamiento en los regímenes objetivos no demandan algo irrazonable como reducir la propia agencia a un espacio en el que no se interactúe con nadie[345].

Una forma de presentar lo anterior consiste en afirmar que la RCE reconoce jurídicamente ciertos estándares de comportamiento y conceptos que emergen de la

[344] (D. Papayannis, Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia 2021, 23-24).
[345] Esta afirmación se explica más a detalladamente en el capítulo 5, al precisar el tipo de razones que las obligaciones de resultado generan.

práctica social a través de sus normas abiertas[346]. En este sentido, la interpretación de las normas de RCE también puede entenderse como un ejercicio inductivo a través del cual los jueces recogen y reformulan estándares de conducta y comprensiones conceptuales socialmente arraigadas al aplicar una norma jurídica. Sin embargo, este ejercicio no es meramente descriptivo, ni se realiza de forma acrítica. Se trata de un reconocimiento jurídico, en tanto resulta en un deber de conducta cuyo incumplimiento puede fundamentar un deber de reparación y, eventualmente, otras responsabilidades jurídicas. Por ello, los jueces valoran si esos estándares sociales merecen efectivamente dicho reconocimiento normativo.

Una forma de ilustrar esta idea es mediante un ejemplo. Supongamos una sociedad en la que los roles de género asignan deberes diferenciados de diligencia en el ámbito de las relaciones paternofiliales. En esta sociedad, opera un estereotipo normativo[347] según el cual, ante una situación de peligro que afecte a un hijo, quien debe acudir en su auxilio es la madre. En ese contexto, un padre podría demandar a la madre por los daños sufridos por su hijo, alegando que ella actuó con negligencia al no asistir al colegio cuando fue requerida para informar sobre las posibles reacciones alérgicas a los medicamentos del menor, debido a que se encontraba en una entrevista de trabajo. Si la adjudicación de las normas de RCE se limitara a recoger estándares sociales preexistentes, el juez podría verse obligado a declarar responsable a la madre por haber actuado negligentemente y causado un daño injusto.

Sin embargo, en una sociedad liberal comprometida con la igualdad entre sus ciudadanos, tal decisión resultaría objetable. Si el padre también fue notificado por el colegio, tenía igualmente el deber de responder, sin delegar esa responsabilidad exclusivamente en la madre, menos aún si sabía que ella estaba en una entrevista laboral. Este ejemplo muestra que el derecho no solo recoge estándares sociales, sino que también los filtra y evalúa desde una perspectiva normativa. La RCE no se limita a imponer deberes de conducta: también expresa un juicio sobre cuáles estándares sociales merecen reconocimiento jurídico como razones válidas para exigir reparación.

[346] En parte, esta visión inductiva del contenido de las normas que integran la RCE se encuentra en (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 233, 238).
[347] Una explicación de los estereotipos normativos en (F J Arena, 2019, 11, 17 y SS).

b. Distintas técnicas normativas y su evaluación

Tanto la explicación que recurre a los términos que componen las normas de RCE, como esta última que apela al balance de razones propiciado por la norma, comparten que tanto uno y otro tipo de norma hacen referencia a una técnica normativa distinta. Cuando la autoridad normativa establece normas abiertas concede al agente una discreción y responsabilidad mayor sobre las maneras en que cumple con el comportamiento exigido por esta norma[348]. Mientras que, cuando profiere normas cerradas, esa discreción es mucho menor.

Atienza y Ruiz Manero han explicado estas dos técnicas normativas, utilizando los términos de "reglas[349] de fin" y "reglas de acción[350]". En esta teoría del derecho, las reglas de fin exigen del sujeto la elección de los medios causalmente idóneos para la producción de un estado de cosas, le asignan esa responsabilidad[351]. Ello implica al menos dos cosas: por un lado, el sujeto tiene el deber de deliberar y hacer serios esfuerzos para satisfacer las obligaciones asignadas por las normas al momento de hacer el balance de razones que la norma propicia, no sólo el cumplimiento de ciertas acciones fijadas por el legislador. En otras palabras, al sujeto le corresponde decidir discrecionalmente, siempre

[348]Ver (D. M. Papayannis, Estándares de diligencia genéricos y específicos: razones para la acción y deberes en conflicto 2022).

[349]Se puede cuestionar si algunas normas que podrían contar como estándares genéricos en los modelos de RCE deberían clasificarse mejor como principios en sentido estricto, dadas sus características: condiciones de aplicación categórica y conductas definidas de forma abstracta. En otras palabras, se trata de normas con un supuesto de hecho abierto (Atienza Rodríguez y Ruiz Manero 1991, 9). También se puede poner en duda su clasificación como reglas, ya que suelen ser genéricas y, en ocasiones, requieren otras normas para concretarse y aplicarse a un caso específico (Guastini 2014, 189). Sin embargo, existen argumentos en contra de esta interpretación. En primer lugar, las normas de RCE no suelen considerarse derrotables; una vez que se sabe que son aplicables y cuál es la conducta exigida, las obligaciones, como la de no dañar en ciertas circunstancias y de ciertos modos, así como la de reparar, pueden ser exigidas. En segundo lugar, los practicantes no suelen emplear razonamientos ponderativos con estas normas, los cuales son característicos de la reflexión práctica de los juristas al aplicar principios. Por último, podría argumentarse que las normas primarias y secundarias de RCE no son reglas fundamentales, sino que se sustentan en otro tipo de principios de moralidad pública o en razones subyacentes, como la justicia interpersonal, la autonomía, la libertad e igualdad, o el respeto mutuo.

[350] (Atienza y Ruiz Manero, Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos 1996, 7-8). Misma opinión comparten Lifante y Papayannis¸ quienes consideran que esta clasificación de las reglas puede ser útil para comprender los estándares variables (Lifante Vidal 2020, 7;9). Sin embargo, Papayannis considera que su terminología de "estándares abiertos o cerrados" refleja la técnica normativa sin incurrir en el problema de que «todas las acciones pueden ser descritas de muchas maneras», y, por tanto, cualquier acción puede presentarse como una regla de fin o una regla de medio.

[351] (Atienza y Ruiz Manero, Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos 1996, 7-8).

que la norma sea aplicable, de acuerdo con las características de las circunstancias, la forma como desarrollará su conducta[352]. Por otro, como ha sostenido Schauer, dicha discrecionalidad no solo concede un poder de elección al sujeto que debe aplicar la norma, sino también a los jueces que cuentan con la tarea de controlarla e interpretarla. Estos últimos al momento de evaluar si el comportamiento del sujeto ha cumplido o no con la norma del modelo de RCE contarán con una serie razonable de opciones que no serán consideradas incorrectas por otro jueces u órganos de revisión[353].

Siguiendo a Lifante, las reglas de fin se pueden evaluar desde dos perspectivas. La primera perspectiva mira la conducta desde sus resultados o efectos. Se evalúa si la conducta del ciudadano produjo o no el estado de cosas ordenado. La segunda está centrada en la conducta, tanto en la calidad de la deliberación como en las medidas adoptadas al momento del cumplimiento de la norma[354]. Mientras que, a la luz de las reglas de acción, las autoridades evalúan si la conducta se dio o no.

La distinción entre reglas de fin y reglas de acción se puede trasladar a los modelos de RCE para comprender tanto las normas abiertas como las cerradas y su evaluación por parte de las autoridades jurídicas. En los modelos de RCE, las normas abiertas serían normas de fin que pueden atribuir obligaciones de resultado o de medio. Las obligaciones de resultado obligan a alcanzar el fin de no dañar en cierto contexto, especialmente contextos con actividades u objetos riesgosos o peligrosos. Bajo estas obligaciones, los medios que el sujeto seleccione no tienen relevancia jurídica. Los jueces sólo evaluarán si el estado de cosas ordenado se ha satisfecho por el sujeto obligado, si se puede conectar con su esfera gracias a algún principio de causalidad.

Por contraste, las obligaciones de medio asignan los deberes de utilizar medidas razonables para no dañar y de no dañar con conductas culposas o negligentes. Al aplicar

[352] (Lifante Vidal 2020, 10).
[353] (f. Schauer 2013, 197).
[354] Lifante sostiene que, en el cumplimiento de obligaciones de este tipo, el sujeto debe seguir las razones finalistas a su disposición. Estas razones tienen un carácter fáctico (dependen de una relación causal), están orientadas hacia el futuro y presentan un aspecto de gradualidad (Lifante Vidal 2020, 10) . Oberdiek comparte una visión similar al argumentar que los deberes de diligencia ordenan la reducción del riesgo moralmente relevante (Oberdiek, The Wrong in Negligence 2021). Este riesgo, según Oberdiek, debería definirse como la creencia del sujeto de que su comportamiento puede causar un daño, basada en evidencias que, en ocasiones, incluyen juicios probabilísticos (Oberdiek, Imposing risk. A normative framework 2017, 37).

estas normas, una vez el estado de cosas no deseado se alcanza, los jueces decidirán si las elecciones del sujeto a la luz de las razones finalistas que tenía disponibles al momento de actuar fueron correctas. En otras palabras, evaluará si la omisión de esas precauciones causó un daño y de qué magnitud. A la luz de estas obligaciones, los medios que el sujeto seleccione tienen relevancia jurídica, pues unos son obligatorios y otros prohibidos. De acuerdo con Papayannis, se podría decir que las primeras son reglas de fin en sentido estricto, mientras las segundas son reglas de fin en sentido débil[355]. Para expresarlo con claridad, se asumirá que la diferencia entre obligaciones de medio y de resultado está en la forma como su cumplimiento es evaluado por las autoridades judiciales.

Asimismo, en los modelos de RCE, se encuentran normas cerradas que pueden comprenderse a la luz de esta teoría del derecho como reglas de acción, que cada vez que se dan las circunstancias de su aplicación, generan la obligación de desarrollar una conducta específica en un ámbito concreto, y que se evalúan binariamente, calificando si el comportamiento se ha realizado o no. Bajo estas reglas, el legislador se encarga exhaustivamente de definir las acciones a desarrollar, el sujeto de seguirlas y los jueces de evaluarlas, si se ejecutaron o no.

c. Reconstrucción de las normas de los regímenes de responsabilidad

Hasta ahora se ha dicho que los regímenes de responsabilidad subjetivos se componen de normas abiertas que atribuyen obligaciones de medios —deberes de no dañar con culpa y estándares genéricos de diligencia— y de normas cerradas que establecen estándares específicos de comportamiento. Además, se ha dicho que los regímenes objetivos están integrados por normas abiertas que establecen deberes de resultado. Todas estas normas primarias de comportamiento pretenden guiar al sujeto para que delibere e identifique las acciones que lo conducirán de forma más probable a alcanzar un estado de cosas en el que no daña de ciertos modos. En esta sección, se sustentarán estas afirmaciones con algunos ejemplos y se abundará en las razones para aceptarlas,

[355] (D. M. Papayannis, Estándares de diligencia genéricos y específicos: razones para la acción y deberes en conflicto 2022, Nota 6).

especialmente para aceptar que los regímenes objetivos de responsabilidad tienen estas normas.

En los regímenes subjetivos, algunas veces, las autoridades profieren normas abiertas en las que no se precisa la acción diligente o el debido cuidado que debe seguir el sujeto, esto es algún tipo de precaución concreta. Tanto los deberes de reparación de los daños causados con culpa, como los deberes de no dañar con culpa, y los estándares genéricos de diligencia no determinan específicamente una acción a seguir. Estos últimos, por ejemplo, ordenan comportarse como una persona razonable, como un arquitecto diligente, como un ingeniero prudente o como una médica experta. En ese sentido, todas estas normas guían al sujeto a implementar aquellas conductas que sean adecuadas para el caso, lo que los lleva a realizar un juicio de razonabilidad en cada circunstancia en las que la norma aplica respecto del comportamiento diligente. Al evaluar al sujeto, el juez analizará las razones que éste tenía a su disposición y si adoptó todas las medidas adecuadas para evitar el resultado lesivo.

En otras ocasiones, en estos regímenes subjetivos, las autoridades profieren normas cerradas que indican un comportamiento plenamente determinado o exhaustivamente regulado en el ámbito de la arquitectura, ingeniería o medicina, ámbitos que son definidos con ayuda de las normas hipotéticas. En la jurisprudencia, en materia civil, se encuentran sentencias que indican los pasos que cierto tratamiento médico debe cumplir[356], o prohíben la práctica de un procedimiento específico[357], u ordenan entregar un consentimiento informado con ciertas características[358]. Todas estas normas podrían

[356] Una buena muestra es la sentencia del 24/08/2016, en la cual la Corte Suprema de Justicia colombiana estudia la negligencia de una clínica, al no prestar una atención médica diligente que permitiera detectar la apendicitis aguda con absceso y peritonitis localizada. Una de sus conclusiones es que hubo negligencia por parte de la atención que brinda la institución, pues la anamnesis debía prestarse de una forma determinada sin que estuviera probado que así se hizo. La alta Corte dice expresamente: «El examen físico debe tener una secuencia de inspección, palpación, percusión y auscultación. Será metódico y meticuloso, el cual debe incluir el examen rectal y pélvico» (SC13925-2016 2016).

[357] Ejemplos de estas normas son distintos fallos de la Corte Suprema de Justicia colombiana donde se establecen reglas específicas de diligencia. i.e. la sentencia del 05/10/2021 donde se declara responsable a un médico por el fallecimiento de paciente que se somete a procedimiento quirúrgico que no cuenta «con el respaldo de la comunidad científica- para el control de la obesidad, denominado “surset gástrico de Sales”». (SC4425-2021 2021). En este caso la sentencia introduce una prohibición que no se encontraba en el modelo de RCE previamente. Ahora, lo anterior no significa que siempre que se produce una sentencia en uno de estos campos necesariamente se crea una norma específica o que estás reglas operen tal cual las normas que son creadas por el legislador.

[358] En Colombia se pueden encontrar distintas reglas en la jurisprudencia y en reglamentos del sector salud

entenderse en los términos que se están expresando como normas hipotéticas en cuanto a sus condiciones de aplicación y cerradas en torno a la descripción de la conducta.

En los reglamentos también se encuentran normas cerradas, como se ve en los reglamentos de tránsito, de construcción o de ingeniería. Dichas disposiciones indican ciertos comportamientos obligatorios o prohibidos en estas circunstancias. Al ocurrir un daño interpersonal, los jueces o cualquier otro intérprete pueden utilizar estas disposiciones para interpretar una norma primaria de comportamiento presente en el modelo de RCE. Dicha norma sería hipotética con una conducta de cautela específicamente definida para evitar dañar a sus pares en un ámbito concreto.

En los regímenes objetivos de RCE, por otro lado, es sencillo encontrar normas que se clasificarían cómodamente como normas abiertas. Dichas normas imponen el deber de alcanzar ciertos resultados en determinadas actividades o bajo ciertas condiciones. En este sentido, el sujeto deberá deliberar en cada circunstancia en la que la norma aplique para determinar la conducta que hará más probable alcanzar el estado de cosas ordenado: evitar dañar. Una de las razones para justificar el uso de esta técnica normativa es que la autoridad carece de información relevante sobre los comportamientos potencialmente dañinos, mientras que es más probable que los sujetos obligados dispongan de dicha información. En estos casos, al igual que con las normas abiertas en los regímenes subjetivos, se guía mejor a los ciudadanos al dejar parte de la deliberación en sus manos[359].

Ejemplos de normas abiertas en los regímenes objetivos de RCE se encuentran tanto en el *civil law* como en el *common law*. Usualmente, hay normas primarias de comportamiento que prohíben las consecuencias dañinas de una actividad riesgosa, considerándose que estas consecuencias pertenecen a la esfera del demandado. Igualmente, se hallan normas del mismo tipo que atribuyen al demandado el deber de

---

que regulan con mayor grado de precisión el contenido de este acto de comunicación, así como su aceptación. Al respecto se pueden consultar (C-182 de 2016) para el caso del consentimiento de personas en condiciones de discapacidad.

[359] Siguiendo a Papayannis: «En contraste, cuando la información relevante no está en manos del legislador y la deliberación no excede las posibilidades de los destinatarios de las normas, entonces, el legislador reconoce sus límites y "delega" en cada persona la decisión de qué hacer en esas circunstancias» (Raz, 1986, pp. 47-53).

evitar el daño debido a una condición particular, como ser el padre o empleador de quien ha causado el daño. Ambos tipos de normas asignan el deber de garantizar un estado de cosas definido sin hacer referencia a los comportamientos específicos del sujeto obligado que evitarían tales consecuencias[360].

En virtud de lo anterior, se puede afirmar que no es tan sencillo clasificar una norma como cerrada en virtud de su contenido en los regímenes objetivos. Estos regímenes de responsabilidad regulan las consecuencias de las acciones humanas en ciertas circunstancias, determinando que están prohibidas o son obligatorias. En este sentido, resulta complejo que la autoridad establezca de forma más específica los comportamientos que desencadenarán dichas consecuencias, aquellos que el sujeto debe evitar intencionalmente. De hecho, parece que siempre que la razón normativa aplique —es decir, cuando se deba implementar un régimen objetivo— lo mejor que puede hacer el legislador (o excepcionalmente los jueces) es regular genéricamente el actuar de los ciudadanos a través de normas abiertas que califican normativamente ciertos estados de cosas que estos sujetos deben alcanzar. Así, si las autoridades quisieran guiar de forma más concreta el comportamiento de los ciudadanos podrían precisar el ámbito de estos deberes de resultado o podrían utilizar condiciones de aplicación hipotéticas, pero esta decisión resultaría en normas más específicas, no produciría normas cerradas en cuanto a su contenido. Se dirá que en ciertos ámbitos no se debe dañar con riesgo, por ejemplo, en la construcción, distribución de electricidad, demolición, manejo de automóviles, etc. Se sostendría que estas normas son más específicas en cuanto a sus circunstancias, no en lo referente a su contenido.

Sin perjuicio de lo anterior, una forma de sostener que en los regímenes objetivos hay reglas más específicas respecto a su contenido sería centrarse en la consecuencia de la acción humana que la autoridad normativa considera relevante. La palabra “daño”, en los modelos de RCE, es un concepto evaluativo que puede ser más o menos amplio. Autores como Vargas Tinoco lo definen a través de una reconstrucción de un debate

[360] Entre otras reconstrucciones de este tipo de los regímenes objetivos: (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019), (D. M. Papayannis, Responsabilidad civil (concepto) 2021). Otros autores, en cambio, consideran que la responsabilidad es estricta, que no se fundamenta en el incumplimiento de algún deber (Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I. 2020, 469) y (Keating, Reasonableness and Risk: Right and Responsibility in the Law of Torts 2022).

entre dos nociones de daño. Aquellas que ponen su acento en una comparación lo hacen al reconocer la importancia de la interacción personal para las distinciones relevantes, mientras que aquellas basadas en las condiciones de los sujetos destacan un estado individual ideal. La propuesta de Vargas Tinoco es integrar ambos enfoques a la luz de los valores de respeto y de autonomía. Para él, en el marco de los modelos de RCE, contaría como "daño" todo aquello que proviene del incumplimiento de deberes interpersonales cuyo fundamento es el mutuo reconocimiento, y que reduce las opciones y medios disponibles para perseguir un proyecto de vida[361].

De tal suerte, en determinada actividad o bajo cierta condición, si una autoridad establece una norma que indica que solo la afectación a determinadas opciones o medios disponibles será susceptible de ser calificada como el incumplimiento de una obligación de resultado impuesta bajo un régimen objetivo de responsabilidad, esta regla será más específica en cuanto al contenido que una que sencillamente hace referencia a un daño en general. Por ejemplo, si la autoridad establece que en el marco de la actividad de distribución de energía los daños a la salud y a la vida se regularán bajo un régimen objetivo de responsabilidad, mientras que los demás daños estarán regidos por un régimen subjetivo de responsabilidad. De esta forma, aunque la autoridad normativa no enumere los comportamientos que el sujeto puede realizar para adecuarse al contendido de la norma, se podrá decir que la anterior norma es más específica que una que ordena que dicho régimen de responsabilidad se aplique a los daños en general que se causen con esta actividad riesgosa.

2. El contenido de las normas: ¿consecuencias, precios o comportamientos?

La clasificación entre normas abiertas y cerradas en los modelos de RCE hace referencia al tipo de comportamientos que permiten evaluar que estas normas se han cumplido. Por un lado, la dogmática tradicional afirma que, en los regímenes objetivos, las normas primarias de RCE hacen referencia fundamentalmente a consecuencias que el sujeto debe evitar, no a comportamientos específicos; mientras lo opuesto se dice de los

[361] (Vargas Tinoco, Tesis doctoral. Más allá de una indemnización: autnomía y respeto en la responsabilidad civil 2020, 66)

regímenes subjetivos. Interpretaciones de este tipo permiten explicar de forma pedagógica la regulación del comportamiento humano a través de estas normas abiertas. Sin perjuicio de ello, la distinción entre comportamientos y consecuencias de la conducta ofrece muchas dificultades. Por otro, algunas interpretaciones de los regímenes objetivos consideran que estos realmente están asignándole precios al actuar humano, antes que exigir un tipo de conducta determinada. Pero las razones para esta lectura no parecen muy sólidas.

En los regímenes objetivos, las normas primarias de comportamiento indican un estado de cosas que el individuo debe alcanzar, obligándolo a deliberar y seleccionar aquellas conductas que hagan más probable ese resultado. Estas no requieren jurídicamente una conducta específica por parte del individuo, definida a través de condiciones de tiempo, lugar, persona o modo. Por ejemplo, ordenándole al médico manifestar los riesgos de forma clara, precisa y comprensible antes de practicar cualquier procedimiento, esperando la aceptación del paciente, para que evite dañar su autonomía y dominio sobre su integridad fisiológica. Justo por lo anterior, el buen ciudadano no puede garantizar que cumplirá con el contenido de una norma primaria de comportamiento perteneciente a estos regímenes, que alcanzará ese estado de cosas deseado. Lo máximo que se puede esperar razonablemente de él es que controle su comportamiento para aumentar la probabilidad de alcanzar ese estado de cosas, aunque hay aspectos del resultado que no están bajo su control, especialmente si se embarca en una actividad o condición regulada por la norma, como las actividades riesgosas o la condición de ser padre o empleador de otro sujeto. Lo que no quiere decir que a la luz de las normas que componen los regímenes objetivos de responsabilidad no esté justificado atribuirle al ciudadano las consecuencias disvaliosas que se le exige evitar. Aunque este último argumento normativo no se explorará en esta sección[362].

a. Comportamientos o consecuencias

En la sección 1, al describir la posición dogmática en torno a la guía que ofrece la RCE, se dijo que esta sostiene que la RCE guía principalmente hacia la reparación cuando los

[362] Dos argumentos que justifican la responsabilidad y las obligaciones civiles por las consecuencias de la acción se encuentran en (Honore 2014) y en (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019).

resultados o consecuencias de su acción se consideran disvaliosos, en el régimen objetivo; o cuando el sujeto se ha comportado de forma reprochable, en el régimen subjetivo. Sobre este punto, Barros afirma que «mientras la responsabilidad estricta u objetiva atiende a las *consecuencias* que se siguen causalmente de la acción, bajo un estatuto de responsabilidad por culpa solo se responde si, además, la *conducta* de quien provoca el daño es susceptible de un juicio negativo de valor»[363].

Como se ve, distinguir entre comportamientos y consecuencias es uno de los fundamentos de una de las tesis accesorias a la posición dogmática sobre la reparación. Dicha tesis sostiene, entre otras cosas, que en los regímenes objetivos no se reprocha nada al ciudadano incumplidor y que dichos regímenes no ofrecen ninguna guía de comportamiento previa al daño. Bajo los regímenes objetivos «es indiferente [...] todo juicio de valor acerca de la conducta del demandado. Atendidas las circunstancias, *el hecho puede ser tenido per se por injusto,* con prescindencia de si el demandado obró con culpa»[364].

Una de las formas en la que estos dogmáticos sostienen que los ciudadanos no hacen nada incorrecto cuando a la luz de los regímenes objetivos se les atribuye responsabilidad civil está en el análisis que hacen de la adjudicación judicial de sus normas abiertas, por contraste con la adjudicación que se hace de esta misma clase de normas en los regímenes subjetivos. En esta teoría, bajo un régimen subjetivo, las normas abiertas que exigen la diligencia de una persona razonable se utilizan para concretar comportamientos o conductas *ex ante* que los sujetos no debieron realizar, lo que no sucede en los regímenes objetivos. Por ello, se indica que en el régimen subjetivos «a la jurisprudencia corresponde precisar paso a paso los deberes más concretos que responden típicamente al modelo general de conducta. Por eso, aunque el estándar de cuidado es abstracto (la persona diligente y razonable), su *determinación se efectúa en concreto*»[365] . En últimas, «los factores subjetivos […] se apoyan en la reprochabilidad de la conducta del dañador»[366]. Mientras que «los factores objetivos

[363] (Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I. 2020, 81).
[364] (Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I. 2020, 478).
[365] (Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I. 2020, 113).
[366] (Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I. 2020, 622).

constituyen un catálogo abierto que tienen como denominador común que prescinden del análisis de la conducta del causante del daño»[367].

Tal vez la intuición que lleva a estos dogmáticos a sostener que el régimen subjetivo regula los comportamientos, mientras que el objetivo no lo hace directamente, sino que regula sus consecuencias, está asociada con la posibilidad del ciudadano de ajustarse intencionalmente al contenido de la norma, de seguir sus mandatos controlando constantemente su conducta. Se podría decir que esta es una preocupación por el ideal del Estado de derecho, que encuentra una de sus instancias en la expectativa de que las normas sean claras, que sus términos expresen a los destinatarios de las prescripciones las conductas más o menos precisas que deberán seguir si quieren evitar las consecuencias de su incumplimiento y que ellos decidan deliberadamente seguirlas[368]. Una preocupación que podría extenderse a todas las normas abiertas de RCE, incluidas aquellas que establecen deberes de medio: los estándares de diligencia. En virtud de dicha preocupación, se puede entender que esta tesis accesoria a la posición dogmática que se explica en la sección 1 se basa en la imposibilidad de un sujeto de garantizar un comportamiento que cumpla con el contenido exigido por las normas abiertas que componen los distintos regímenes en los modelos de RCE, especialmente de aquellos regímenes objetivos. El buen ciudadano no podrá garantizar el cumplimiento de dichas normas abiertas de medio o de resultado, en uso de su autonomía. Por tanto, poca orientación le ofrecen los deberes de resultado para actuar correctamente.

---

[367] (Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I. 2020, 620-621).

[368] En la RCE, se ha debatido si las normas de un régimen objetivo se ajustan al ideal del Estado de derecho. Una reconstrucción de esta discusión se encuentra en (Gardner, Some rule-of-law anxieties about strict liability in private law 2019). En su texto, Gardner examina las inquietudes de Stephen Smith sobre la eficiencia y claridad del derecho en la aplicación de la responsabilidad objetiva. Smith argumenta que la falta de claridad en las reglas de responsabilidad estricta puede llevar a ineficiencias, ya que estos deberes no solo imponen resultados sino también todos los pasos necesarios para evitarlos, lo que puede desincentivar conductas beneficiosas y legitimas (Smith, Strict Duties and the Rule of Law 2015, 188 y ss). Gardner, por su parte, sostiene que la responsabilidad objetiva no exige un cuidado extremo en el cumplimiento de una obligación de comportamiento, sino alcanzar un resultado en un determinado ámbito. Según Gardner, esta decisión normativa puede ser eficiente si se enmarca en actividades específicas, permitiendo a los sujetos tomar un cuidado óptimo sin preocuparse por medidas extremas para cumplir con el deber, lo que sería irracional. En responsabilidad civil extracontractual se ha discutido si las normas que pertenecen a un régimen objetivo se ajustan o no al ideal del Estado de derecho. En similar sentido, Brudner & Nadler discuten la justificación de las obligaciones de resultado, porque consideran que son demasiado restrictivas de la conducta humana al exigir una diligencia tan alta, que anula la acción humana, de forma contraria al Estado de derecho (The Unity of the common law 2013, 190).

A la luz de la explicación anterior de la tesis dogmática, esta sostiene que no se podría decir que el comportamiento es injusto civilmente, siempre que haya un compromiso con esta idea de Estado de derecho, dado que no es posible conocer previamente lo que se debía hacer o al menos determinarlo[369]. Frente a este punto, el debate dogmático se divide en dos corrientes[370]. Una corriente dice que, si la antijuridicidad en la RCE se ubica en los comportamientos, entonces, deben encontrarse otras justificaciones para los regímenes objetivos y para los regímenes subjetivos que no apelan a la reprochabilidad del comportamiento injusto del ciudadano, como aquellos que atribuyen responsabilidad por los productos defectuosos en virtud de la expectativa razonable de los consumidores[371].

Otra corriente dogmática considera que tal argumento demuestra que para la RCE la antijuridicidad está en el resultado y que indicarles a las posibles víctimas que se les reparará implica que el Estado de derecho no solo está interesado en la predictibilidad de las posibles responsabilidades, sino también en cuán previsible es que los intereses o los derechos fundamentales queden salvaguardados del daño, gracias a los deberes de comportamiento y de reparación[372].

El interés en la anterior discusión, que gira en torno al rol de la antijuridicidad en la responsabilidad civil y su relación con la idea de Estado de derecho, es apenas tangencial. Aquí importa argumentar que la distinción entre comportamientos y consecuencias es meramente pedagógica, porque, en realidad, los agentes tienen un grado de control sobre los efectos de su acción en el mundo. Por ello, cuando la RCE

[369] Aquí no me interesa discutir si es necesario que haya antijuridicidad para atribuir responsabilidad en los modelos de RCE; asumiré que no. Tal como se puede concluir de los regímenes de responsabilidad por acciones justificadas, en el sentido que se explicó en el capítulo 1. Aquí se converge con lo defendido por Papayannis, quien argumenta que el legislador puede elegir que exista o no un deber de reparar los daños justificados, sin dejar irreconocible lo que se entiende por RCE, pues la antijuridicidad es un requisito contingente de tal idea en general (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 183). Por tanto, un argumento que considere que un modelo de RCE que atribuya responsabilidad sin antijuridicidad es ilegítimo, parece que sería un argumento en contra de toda la idea de RCE, interpretada como una práctica de justicia correctiva.

[370] García-Ripoll Montijano hace una reconstrucción sobre este debate en la dogmática española se encuentra en ha debatido si la antijuridicidad se refiere a la conducta del agente o su resultado, es decir, al daño (García-Ripoll Montijano 2013, 1517).

[371] Una explicación de la responsabilidad por productos defectuosos fundamentadas en la expectativa del consumidor (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, Chp. 10).

[372] Una defensa sobre otras nociones de seguridad jurídica y estado de derecho en (Lifante Vidal 2020).

regula ciertos comportamientos y sus consecuencias, está regulando la acción humana, solo que hace referencia a diversas formas de entenderla. En el marco de la RCE, del derecho en general, y de otras áreas del razonamiento práctico, se les pueden atribuir a los distintos agentes acciones basadas en los efectos de su conducta, sea esta intencional o no. Explicar esto es un paso fundamental en un argumento que justifique la responsabilidad en virtud de las consecuencias. Como se verá, la respuesta a la pregunta por la naturaleza de la acción humana difícilmente la desconectaría de sus efectos o consecuencias en el mundo.

b. Comportamientos o precios

La comprensión adecuada de la guía proporcionada por los modelos de RCE a los ciudadanos requiere demostrar cómo los deberes primarios asignados por estos modelos operan en el razonamiento práctico de los agentes al decidir actuar. Una propuesta interpretativa alternativa ha sido negar que en los regímenes de responsabilidad se regulan comportamientos humanos, sino que estos asignan precios por el actuar.

Hasta ahora, se ha señalado que la autoridad emite normas abiertas para imponer obligaciones de medio o de resultado en ambos regímenes de responsabilidad. Estas normas primarias aparentemente no especifican comportamientos debidos o prohibidos; es decir, no describen de forma precisa una acción humana ordenada al momento del posible incumplimiento. Por ello, podría cuestionarse su utilidad para que los ciudadanos identifiquen qué comportamientos son correctos o jurídicamente apropiados.

En los regímenes objetivos, algunos teóricos negarían que las obligaciones de resultado ordenan acciones humanas específicas. Para ellos, dichas normas se parecen más a precios por las acciones. Este argumento en contra de estas obligaciones de resultado se fundamenta en la aparente imposibilidad de cumplir voluntaria o intencionalmente con estos deberes.

Considérese una empresa de elaboración de cemento. A pesar de que quienes ejecutan la actividad tomen todas las precauciones posibles, los residuos inevitablemente causarán cáncer a alguien. Esta es una razón para que las autoridades regulen el caso con responsabilidad objetiva, porque contribuye a cumplir la función de compensar a las víctimas en la mayoría de las ocasiones. Los jueces que aplican dichas normas a un

caso concreto —esas obligaciones de resultado incumplidas— no necesitan determinar un comportamiento específico que dicha empresa debía haber realizado antes del daño. Si se les exigiera a estos funcionarios tal tarea intelectual para exigir responsabilidad y compensación, el contrafactual que tendrían que argumentar sería inviable. En este tipo de actividades no se puede establecer qué acción no realizada habría evitado el daño. Lo máximo que lograrían argumentar sería: "si no hubiese realizado la actividad, esta persona no se habría enfermado de cáncer". Por ello, la decisión de regular estos casos con responsabilidad objetiva parece asemejarse más a un impuesto que a un deber de conducta; parece que se pone un precio a la acción y no se la prohíbe u obliga. Ese precio es la responsabilidad por el daño causado. Por ejemplo, Goldberg & Zipursky consideran que la responsabilidad objetiva, así entendida, es excepcional y es equiparable a una licencia entregada por el Estado a ciertos sujetos para actuar y excepcionalmente causar daño, reparándolo[373]. Otra forma de argumentar el mismo punto sería sostener, como hace Keating, que dichos deberes realmente reprochan la ausencia de reparación del daño razonablemente causado[374].

Desde el anterior punto de vista se dice que los buenos ciudadanos involucrados en estas empresas solo les quedará lamentar lo ocurrido por ciertos residuos morales de dichos efectos de su agencia en el mundo sin considerar qué más podrían haber hecho. Su actividad es lícita y necesaria para las sociedades modernas. En última instancia, exigirles que no dañen sería un deber que nadie podría garantizar que cumplirá. Por tanto, en estos regímenes, solo se podría interpretar que hay responsabilidades, no

[373] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 190-191).

[374] Keating considera que los deberes de comportamiento tienen prioridad lógica y normativa frente a los deberes de reparación en los modelos de RCE. Justo por ello, es extraña su descripción de los regímenes de responsabilidad objetiva o estricta en el *common law* estadounidense moderno. Para él, en los casos de responsabilidad por daños causados por actividades que, aunque lícitas, son anormalmente peligrosas, productos con defectos, ciertos casos de molestias (*nuisance*) o situaciones de necesidad (*necessity*), las partes no están obligadas a evitar causar daño, sino a reparar el daño generado en tales circunstancias. En sus palabras, el injusto civil es «no reparar injustificadamente el daño justificada y justificadamente infligido» (Keating, Reasonableness and Risk: Right and Responsibility in the Law of Torts 2022, 55). En este punto Keating parece defender una tesis interpretativa de estos deberes que es contaría a su compresión general de la RCE. Una crítica en el mismo sentido a Keating (D. M. Papayannis, Tort Law without Interpersonal Justice: A Comment on Gregory Keating's "Reasonableness and Risk" Proxima publicación).

deberes primarios de conducta. En estos casos se dirá que el buen ciudadano cuando es responsable a la luz de un régimen objetivo debe pagar un precio por haber actuado.

El anterior argumento se puede reconstruir como una crítica a la alta exigencia de los deberes primarios establecidos en el marco de los regímenes objetivos de responsabilidad. Dado que el sujeto debe evitar ese estado de cosas en el que no se daña y no puede identificar ni controlar todas las cadenas causales que desembocarán en esa consecuencia, será irrazonable que tome todas las precauciones que le permitan cumplir con el contenido de la norma. Por ejemplo, no volver a salir de casa. En últimas, se diría que este es un deber de comportamiento muy exigente, tal vez injustificado. En cambio, si se interpreta que estos regímenes exigen que se pague el precio cuando se instancia ese estado de cosas, esta responsabilidad parece razonable. El ciudadano valorará todos los costos y se embargará en la empresa si le es rentable.

El problema con la anterior crítica es que aplica para la mayoría de las normas primarias de los modelos de RCE. En otras palabras, sostener que ciertos ciudadanos no pueden garantizar que cumplirán con una norma que exige un estado de cosas sería una afirmación que en parte es aplicable a todos los deberes de comportamiento en los modelos de RCE, sólo que a unos les será aplicable en un grado mayor.

Piénsese que en el régimen subjetivo algunos estándares de conducta genéricos y específicos están muy por encima de las capacidades o posibilidades de algunos sujetos de carne y hueso. En muchas ocasiones, al adjudicar estas normas de comportamiento, los jueces encuentran precauciones que el ciudadano en concreto no podría haber determinado *ex ante*, aun con la motivación adecuada, con su buena voluntad, pues quizá carecía de la capacidad o las condiciones para identificarlas. A pesar de la alta exigencia de este deber, no se diría que estos estándares establecen para esos ciudadanos incapaces de cumplir con ellos un deber similar a los impuestos o un precio por la acción[375]. Por contraste, se dirá que debían haber actuado de una forma diferente

[375] Respecto la alta exigencia de los estándares de conducta objetivos en los modelos de RCE (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 177 y ss) y (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019, 142).

y que dado que no lo hicieron ahora deben declararse responsables de los efectos lesivos de su acción incorrecta.

Aún más importante, casi todos los deberes en los modelos de RCE exigen el daño como requisito para atribuir responsabilidad o cualquier tipo de consecuencia jurídica, sin importar el régimen. En estos casos, las obligaciones de RCE exigen un estado de cosas que parece caer fuera del total control del sujeto, de aquello que intentaba, *i.e.* un efecto de su agencia en el mundo. Sin que se diga que por esta alta exigencia de los deberes de RCE, estos establecen precios. Nuevamente en estos casos se sostiene justificadamente que dichas normas exigen verdaderas obligaciones de comportamiento, que se refieren a acciones humanas que se debían haber realizado.

De hecho, al analizar los deberes de no dañar con culpa en los regímenes subjetivos, Gardner indica que estos deberes exigen una mixtura entre estándares de comportamiento y consecuencias dañosas[376]. Por ejemplo, las normas que prohíben dañar con culpa requieren para ser aplicables que la acción del sujeto sea culpable y dañosa, no basta sólo con su negligencia, sino causa un daño. Su preocupación por este efecto dañoso, que no está totalmente bajo el control del agente, no implica que dejen de regular acciones humanas. En otras palabras, no implica que dejen de calificarlas deónticamente como prohibidas o permitidas.

3. Comportamientos y diversos sentidos de la acción humana

Los regímenes de responsabilidad —subjetivo y objetivo— no se refieren a consecuencias o a precios, sino a comportamientos que los ciudadanos deben realizar

[376] Esta descripción resulta coherente con la naturaleza bilateral de estos deberes, es decir, su correlación directa con los derechos de las víctimas. En este sentido, Gardner señala que dichos deberes implican una relación interdependiente entre el daño y la responsabilidad (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019, 147-148) , (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 58-59). Ideas similares han sido desarrolladas por diversos autores. Goldberg y Zipursky los describen como deberes bilaterales injustos que requieren la existencia de un daño para activarse (Recognizing wrongs 2020, 183-198). Por su parte, Weinrib y Ripstein entienden estos deberes como una secuencia lógica que inicia con el potencial dañino inherente a un acto injusto y riesgoso del demandado —reflejado en el deber de cuidado razonable que, al ser incumplido, constituye culpa— y culmina en el menoscabo de los intereses del demandante, lo que explica los requisitos de causalidad próxima y daño (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 197-199) (Ripstein, Private Wrongs 2016, 88-89). Por último, Papayannis analiza estos deberes en términos de derechos y deberes de indemnidad, destacando que se originan en el perjuicio sufrido por la víctima debido a la violación de su derecho, causado por un comportamiento injusto que el victimario no debió ejecutar (D. M. Papayannis, Derechos y deberes de indemnidad 2013).

para proteger los intereses y derechos fundamentales de los demás. Así, las normas de ambos regímenes se refieren a la acción humana entendida en sentidos diferentes. Dichos sentidos pueden utilizarse para reconstruir las reglas que componen los regímenes de responsabilidad.

a. Diversos sentidos de la acción humana

En los modelos de RCE, las normas se refieren a la acción humana en un sentido amplio, al prohibir, imponer o permitir ciertos comportamientos. Para precisar este concepto y distinguir los distintos sentidos en que se utiliza según el régimen de responsabilidad, puede acudirse a desarrollos filosóficos sobre la noción de acción. En esta línea, González Lagier ha propuesto una clasificación tripartita del concepto de "acción humana", basada en referencias a la voluntad y a las intenciones del agente[377]. La elección de un sentido u otro depende del contexto, de los fines de la descripción y del tipo de norma que regula el acto en cuestión.

El concepto de "acción humana" ha sido ampliamente elucidado y, en algunas ocasiones, resulta paradójico[378]. ¿Por qué, en algunos casos, la misma acción puede describirse de tantas formas? Gavrilo Princip movió sus dedos, disparó un arma, mató a alguien, e inició la Primera Guerra Mundial. Todas estas acciones parecen distintas, pero fueron realizadas por la misma persona con los mismos movimientos corporales. ¿Cómo es posible que ocurra este "efecto acordeón" de las acciones? González Lagier ha intentado superar esta ambigüedad del término definiéndolo como un todo compuesto por tres aspectos distintos que se utilizan con diferentes significados[379]. "Acción" puede entenderse como un acto básico o una acción voluntaria, refiriéndose a los movimientos corporales deseados por el sujeto, excluyendo sus actos reflejos, es decir, el movimiento de sus manos. También puede interpretarse como un acto-resultado o acción intencional, haciendo referencia a lo que el sujeto realiza intencionalmente al ejecutar dichos movimientos, es decir, su propósito con la acción y el cambio que busca generar en el mundo, como, por ejemplo, la muerte de otro sujeto. Finalmente, el último sentido se

[377] Al respecto, se puede consultar (González Lagier 2013).
[378] Una reconstrucción de los diferentes tipos de teorías y como al contraponerlas aparentemente se generan paradojas se encuentra en (González Lagier 2013).
[379] (González Lagier 2013, 113).

refiere a las consecuencias socialmente relevantes de los movimientos corporales intencionales que el agente no intentaba conseguir, es decir, al acto-consecuencia o a la acción no intencional[380]. En el caso de Princip, iniciar la Primera Guerra Mundial.

En la reconstrucción de González Lagier, la voluntad y la intención son dos nociones esenciales para entender los diversos sentidos del término "acción". Él entiende la voluntad como un estado mental con Intencionalidad y consciencia, que constituye la fase interna de la acción, y que ayuda a determinar su fase externa. La voluntad permite identificar cuando una acción básica no es un acto reflejo, sino que proviene del agente[381]. Se dice que el ciudadano P maneja voluntariamente su vehículo a 90km/h, mientras que si es asustado intempestivamente se sobresaltará y como un acto reflejo dará un volantazo. La intención, en cambio, implica una conexión conceptual entre la acción y su resultado, que permite identificarla[382]. Se dice que P maneja intencionalmente su vehículo hacía el trabajo, este es su acto-intencional. Aquí se puede distinguir entre dos sentidos de intención, la interna que apunta a un elemento psicológico que sólo el sujeto puede conocer, y la externa que señala a las conductas que desarrolla el sujeto y permiten a los terceros hacer una interpretación intencional de su acción[383]. La intención interna depende de una posición privilegiada de la persona que la forma, pero eso no evita que terceros atribuyan externamente intenciones a los actos de P. Su pareja, por ejemplo, al verlo tomar el carro en la mañana dirá que manejará hacía el trabajo, sin siquiera preguntarle. Finalmente, se dice que P atropelló a Q en su camino al trabajo, aun cuando no haya tenido intención de hacerlo, esta es una consecuencia no intencional de un acto voluntario, un acto-consecuencia[384].

b. Reconstrucción del contenido de las normas de los regímenes de responsabilidad

El denominado «efecto acordeón de la acción» también se observa en la RCE. Como se sostuvo, los distintos deberes de RCE se refieren a la acción humana en sentidos diferentes. De allí que utilizar los distintos sentidos del término "acción" permite

[380] (González Lagier 2013, 114).
[381] (González Lagier 2013, 141).
[382] (González Lagier 2013, 143-144).
[383] (González Lagier 2013, 144-147).
[384] (González Lagier 2013, 148-149).

interpretar de forma más sencilla el contenido de estas normas que componen los modelos de RCE y sus regímenes. Aquellas normas de comportamiento primarias que especifican una conducta sin permitir (ni, por implicación lógica, ordenar) indagar por las razones a favor o en contra de adoptar cierta precaución, las normas cerradas, demandarían un *acto básico* o *una acción voluntaria*. Aquí se hace referencia a los estándares de diligencia específicos. En cambio, las normas abiertas que establecen obligaciones de medio en los regímenes subjetivos obligan a realizar *actos intencionales*. Los estándares genéricos obligan a los sujetos a tomar intencionalmente las medidas necesarias para disminuir la probabilidad de dañar, para ser considerados diligentes. Por otro lado, en los regímenes objetivos, las normas abiertas que establecen obligaciones de resultado prohíben *actos consecuencia o no intencionales*. Por ejemplo, prohíben dañar en el marco de una actividad riesgosa. Lo mismo se puede decir de las obligaciones de reparación que no indican con precisión la forma para reparar. Estas normas abiertas ordenarían una *acción-consecuencia*. El sujeto debe reparar a la víctima o será coaccionado por la autoridad judicial para que lo haga.

El hecho de que algunas de las normas primarias de comportamiento que componen los regímenes subjetivos ordenen la realización de actos intencionales, como la ejecución de conductas diligentes que buscan reducir la probabilidad de un daño, no implica necesariamente que el incumplimiento o la negligencia sea intencional. En otras palabras, esto no significa que pueda atribuirse a un estado mental en el que un sujeto intencionalmente deja de tomar las precauciones razonables según el caso. Si los legisladores exigieran esto para determinar que un sujeto es negligente y atribuirle responsabilidad, la aplicación de estas normas sería inviable o, al menos, muy costosa. Como ha argumentado Rodríguez-Blanco, asumir una perspectiva de primera persona o deliberativa para rastrear un acto intencionalmente negligente parece paradójico, pues sólo aquella persona que conoce el deber, pero no logra formar la intención para cumplirlo por acrasia o debilidad de su voluntad estaría actuando, en sentido estricto, negligentemente. Si el sujeto incumple con el estándar de conducta de forma deliberada, estaría actuando dolosamente, o si no conocía el estándar de conducta o no intentaba actuar de la manera en que lo hizo, entonces se trata de un caso de inadvertencia, y la

negligencia no tendría ningún rol en explicar esa acción dañosa[385]. Así, de ser factible probar la acrasia, los costos probatorios para demostrar un estado mental de este tipo dejarían a las víctimas, en muchas ocasiones, sin compensación.

Una interpretación más canónica de las normas primarias que integran los regímenes subjetivos y que explica la negligencia en un sentido orientado a la compensación de las víctimas es la aproximación que asume la dogmática del derecho privado tradicionalmente. Bajo esta interpretación, se suele decir que el incumplimiento de estas obligaciones de medio, aquello que se denomina negligencia, hace referencia a estándares objetivos de comportamiento[386]. En general, esta atribución se realiza a través de normas que asignan deberes de comportamiento, los estándares objetivos de diligencia sean estos genéricos o específicos. Desde esta lectura de los regímenes subjetivos de responsabilidad, ninguna de las normas que los componen (los estándares de diligencia, los deberes de no dañar con culpa y los deberes de reparar el daño causado con culpa) se interesan por la intención del sujeto para considerarlo negligente. Así, los estándares específicos exigirían acciones básicas, que se evalúan según si ocurrieron o no. En cambio, los estándares genéricos de diligencia, los deberes de no dañar con culpa y los deberes de reparar el daño exigirían acciones-consecuencias. El sujeto debe realizar ciertas acciones que instancian los eventos esperados por la autoridad normativa, eventos que harán menos probable el daño. Tales acciones consecuencia deberían llevar al juez a calificar al demandado como diligente o culpable, sin importar la intención que tenía al momento de realizar dichas acciones. En esta lectura canónica, la negligencia sería el incumplimiento de obligaciones de diligencia definidas con relación a las consecuencias socialmente relevantes del actuar humano.

La interpretación canónica de los regímenes subjetivos se fundamenta en dos argumentos. El primero, sostiene que contar con la intención de no dañar y de tomar estándares de diligencia no es una condición suficiente para ser considerado diligente; tal calificación es impersonal u objetiva. Los regímenes subjetivos en los modelos de

[385] (Rodriguez-Blanco, 8. The Backward-Looking Puzzle of Responsibility in Negligence: Some Preliminary Thoughts for Understanding Inadvertent Actions 2021, 156-160).
[386] Respecto los estándares de diligencia entendidos en un sentido objetivo se puede observar (European Group on tort Law 2005, 65).

RCE le indican al juez que debe atribuir responsabilidad civil sin importar la intención del ciudadano, cuando este daña por no tomar las precauciones adecuadas. Así, algunos ciudadanos que carecen de las capacidades para alcanzar los estándares objetivos de conducta, incluso si contaran con la intención de no dañar a los demás, se considerarán negligentes y, a la luz de los modelos de RCE, se declararán responsables, si omiten las precauciones razonables y, por esa razón, causan daños.

El segundo argumento dice que esta intención tampoco es una condición necesaria para ser diligente, porque para que se considere que el sujeto fue diligente debe reducir el riesgo de daño efectivamente, al nivel razonable, tomando las precauciones apropiadas. Si lo hace, incluso si no estaba en absoluto preocupado o motivado por la reducción del riesgo, desde el punto de vista jurídico, se considerará diligente. En virtud de lo anterior, bajo las normas que utilizan conceptos de diligencia y negligencia, los resultados intencionales y dañosos de las acciones negligentes se miran idénticos a las consecuencias dañosas de las acciones que intentaron ser prudentes, pero fracasaron porque dejaron de implementar una determinada medida de precaución. Si es previsible que una acción desarrollada sin tomar ciertas precauciones generará un riesgo, una vez el daño se instancie, no se analizará si el sujeto contaba con la intención de evitar esos daños para considerar que no fue diligente, esto es, negligente.

En virtud de lo anterior, bajo la reconstrucción que se hace aquí de la interpretación canónica, las obligaciones de medio harían referencia también a acciones-consecuencia[387]. En estas obligaciones, la intención es inocua o irrelevante. Si es así, en el marco de un proceso judicial, los jueces evaluarán el comportamiento del sujeto de acuerdo con lo previsible que era que causara un determinado daño al momento de realizarlo. Pues la previsibilidad de la acción es lo que se ha calificado como una consecuencia socialmente relevante. Piénsese en un sujeto que estaba distraído discutiendo con su pareja, pero maneja a la velocidad exigida en el caso concreto, de manera que cumple con el estándar de diligencia por pura suerte[388]. Bajo esta perspectiva, en este caso, una autoridad debería concluir que el sujeto cumplió con los

[387] (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019, 141).
[388] (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019, 143).

estándares de conducta, ergo, que fue diligente. Bajo los dos argumentos que esta interpretación canónica sostiene, los dos regímenes de responsabilidad colapsarían, ya que ambos atribuirían acciones-consecuencia; en ultimas en ambos habría obligaciones de resultado.

Sin embargo, siguiendo a Gardner, considero que existen razones para no aceptar la interpretación canónica. En primer lugar, que un sujeto tenga la intención de no causar daño, pero que no logre alcanzar el estándar de conducta en un caso particular debido a la insuficiencia de sus capacidades, no es un argumento sólido para sostener que la obligación que debe cumplir es de resultado, es decir, que demanda un acto-consecuencia. Como señala Gardner, esta razón «solo sirve para demostrar que se trata de una obligación de medio, que exige intentar con mayor esfuerzo (más tenazmente) del que el sujeto es capaz de ejecutar»[389]. Lo que define una obligación de medio es independiente de las capacidades del sujeto para cumplirla. Una distinción se puede trazar entre obligaciones que dependen de la capacidad del sujeto de cumplirlas y aquellas que no dependen de esta capacidad, aplicable tanto a las obligaciones de medio como a las de resultado. Así, la falta de capacidad para cumplir con una obligación no exime de la obligación de intentarlo, de tener la intención de ajustarse a su contenido, especialmente si esta incapacidad se debe a una falta de diligencia o esfuerzo[390].

En segundo lugar, sostener que no es necesaria la intención de un ciudadano para alcanzar el estándar de conducta, porque sólo se requiere que tome las precauciones razonables por el motivo que sea, tampoco es un buen argumento para mantener que los deberes de diligencia encierran deberes de resultado y, por tanto, acciones-consecuencia. Es cierto que un ciudadano suertudo pero descuidado puede cumplir con las precauciones razonables, al exponer a los demás con su conducta no intencional a riesgos aceptables y razonables de daño. Tal vez no se diría que este sujeto fue jurídicamente negligente, pero tampoco se podría decir que fue diligente. El conductor que discutiendo con su pareja alcanzó y mantuvo la velocidad adecuada por pura suerte,

[389] (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019, 142).
[390] (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019, 142).

no es en ningún sentido relevante diligente. En otras palabras, la intención es necesaria para sostener que un ciudadano fue diligente.

Según Gardner, la negligencia en la RCE es una falta de esfuerzo suficiente para evitar (limitar, reducir, controlar) los efectos secundarios no deseados —las consecuencias no intentadas— de las propias (por lo demás valiosas) intenciones[391]. Ello implicaría que las obligaciones de diligencia se deberían interpretar, como obligaciones de medio que demandan acciones intencionales. Sólo que el ciudadano que quiere ser diligente requiere alcanzar un estándar objetivo de diligencia para que su intención sea calificada como suficiente; en otras palabras, para que el sujeto sea considerado jurídicamente diligente por un juez o quien haga sus veces.

Así, en los regímenes subjetivos de responsabilidad no solo se evalúan las consecuencias de las acciones de una persona, los daños que era previsible que cause, sino también es relevante si esa persona tomó las medidas necesarias con la intención de evitar daños. Entonces, si las intenciones del sujeto no fueron suficientes para alcanzar los estándares de diligencia objetivos, se considerará negligente. El uso del concepto de “persona razonable” en los modelos de RCE no cambia esto; más bien, introduce una norma abierta para evaluar si se tomaron o no las medidas adecuadas[392].

Hay un punto importante para hacer frente a los casos en los cuales el sujeto cumple con los estándares de diligencia sin intención de hacerlo, en otras palabras, por suerte u otras razones. Teóricamente el sujeto no se podrá calificar como diligente, pero a efectos de los modelos reales de RCE estos casos extraños son poco relevantes. La forma en la que se demuestra la diligencia en el derecho recurre a esas medidas de precauciones razonables. Una vez un sujeto prueba en el proceso que las ha tomado, no se podrá considerar que fue negligente, y se supone que probablemente esta atribución es coherente con su verdadera intención, aquella que tuvo en el momento en que causó un daño, se supone que probablemente fue diligente. Así, estos casos no tienen que ser preocupantes, y menos para una teoría que persigue dotar de herramientas de evaluación normativa. Quizá sean más interesantes para una teoría de la adjudicación

[391] (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019, 143).
[392] (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019, 143).

de estas normas que persiga reducir al mínimo los casos de error judicial. Tal posibilidad no se explorará aquí.

Bajo este último argumento se podría reconstruir este discurso jurídico de una forma diferente, tratando de forma independiente las normas que definen "diligencia" y "negligencia", no sólo utilizando una para definir a la otra. Se podría interpretar que en los regímenes subjetivos los estándares específicos de diligencia, cuando se establecen a través de normas cerradas, requieren acciones básicas; en cambio, cuando se enaltecen a través de normas abiertas, exigen acciones intencionales[393]. A su vez, se podría sostener que los estándares genéricos de diligencia, aquellos que demandan actuar de forma razonable, como un buen padre de familia o como un médico diligente, al imponerse con ayuda de normas abiertas, demandan que el sujeto adopte ciertas medidas precautorias razonables, haciendo referencia a acciones intencionales. de los sujetos. Mientras que, impuestos por las autoridades con normas abiertas, los deberes de no dañar con culpa y los deberes de reparar los daños causados con culpa hacen referencia a las acciones consecuencia de los sujetos. En este sentido, se incumplen cuando el sujeto deja de adoptar las medidas precautorias razonables por el motivo o razón que sea, sea de forma intencional o no.

Tal interpretación de las normas que componen un régimen subjetivo da como resultado casos en los que un sujeto es diligente, porque tomó intencionalmente esas medidas precautorias. Casos en los que un sujeto no es diligente pero tampoco es culpable porque si bien adoptó las medidas precautorias razonables, no lo hizo con intención. Y casos en los que el sujeto es negligente porque no tomó las medidas precautorias correctas. Entonces, las normas que adoptan el concepto de negligencia exigirían acciones-consecuencias. En ese sentido, serían similares a las normas del régimen objetivo, en el

[393] Una forma aún más precisa de interpretar estas acciones básicas es considerar su relación con la idea de riesgo, o previsibilidad del daño. Al respecto, Oberdiek piensa que las obligaciones centrales en los regímenes subjetivos no tienen relación con un resultado dañoso, sino que demandan un comportamiento que no implique riesgos injustos (Oberdiek, The Wrong in Negligence 2021, 5). De acuerdo con este autor, el injusto civil en los regímenes subjetivos no incluye el daño como requisito (*non-injuriousness* en vez de non-injury). Esto no implica que considere que el injusto civil sea suficiente para exigir un deber secundario de reparar o una responsabilidad. Esto requiere algo más. En sus palabras, «si es […] un deber relacional de no arriesgar el que se encuentra en el corazón del régimen subjetivo de responsabilidad es imposible que sea determinado por consideraciones de responsabilidad» (Oberdiek, The Wrong in Negligence 2021, 23).

que las intenciones del sujeto poco importan para evaluar que la norma se cumplió o no, lo único relevante será si se ha dañado en el marco de la actividad o bajo la condición indicada por la norma. Diferirían en la evaluación de su cumplimiento, como ya se ha expresado[394]. Lo siguiente sería observar cómo funcionan este conjunto de normas en el razonamiento práctico de los agentes.

Conclusiones

En conclusión, las autoridades pueden emplear normas genéricas o específicas para guiar, en determinadas circunstancias, el comportamiento de los ciudadanos mediante el modelo de RCE, estableciendo tanto deberes de comportamiento como de reparación. Para fundamentar esta afirmación, se ha sostenido que una comprensión más completa de la RCE trasciende su función reparadora o compensadora.

En particular, las normas primarias de comportamiento, al asignar deberes de diligencia o de no dañar, preceden y justifican las normas secundarias de reparación. En términos normativos, la prioridad recae en guiar el comportamiento de los sujetos hacia el mantenimiento de relaciones respetuosas, especialmente en contextos donde podrían causar daño, antes que en la reparación de las víctimas. En este marco, se ha destacado que los regímenes subjetivos están asociados a obligaciones de medio, mientras que los objetivos imponen obligaciones de resultado.

Con base en esta perspectiva, el capítulo explica cómo las autoridades dictan normas que orientan el comportamiento de los ciudadanos definiendo tanto las circunstancias en las que estas normas se aplican como los comportamientos esperados en las relaciones interpersonales previas al daño. Estas normas, de carácter más o menos general o específico, ordenan al sujeto comportarse respetuosamente con sus semejantes o, en su defecto, repararlos. De esta manera, se rebate la noción de que la indeterminación en la regulación de la RCE compromete su capacidad para guiar las relaciones interpersonales.

[394] En similar sentido, McBride considera que en los regímenes subjetivos se cuenta con deberes de triunfar en alcanzar un estándar particular de conducta y deberes mixtos de triunfar, esto es, deberes de garantizar que un determinado resultado no ocurra como resultado de la falta de un sujeto en alcanzar un particular estándar de conducta. Mientras en los regímenes objetivos se tendrían deberes de triunfar en alcanzar un resultado particular (The humanity of private Law: Part I: Explanation 2019, 37-38).

Por un lado, quienes cuestionen la capacidad de los modelos de RCE para guiar el comportamiento deben considerar que las autoridades pueden definir, con mayor o menor grado de precisión, las circunstancias en las que se aplican las normas de sus regímenes. Para ello, recurren a normas con dominios de validez más o menos amplios y condiciones de aplicación categóricas o hipotéticas. Estas características permiten determinar qué régimen de responsabilidad opera como supletorio y cuál como especial.

Por otro lado, el capítulo argumenta que las autoridades también pueden precisar los comportamientos demandados por estas normas mediante su formulación como normas abiertas o cerradas. Este enfoque permite distinguir entre los casos en los que el legislador considera que los sujetos deben deliberar sobre el comportamiento correcto y aquellos en los que les ordena adoptar una acción específica. Este análisis, a su vez, facilita la comprensión de las obligaciones de medio y de resultado, y permite reconstruir los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva a partir de estas categorías.

Además, se sostiene que las obligaciones de medio y de resultado impuestas por normas abiertas en los regímenes de RCE no son tan indeterminadas como podría parecer. Un análisis de su contenido demuestra que estas normas regulan acciones que los sujetos pueden comprender, ya que se refieren a consecuencias que estos entienden como parte de su conducta. En otras palabras, los sujetos pueden identificar lo que se espera de ellos, así como las deliberaciones y acciones necesarias para alcanzar dichas consecuencias. De esta forma, los jueces pueden evaluar si las acciones emprendidas fueron adecuadas para prevenir o generar ciertas consecuencias, o si estas se derivaron de su actuación.

A partir de este análisis, el siguiente capítulo abordará cómo estas normas influencian la conducta de los sujetos al dotarlos de razones claras para actuar.

Capítulo 5: Las razones para actuar bajo la responsabilidad civil extracontractual

Introducción

En este capítulo se sostiene que la responsabilidad civil extracontractual (RCE) tiene la disposición normativa de guiar el comportamiento de los ciudadanos en sus relaciones interpersonales, en la medida en que provee razones para actuar conforme al tipo de obligaciones que establece. Esta afirmación no se basa en una hipótesis empírica sobre la eficacia generalizada del derecho como fuente de motivación, sino en una teorización de su funcionamiento en las condiciones ideales.

Para desarrollar esta propuesta, se adopta una posición sobre tres cuestiones fundamentales: el significado de las obligaciones jurídicas como fuentes de razones prácticas; el perfil del ciudadano ideal —el "buen ciudadano"— sobre el que las autoridades jurídicas pretenden influir; y la manera en que dichas obligaciones pueden participar en el razonamiento práctico de ese ciudadano. Estas ideas se aplican luego al objeto de estudio de la tesis: la estructura de la RCE.

Ahora bien, podría objetarse que la generalidad o vaguedad de las normas de RCE impide que estas guíen efectivamente la conducta. Sin embargo, como se explicó en el capítulo anterior, las autoridades jurídicas emplean tanto normas genéricas como específicas para determinar los comportamientos exigibles en distintas circunstancias. Así, la RCE establece que, bajo ciertas condiciones (C), un ciudadano tiene la obligación de abstenerse de realizar o de realizar un comportamiento (B) que podría vulnerar los derechos o intereses fundamentales de sus semejantes.

Este marco normativo le da a la RCE la disposición no sólo de orientar a los ciudadanos hacia relaciones interpersonales respetuosas, sino también de articular mecanismos de reparación ante el incumplimiento de tales obligaciones. Aunque las autoridades jurídicas no siempre logran que los ciudadanos actúen por las razones que aseguran a través de las normas jurídicas de RCE que ellas profieren, dichas autoridades pretenden que estas normas operen como razones para actuar. Por ello, el análisis del capítulo explica cómo funcionan las obligaciones de medio y resultado en el razonamiento práctico de los buenos ciudadano.

En este análisis, el modelo del “buen ciudadano” desempeña un papel central. No se lo propone como una descripción sociológica de los motivos de obediencia jurídica, ni como una afirmación sobre la prevalencia empírica de dicha actitud, sino como un presupuesto metodológico que permite explicar de qué forma el derecho de la RCE puede ofrecer razones categóricas e imperativas para guiar la conducta humana. Aunque la actitud del buen ciudadano sea minoritaria en la práctica, ello no impediría su uso como parámetro para el diseño institucional, pues su valor reside en representar una disposición razonada a cumplir el derecho porque se reconoce su legitimidad. Adoptar este modelo como punto de referencia permite comparar distintos regímenes normativos de responsabilidad en función de su capacidad para generar razones prácticas y propiciar relaciones interpersonales respetuosas. Por ejemplo, algunas normas de RCE pueden contribuir a un marco más justo y equilibrado, al articular adecuadamente funciones compensatorias, disuasorias o distributivas, mientras que otras pueden dar lugar a disfunciones o errores normativos dentro del modelo. Este enfoque normativo, por tanto, habilita una posterior evaluación crítica de la arquitectura institucional de la RCE y de su capacidad para alcanzar resultados jurídicamente valiosos o funcionales.

El capítulo se divide en cuatro secciones. En la primera, se analiza el concepto de las obligaciones jurídicas y su papel en el razonamiento práctico de los ciudadanos, reconociendo los debates contemporáneos sobre la normatividad del derecho. La segunda sección examina la figura del buen ciudadano, distinguiéndola de otras actitudes posibles frente al derecho, como la del ciudadano perplejo. En la tercera sección, se desarrolla la distinción entre guía informativa y guía motivacional, y se estudia el modo en que las normas jurídicas pueden participar en la toma de decisiones de los agentes. Aquí se precisa el tipo de motivación que se presupone tienen los buenos ciudadanos, cuando se relacionan con las normas de RCE. Por último, en la cuarta sección se analizan los distintos regímenes normativos de responsabilidad subjetivos y objetivos y su capacidad para generar razones prácticas acordes con obligaciones de medio y de resultado.

I. Las obligaciones jurídicas y el razonamiento práctico

Un ciudadano puede reconocer que tiene una obligación jurídica según las normas de RCE, entender y recordar las circunstancias en las que aplica, y controlar su comportamiento para verificar si está cumpliendo (o no) con el contenido de la norma. Pero ¿qué significa que reconozca esta obligación jurídica?

Tener una obligación jurídica puede significar distintas cosas, como lo ha discutido ampliamente la teoría del derecho[395]. Aquí se parte de la premisa de que tener una obligación jurídica implica que un sujeto —o ciudadano— reconoce que cuenta con razones categóricas e imperativas para actuar o abstenerse de actuar, razones que inciden en su razonamiento práctico y que le son proporcionadas por una autoridad legítima mediante una norma jurídica. La norma jurídica establece una pauta de comportamiento que dirige su conducta, ordenándole que realice o se abstenga de realizar ciertas acciones. Al haber sido expedida por una autoridad legítima, la norma no solo constituye un hecho social que aporta razones para actuar[396], sino que también pretende determinar lo que es correcto o incorrecto en cada caso[397].

Por supuesto, determinar si se consigue esta pretensión no es sencillo. Dada la naturaleza de los hechos sociales que al menos en parte fundamentan la existencia de los sistemas jurídicos y la validez de las normas individuales que los componen, no se puede extraer de ellos una conclusión normativa sobre aquello que se debe hacer o los estados de cosas que se deben conseguir[398]. No si se acepta, como aquí se hace, que existe una división entre el «ser» y el «deber ser». De manera que no se puede derivar ninguna conclusión sobre lo que se debería hacer basándose únicamente en premisas que afirmen lo que es; se requiere una premisa normativa adicional[399].

---

[395] Se ha dicho que puede significar que existe una orden dada por un soberano que está respaldada por una amenaza, que hace que el sujeto perciba que una acción ha dejado de ser optativa. En este caso, sería un estado psicológico (H. L. Hart 1963, 23-26; 104). También, se ha sostenido que es una orden que hace probable que el sujeto que la incumpla reciba una sanción (H. L. Hart 1963, 64-77; 104-105). En esta versión, sería una predicción causal o probabilística. A su vez, se ha afirmado que implica la imputación de una sanción en caso de su incumplimiento (H. L. Hart 1963, 45 y ss).

[396] (Wang 2015).

[397] De acuerdo con Gardner, el derecho pretende hacer afirmaciones morales al establecer estas pautas (Gardner, El derecho como un salto de fe. Ensayos sobre el derecho en general. 2022, 140 y ss). Ver también (Gardner, Ethics and Law 2010).

[398] (B. H. Bix 2018, 165).

[399] (B. H. Bix 2018, 165).

En la literatura se encuentran diferentes posiciones que intentan abordar esta problemática, proponiendo dicha premisa normativa. Algunas teorías muestran la complejidad de sostener que existe un deber general de obedecer el derecho[400], aunque abren la posibilidad de justificar, en casos definidos y desde la perspectiva de un sujeto, la obligatoriedad de las normas jurídicas. Raz, por mencionar uno de los más relevantes, considera que las autoridades ocupan una posición epistémica superior que les permite identificar las razones que justifican la obligatoriedad de ciertas conductas[401]. En una línea muy similar, Enoch ha argumentado recientemente que la corrección de una norma jurídica depende de las razones que ya son aplicables a las personas, aunque sostiene que las autoridades, mediante sus actuaciones, hacen relevantes o "activan" ciertas razones que antes no lo eran[402]. En determinadas condiciones, se puede suponer que las normas jurídicas logran ofrecer razones genuinas para actuar, sin asumir que esto ocurra siempre o con independencia de condiciones normativas y contextuales específicas. De hecho, la posibilidad de acertar en esta tarea puede explicar los proyectos de reforma o evaluación crítica del derecho de la RCE, como el que se propone más adelante en la tesis[403]. Pero esto no tiene por qué ser una preocupación para el argumento que se está formulando, porque las normas de RCE pueden funcionar como fuentes de razones prácticas con independencia de su corrección o incorreción.

Con las anteriores salvedades, las obligaciones jurídicas permiten evaluar la conducta de los demás: exigirles, criticarlos, reprocharles o manifestar desaprobación o indignación. Asimismo, orientan la conducta de los sujetos al indicarles cuándo corresponde actuar diligentemente, no dañar, reparar, ofrecer disculpas u otras acciones similares, así como experimentar culpa, arrepentimiento u otras actitudes reactivas[404]. De tal suerte, una persona puede justificar su comportamiento ante los demás apelando a una obligación jurídica, es decir, a una norma que ha constituido su razón normativa para actuar.

---

[400] Al respecto, puede leerse el gran análisis de (M.B.E. Smith 1973).
[401] Su explicación se profundiza mucho más en el siguiente apartado, al explicar la actitud del buen ciudadano, quien respeta el derecho. (J. Raz, Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics 1994, 325– 353).
[402] (D. Enoch 2011, 1-38)
[403] En este tesis, se hace una propuesta evaluativa de la RCE en la cuarta parte.
[404] (H. L. Hart 1963, 106).

A su vez, los sujetos están obligados a seguir dichas pautas jurídicas, incluso en contra de sus deseos, intereses o cualquier otra razón prudencial que puedan tener. Al estar inserta en una práctica jurídica, la exigencia de cumplir con una pauta de comportamiento es general y constante. La crítica hacia quienes se desvían de esta es fuerte, ya que su cumplimiento es relevante para la vida social. Por tanto, su incumplimiento justifica imponer consecuencias negativas[405]. En algunos casos, estas consecuencias son extremadamente severas, como la prisión o los castigos físicos. Las normas jurídicas y las obligaciones que contienen generan en los sujetos razones prudenciales para actuar porque son aplicadas por una estructura jerárquica e institucional, por agentes estatales organizados, capacitados y con poder para sancionar a quienes desobedecen la pauta.

En virtud de lo anterior, cuando, en las circunstancias *C,* un sujeto *P* tiene la obligación de hacer *B*, entonces es verdad que en las circunstancias *C:* 1) existe una regla que impone a *P* la obligación de hacer *B*; 2) *P* tiene *razones* para hacer *B*; 3) sería incorrecto que *P* no haga *B*; 4) está justificado exigir de *P* que haga *B* o incluso forzarlo a ello; 5) la crítica, el reproche, el castigo, pueden ser actitudes apropiadas contra *P* si no realiza *B*; 6) *P* no puede justificar la omisión de *B* con base en sus deseos o intereses[406].

En este marco interpretativo, tener una obligación jurídica significa tener al menos una razón (normativa y/o prudencial) para actuar según el contenido de esta, en las circunstancias en las que aplica. Una razón es una consideración a favor o en contra de hacer, creer o sentir algo[407]. En ese sentido, se puede desarrollar la afirmación 2) indicando que significa, entre otras cosas, que: 2.1) Si *P* cuenta con un deber de hacer *B*, dicho deber sería una razón de primer orden para *B* más allá de sus deseos, intereses, o propósitos. En otras palabras, este deber de hacer *B* es categórico[408]. Al mismo tiempo, 2.2) el deber de hacer *B* debe contar como una razón de protegida para que *P* no actúe sobre otras razones que se opongan a que adopte *B*. De otra forma, que el deber de hacer *B* es *una razón excluyente*. Finalmente, 2.3) el agente *P*, al contar con un deber

[405] (H. L. Hart 1963, 107- 108).
[406] (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 154).
[407] (Scanlon 2003, Cap. 1. 33-34)
[408] Aquí el término “categórico” significa independiente de los fines del sujeto, es un sentido distinto al que se expresa en la sección 2.1, que significa la aplicación de la norma en todas las circunstancias en las que el contenido de la norma sea realizable.

de *B*, tiene una razón protegida para realizar *B* frente un amplio abanico de razones, frente a un conjunto no vacío de razones para actuar en contra de la norma, pero *no frente a todas las razones*, es decir, no de manera absoluta[409]. Además, 2.2) y 2.3) implican que el deber de hacer *B es una razón imperativa*.

Por lo tanto, sostener que un sujeto *P* reconoce que tiene una obligación significa que, en su esquema conceptual y razonamiento práctico existe una relación entre obligaciones y razones. Si el sujeto cree que tiene la obligación de hacer *B,* aunque de hecho no la tenga, debe creer que tiene razones para hacer *B.* En el marco de los modelos de RCE, los sujetos interpretan las normas primarias y secundarias como razones para actuar[410]. Estas normas los guían a tomar ciertas precauciones, no causar daño de ciertos modos y reparar, en determinadas circunstancias.

En lo que sigue, se explicará con mayor profundidad de qué forma las obligaciones de RCE afectan el razonamiento práctico de los buenos ciudadanos. Para ello, en primer lugar, se explicará cuál es el ideal del ciudadano sobre el que se puede esperar influir con las normas jurídicas.

II. El buen ciudadano: el ciudadano perplejo y el ciudadano respetuoso del derecho

Una vez establecida una obligación jurídica en el ámbito de la RCE, el caso central del sujeto que actúa guiado por ella es el del buen ciudadano. Así, en lugar de explorar cómo las obligaciones jurídicas influyen en la mayoría de los ciudadanos —sean estos indiferentes, egoístas o incluso anarquistas—, el enfoque se dirige a este caso ideal, entendido como el ejemplo de quien actúa motivado por dichas normas. Este caso resulta especialmente relevante para comprender el impacto normativo de la RCE en la configuración de las relaciones interpersonales y la forma como cumple con sus funciones. En otras palabras, en el capítulo se trata de explicar la disposición normativa

[409] Esta tesis es la misma que Papayannis asume sobre lo que significa contar con un deber de diligencia (D. Papayannis, La páctica del alterum non laedere 2014, 49).
[410] En el mismo sentido (H. L. Hart 1963, 109), (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 154), (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019).

que esta área del derecho posee para guiar la conducta de un buen ciudadano, sin necesidad de examinar los casos en que dicha guía se verifica efectivamente y por qué.

La motivación de los ciudadanos de carne y hueso en un momento dado es contingente. Es claro que la mayoría de los ciudadanos de un Estado podrían cumplir el derecho por razones prudenciales, siempre que se mantenga un porcentaje relevante que lo hace por razones normativas. Sin embargo, en este modelo normativamente ideal, el comportamiento que se estudia es del buen ciudadano. Una vez este arroja un resultado que es deseable, la norma se puede adaptar para que también ofrezca los incentivos adecuados a los ciudadanos más prudentes, o, desde otra perspectiva, más egoístas, según la necesitad del contexto.

El buen ciudadano es aquel que tiene la disposición de cumplir el derecho y sus requerimientos[411]. En la literatura, dicha disposición se ha explicado al menos de dos formas distintas. Por un lado, se dice que el buen ciudadano se puede entender como el *ciudadano perplejo*, una persona que desea cumplir con sus obligaciones jurídicas pero que necesita claridad sobre las ocasiones en las que aplican y el comportamiento que se requiere de él. Su obediencia depende de su capacidad para entender qué es lo que el derecho exige; no depende del contenido de las normas, ni del balance de razones subyacentes a ellas[412].

Por otro lado, se sostiene que este buen ciudadano se puede pensar como el *ciudadano respetuoso del derecho*, una persona que desea cumplir con sus obligaciones jurídicas no solo por temor a las sanciones, o por el hecho de que sean jurídicas, sino por un reconocimiento del valor intrínseco del ordenamiento jurídico y de la autoridad del derecho. Además de lo anterior, la obediencia de este ciudadano está fundamentada en la creencia de que las razones subyacentes al ordenamiento jurídico y sus normas tienen una relación de algún tipo con las razones que *realmente* tiene para actuar. Ya sea porque las normas las remplazan, las activan, las generan, o informan de su existencia[413].

---

[411] Este modelo de ciudadano es implementado por Waldron para estudiar el tipo de guía que ofrecen las reglas y los estándares variables para el ciudadano (Waldron 2011, 63).
[412] (H. L. Hart 1963, 50).
[413] Existen múltiples concepciones de esta relación entre razones morales y jurídicas. Tal como se ha

Una forma de explicar esta disposición del ciudadano *respetuoso del derecho* sería sostener que este sujeto cree que la autoridad es legítima porque considera que, si se ajusta a las normas proferidas por ella, esto lo ayudará más probablemente a alinear mejor sus acciones con las razones preexistentes para actuar, que son aplicables en su caso y que él posiblemente desconoce. Esta doctrina, denominada por Raz «autoridad como servicio»[414], implica, entre otras cosas, que la obediencia del ciudadano requiere una «confianza razonada en la autoridad»[415], requiere «un salto de fe»[416] basado en la creencia de que seguir el derecho está justificado por su experiencia pasada en el bienestar que el derecho le provee, aunque no tengan un conocimiento completo y directo de todas las razones para actuar en un determinado caso. Por tanto, aceptar la legitimidad de la autoridad se traduce en interpretar sus directivas como un *remplazo* para las razones que tiene para actuar en dicha circunstancia[417].

En el capítulo se sostiene que el ciudadano respetuoso del derecho es un caso más central de buen ciudadano que el primero. El ciudadano que sigue el derecho porque considera que las normas jurídicas son moralmente vinculantes —ya sea porque hacen

sostenido previamente, aquí no se requiere tomar partido por una de ellas. Por mencionar aquellas que inspiran los términos usados en orden: (J. Raz, Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics 1994, Cap. 10); (Enoch, Reason-Giving and the Law 2011); (J. Finnis 1980, 316-317); (Moreso 2022, 211).

[414] La autoridad legítima, bajo esta doctrina, se justifica cuando ayuda a las personas a actuar mejor de acuerdo con las razones que ya les corresponden. Según Raz la autoridad como servicio sostiene que la autoridad legítima actúa como intermediaria entre las razones subyacentes para actuar (como las razones morales) y las acciones que se deben realizar. Raz establece tres tesis clave para definir esta autoridad legítima. La tesis de la dependencia: Las directivas de la autoridad deben basarse en razones que ya se aplican a los sujetos en las circunstancias específicas. La tesis de la justificación normal: Una autoridad es legítima si, al seguir sus directivas, los individuos probablemente cumplirán mejor con sus razones preexistentes que si actuaran por sí mismos. Y la tesis del reemplazo: Las directivas de la autoridad no se suman a otras razones, sino que las reemplazan cuando se decide qué hacer. Al respecto, (J. Raz, Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics 1994, Cap. 10). Por tanto, bajo esta doctrina, la autoridad legítima, se justifica cuando ayuda a las personas a actuar mejor de acuerdo con las razones que ya les corresponden.

[415] (J. (. Raz 1999, 193).

[416] Un desarrollo de esta idea en (Gardner, El derecho como un salto de fe. Ensayos sobre el derecho en general. 2022, Cap 1.). Aquí Gardner precisa que implica dicha «confianza razonada en la autoridad» y porque no requiere, entre otras cosas, aceptar todas las normas jurídicas por sus razones subyacentes, sino que también cabe la posibilidad de da aceptar algunas normas por razones prudenciales.

[417] Un argumento en contra de la idea de que el derecho les ordena a sus sujetos que remplacen sus razones para actuar con sus directivas, se encuentra en (K. Ehrenberg 2013). En sus términos: «el derecho no pretende reemplazar nuestras razones, aunque permitimos que lo haga cuando aceptamos su autoridad. […]basta con que permitamos que la ley reemplace razones conflictivas cuando aceptamos sus exigencias» (K. Ehrenberg 2013, 52).

un balance adecuado de las razones para actuar en determinadas circunstancias o porque confía razonadamente en que lo hacen, dado que la autoridad es legítima— es un caso más relevante que aquel que cumple con sus obligaciones jurídicas por otras razones, como el miedo a sanciones monetarias[418]. La centralidad del caso no se debe a su frecuencia estadística, sino a que, siguiendo a Gardner, el buen ciudadano que cumple con las normas jurídicas por considerarlas moralmente vinculantes es quien acata el derecho en sus propios términos, viéndolo como una herramienta para resolver problemas morales[419].

Sin embargo, tal como se sigue de la explicación de la relación entre normas jurídicas y razonamiento, el buen ciudadano se puede entender también desde el punto de vista del ciudadano perplejo. En este segundo caso, tal como se verá a continuación, las normas pueden operar como razones que el sujeto ha tenido en cuenta y que lo informan del comportamiento obligatorio, sin necesidad de ser aquello que finalmente lo motiva a actuar de una forma determinada.

III. La guía que ofrecen las normas jurídicas a los ciudadanos

Según Hart, *la función* del derecho es proporcionar guía para la conducta humana y establecer estándares para criticar dicha conducta[420]. Esta función explica por qué en ciertos contextos existen razones para tener normas jurídicas y por qué tienen la estructura que tienen. Desde esta perspectiva, «las normas jurídicas tienen que, en principio, ser capaces de asegurar la conformidad haciendo una diferencia en el razonamiento práctico de los [sujetos]»[421]. Las normas jurídicas guían a los sujetos dotándolos de razones para actuar, influyendo en su balance de razones, en el proceso de decisión que resulta en hacer o no hacer algo. No basta con interpretar la norma como

[418] La tesis metodológica del caso central se encuentra en (J. Finnis 1980, 3). Aunque aquí no se usa para sostener todas las consecuencias que él deriva de ella. Por ejemplo, su negativa a aceptar los casos no centrales como derecho.
[419] Sobre el caso central de Derecho y su relación con casos no centrales (Gardner, El derecho como un salto de fe. Ensayos sobre el derecho en general. 2022, 155-164). Respecto a la convivencia de razones prudenciales y morales en el derecho, y sobre la posibilidad de contar con un conocimiento desapegado y no comprometido al lado del conocimiento comprometido en el derecho se puede consultar (Gardner, El derecho como un salto de fe. Ensayos sobre el derecho en general. 2022, 22-23).
[420] La misma interpretación de Hart se encuentra en (S. Shapiro 2001) y (S. J. Shapiro, Law, Morality and the guidance of conduct 2000, 167 y ss).
[421] (S. J. Shapiro, Law, Morality and the guidance of conduct 2000, 129)

una orden que debe seguirse. Por tanto, si una norma tiene la función de guiar la conducta, debe existir alguna acción que la autoridad pretenda que el sujeto realice conforme a la norma, y esta acción debe ser tal que la norma asegure la conformidad al influir en el proceso de decisión del sujeto.

Bajo esta línea de pensamiento, en última instancia, todas las normas jurídicas tienen como función guiar la conducta humana. De acuerdo con Shapiro, las autoridades jurídicas producen estas normas para este fin, ellas son los medios a través de los cuales los sistemas jurídicos guían la conducta[422]. Así, si alguna norma de RCE es incapaz de hacer una diferencia práctica en el razonamiento de los sujetos, si no le provee razones para actuar que no tenía antes de considerar tales normas, no podría considerarse como tal.

La orientación o guía que las normas jurídicas proveen se puede distinguir, como Shapiro ha señalado, entre guía *epistémica* o *informativa* y guía *motivacional*[423]. En primer lugar, las normas jurídicas son hechos sociales que dan razones para actuar, pero también, gracias a los mecanismos sociales que existen para producirlas y aplicarlas, informan al sujeto sobre las circunstancias en las que se le exigirá cierto comportamiento. Un posible victimario, alguien que está deliberando si no toma una medida de seguridad antes de poner a la venta un determinado electrodoméstico (como cierto interruptor que lo apaga cada vez que es abierto) puede consultar el modelo de RCE y las normas jurídicas que lo componen para saber si tiene razones para pensar que de no hacerlo su conducta será incorrecta. Si, gracias a una disposición que establece un estándar de diligencia, se ve informado de que debe tomar precauciones razonables, como dicho interruptor, y decide hacerlo, se puede decir que la norma le ha orientado de forma *informativa.* En este tipo de guía, la norma es la fuente de información sobre lo que cuenta como conformidad o cumplimiento, pero no necesariamente la fuente de motivación para actuar de acuerdo con su contenido.

[422] (S. J. Shapiro, Law, Morality and the guidance of conduct 2000, 169)
[423] El término utilizado por Shapiro es “guía epistemológica”. Aquí se ha preferido “informativa” para mostrar claramente que se está hablando de la racionalidad práctica y no teórica. El agente conoce las normas jurídicas y se ve afectado por sus mandatos al momento de actuar.

En el ejemplo dado, podría ocurrir que el productor de electrodomésticos tome las precauciones adecuadas porque teme la sanción que se le podría imponer. En este segundo sentido, también se podría decir que se ha guiado informativamente. La norma le indicó el comportamiento esperado por la autoridad en la producción, distribución y venta de este tipo de electrodomésticos, aun cuando lo que finalmente motivó la acción del agente fue la prudencia: el temor a una indemnización.

Una situación distinta ocurre cuando el sujeto incumple con el contenido de la norma, a pesar de haberla conocido; por ejemplo, decide poner en venta el electrodoméstico bajo la suposición de que nadie lo abrirá mientras está encendido. En este tercer caso, aunque la autoridad logró comunicarle mediante el texto jurídico la pauta de conducta interpersonal que debía seguir, no podría afirmarse que el sujeto se ha guiado informativamente por la norma. Para que esto se pueda afirmar, se requieren dos condiciones: primero, que el comportamiento del sujeto se ajuste al ordenado por la norma jurídica, y segundo, que las razones ofrecidas por la norma —ya sean normativas o prudenciales— formen parte del balance de razones que el sujeto consideró al momento de actuar, incluso si no fueron estas razones las que determinaron finalmente su decisión de cumplir.

Ahora, una norma jurídica puede informar *completamente* al sujeto sobre el comportamiento ordenado, cuando al conocerla este comprende sus obligaciones o derechos sin necesidad de una deliberación ulterior. Por mencionar un caso, los sujetos pueden utilizar los estándares específicos de diligencia para conocer el comportamiento que reduce la probabilidad de dañar a los demás y que es obligatorio. Mientras que una norma guía informativamente de manera *parcial* cuando el sujeto necesita deliberar para completar la inferencia respecto de sus obligaciones o derechos, respecto los comportamientos que le demandan[424]. Así sucede con las normas de RCE que establecen deberes de medio y de resultado, las normas que se denominaron abiertas. Estas normas guían al ciudadano a deliberar más detenidamente sobre cierto comportamiento que desarrollará para hacer menos probable el daño de ciertos modos y circunstancias.

[424] (S. J. Shapiro, Law, Morality and the guidance of conduct 2000, 153).

Informarle a un sujeto sobre los comportamientos exigidos por la autoridad requiere que este reconozca en primer lugar la naturaleza jurídica de la norma que le provee tal información. Pero su identificación, como una norma que pertenece a un ordenamiento jurídico, y a un determinado modelo de RCE, requiere de cierta deliberación. Por ejemplo, si su naturaleza jurídica se sostiene porque dicha norma cumple con los requerimientos de la regla de reconocimiento que, de acuerdo con Hart, determina la validez de las demás. Sin embargo, dicha deliberación en torno a su pertenencia a un ordenamiento jurídico no tiene por qué realizarse por ese ciudadano[425]. Tal como lo sostiene Shapiro, «la regla de reconocimiento no necesita ser conocida ni practicada por la población en general»[426].

El sujeto puede informarse sobre la pertenencia y el contenido de una norma jurídica a través de la misma norma jurídica o de un tercero. En el primer caso, este sujeto aprende el contenido de la regla sin necesidad de deliberar sobre sus méritos, obteniéndola directamente de su contenido, que reconoce como autoritativo. En el segundo caso, lo hace a través de otra persona que fue informada, por la norma misma o por un tercero[427].

En segundo lugar, se puede hablar de la *guía motivacional* de la norma jurídica. Una vez que el sujeto se informa sobre la acción jurídicamente obligatoria y la ejecuta, la norma jurídica puede haber desempeñado o no un papel relevante en su motivación para actuar. La norma *pudo* influir de manera operativa en su balance de razones y en su decisión de actuar. Si este es el caso, el ciudadano interpretó la norma como una razón operativa y no auxiliar para actuar. Según Shapiro, en tal situación, se puede decir que ha sido guiado motivacionalmente. En sus palabras, esta guía se refiere a cuando el ciudadano «toma la norma como la única fuente de su motivación para conformarse, es decir, cuando se conforma simplemente porque la norma regula la conducta en cuestión»[428].

El ciudadano perplejo, una vez que conoce la norma jurídica, tiene la disposición para guiarse motivacionalmente por ella. En el ejemplo del productor de electrodomésticos, si este se conforma simplemente porque hay un estándar de diligencia que establece su

[425] (S. J. Shapiro, Law, Morality and the guidance of conduct 2000, 150).
[426] (S. J. Shapiro, Law, Morality and the guidance of conduct 2000, 150).
[427] (S. J. Shapiro, Law, Morality and the guidance of conduct 2000, 151-152).
[428] (S. J. Shapiro, Law, Morality and the guidance of conduct 2000, 146).

deber de tomar precauciones razonables, entonces ha sido guiado motivacionalmente por la norma de RCE[429]. En este segundo tipo de guía, la razón operativa en el razonamiento práctico del ciudadano es la norma y no la creencia de que la norma está fundamentada en reales razones para actuar de cierta forma en esa situación, ni el miedo a la consecuencia jurídica por su incumplimiento.

En virtud de lo expuesto, la relación entre guía informativa y motivacional se podría presentar como secuencial. En un primer momento, el sujeto es guiado de manera informativa, lo que implica proporcionarle razones categóricas e imperativas para actuar de una forma concreta. Este primer paso establece una base racional y comprensible sobre la cual, en un segundo momento, el sujeto puede ser guiado motivacionalmente. En esta segunda etapa, las razones previamente comprendidas se transforman en las razones operativas que impulsen una acción o decisión concreta.

Así entendida, la guía motivacional de las normas implica que para el ciudadano perplejo una norma válida es una razón *independiente del contenido para la acción*. Una vez dicho sujeto conoce la norma, esta le proporciona una razón para conformarse y actuar independientemente de si tiene razones para actuar según su contenido. Además, en esta guía, una norma válida también es una razón *perentoria* para la acción; o una razón para que el ciudadano perplejo suspenda la deliberación sobre los méritos de seguir la norma, sobre las razones existentes para ello[430]. Las nociones de independencia del contenido y perentoriedad capturan la esencia de la guía motivacional: el ciudadano actúa porque la norma regula la acción y solo por eso[431].

Las razones independientes del contenido y perentorias —sostiene Shapiro— se pueden interpretar como casos límites de las razones excluyentes, como una forma especial y "extrema" de estas razones[432]. No solo excluyen ciertas consideraciones que podrían ser relevantes para la decisión de actuar o no como la norma indica, sino que lo hacen de una manera tan definitiva que efectivamente ponen fin a la deliberación. Podrían ser un

[429] (S. J. Shapiro, Law, Morality and the guidance of conduct 2000, 146).
[430] (H. Hart 1982, 253-255).
[431] (S. J. Shapiro, Law, Morality and the guidance of conduct 2000, 162-163).
[432] (S. J. Shapiro, Law, Morality and the guidance of conduct 2000, 165-166. Nota 82).

caso en el que la exclusión es tan completa que ninguna otra razón puede siquiera entrar en consideración.

A pesar de lo anterior, aquí se considera que la guía motivacional no tiene por qué interpretarse de manera tan rigurosa como lo hace Shapiro. De hecho, se puede pensar en situaciones donde las normas jurídicas son utilizadas por el ciudadano como razones operativas en su razonamiento práctico y en su decisión para actuar, sin considerarlas necesariamente como razones del tipo extremo comentado. Aunque el ciudadano podría hacerlo, como lo haría el ciudadano perplejo, no tiene que interpretar las normas jurídicas como razones independientes del contenido y perentorias, incluso si las considera como razones excluyentes[433]. Podría pensar que tiene razones para seguir el derecho, sin pensar que tiene que seguir las normas jurídicas porque son normas jurídicas, es el tipo de disposición propia del *ciudadano respetuoso* del derecho.

Una forma de aceptar que las normas jurídicas pueden guiar motivacionalmente al ciudadano respetuoso del derecho sin excluir toda deliberación se encuentra en Pike, quien distingue entre guía no normativa y normativa, en el rol del derecho dentro de la motivación de los sujetos[434]. Siguiendo sus ideas, la guía motivacional entendida como lo hace Shapiro sería una guía del segundo tipo, una guía no normativa. Aquella que tiene la disposición a realizar el ciudadano perplejo. Este último sigue las normas jurídicas sin considerar lo que genuinamente tiene razones para hacer en ese caso[435], lo hace incluso si piensa que esas normas jurídicas son leyes malas o equivocadas[436].

En cambio, el ciudadano respetuoso del derecho tiene la disposición a verse guiado motivacionalmente por una norma jurídica por razones relativas a la autoridad legítima o lo que tiene razones para hacer en el caso concreto. En otras palabras, este ciudadano también se puede ver guiado de ambas formas, de forma no normativa y normativa.

En primer lugar, el ciudadano respetuoso del derecho puede confiar razonadamente en el derecho debido a experiencias pasadas en las que el derecho le ha servido bien[437].

---

[433]Ver (K. Ehrenberg 2013).
[434] (Pike 2021, 170-171).
[435] (Pike 2021, 190).
[436] (Pike 2021, 178).
[437] Observar nota 396.

Quizá porque el derecho en su sociedad consigue que las personas comercien, construyan edificios, se movilicen a través de grandes distancias y realicen otras actividades que generan un bienestar que él disfruta. En este caso, el ciudadano sigue las normas jurídicas porque las considera parte del derecho, viéndolas como razones independientes y perentorias. Así, su creencia previa en el derecho orienta sus intenciones sin necesidad de un razonamiento práctico adicional frente a las acciones mandadas por las normas en las circunstancias en las que se encuentra[438]. Pike sostiene que este tipo de guía ofrecida por las normas jurídicas es similar a un control físico que no requiere que el sujeto comprenda o acepte las razones detrás de la norma[439]. Empero, en este caso, el ciudadano respetuoso del derecho tiene razones para mostrar este respeto y deferencia por la autoridad, aceptando que sus ordenes sustituyan su balance de razones.

En segundo lugar, el ciudadano respetuoso del derecho puede involucrarse con las razones —incluidas las razones jurídicas— de una forma particular, viéndose motivado por ellas. Según lo planteado en esta tesis, las razones vinculan hechos con la cuestión de qué debemos hacer, pensar o sentir[440]. Por ejemplo, si alguien desea viajar de Girona a Barcelona, el hecho de que el tren lo lleve a su destino constituye una razón para tomarlo, de lo cual se deriva la conclusión normativa de que, en principio, debería tomarlo.

De manera paradigmática, el razonamiento práctico se ocupa de cómo diferentes hechos se interrelacionan para determinar qué acción emprender y cómo esos hechos son considerados razones por el sujeto. Cuando el ciudadano respetuoso del derecho considera una norma como una razón, normalmente se plantea cuáles otros hechos

[438] (Pike 2021, 174-175; 189-190).
[439] (Pike 2021, 170-171)
[440] Al respecto, Pike (Pike 2021, 175).) ofrece una discusión detallada. También se puede encontrar una reconstrucción del debate sobre la naturaleza de las razones en Scanlon (Scanlon 2003, cap. 1.) y en Enoch (Enoch, Taking Morality Seriously. A Defense of Robust Realism 2011). En la literatura, se ha debatido ampliamente si las razones son creencias o hechos, y si son internas o externas al sujeto. Aquí, se asume que las razones son externas al sujeto. Sin embargo, aunque se acepta, como parece evidente, que las razones solo tendrán un papel en la motivación del sujeto cuando este crea en ellas, es decir, cuando las integre en su esquema de creencias. Aunque es importante hacer notar que desde esta perspectiva dichas razones no dependen únicamente de las creencias del sujeto. Este capítulo se interesa por la guía que las normas proporcionan al agente en un sentido normativo, enfocándose en cómo estas son interpretadas como razones para actuar por parte del sujeto.

cuentan a favor o en contra de lo que esta norma ordena, y cómo estos se relacionan con otros hechos relevantes[441]. Si dicho ciudadano decide finalmente actuar conforme a la norma, motivado por el balance de razones, puede afirmarse que ha sido motivado de manera normativa.

En consecuencia, cuando el ciudadano respetuoso del derecho es guiado normativamente por normas jurídicas, las entiende como auténticas razones para actuar en sus circunstancias. En estos casos, las razones jurídicas tienden a excluir un amplio espectro de otras razones (por ejemplo, que no le apetezca realizar cierta acción), aunque no necesariamente eliminan todas las consideraciones relevantes para la deliberación, incluso si excluyen una parte significativa de ellas.

Piénsese en la relación entre los modelos de RCE, sus normas y el razonamiento práctico de los sujetos. Si un médico militar respetuoso del derecho duda sobre la necesidad de brindar una atención cuidadosa a un paciente porque este es un combatiente de un grupo paramilitar que le ha causado mucho daño en el pasado, y prefiere no hacerlo, el hecho de que el derecho le ordene no causar daños por negligencia constituye una razón que finalmente tendría mayor peso en su balance de razones y lo llevará a actuar con diligencia, si es que esta norma es interpretada como una razón de segundo orden que excluye sus preferencias de la decisión de actuar. Posteriormente, dado que este médico reconoce que tiene el deber de no causar daños por negligencia y sabe que ciertas acciones disminuyen la probabilidad de causar daños, como realizar pruebas clínicas, estudiar los síntomas del paciente y discutir el tratamiento con sus colegas, concluirá que, en principio, debe tomar estas precauciones. Esta conclusión normativa se ve reforzada por los modelos de RCE con los estándares genéricos y específicos de diligencia.

En cambio, si en medio de un combate, el médico militar tiene que elegir entre prestarle atención a este paciente de forma diligente o huir y salvar su vida, puede ser que aun cuando cuente con el deber de prestarle atención, en esta ocasión, la norma no excluya

[441] (Pike 2021, 190).

del balance de razones sus intereses. De manera que, en esta variación del caso, el médico podría tener permitido huir y el deber de atender al paciente sea inaplicable.

El caso del médico militar enseña algo interesante sobre las normas jurídicas y las razones. Pike sostiene que las normas jurídicas pueden integrarse en el razonamiento práctico del sujeto, ya sea porque las considera reales razones para actuar, como se observa cuando el médico decide actuar con diligencia, o porque las tiene en cuenta como normas, es decir, como mecanismos que le proporcionan razones para actuar, tal como se muestra cuando el médico identifica las medidas de precaución apropiadas.

Por lo anterior, la guía motivacional puede ser indirecta, como la que ofrecen las normas jurídicas, o puede ser directa, como la que proporcionan las razones. En palabras de Pike: «Podemos decir, entonces, que utilizar [cierto hecho] como una razón nos proporciona una orientación normativa directa, ya que no se requiere razonamiento práctico adicional para llegar a una decisión sobre qué acción realizar en tus circunstancias. Usar [cierto hecho] como una norma, por otro lado, nos proporciona una orientación normativa indirecta, ya que siempre queda algún razonamiento práctico adicional por hacer antes de que podamos determinar qué acción estamos obligados a realizar»[442].

Así las cosas, cuando una persona toma decisiones basándose en ciertos hechos —como la existencia de una norma jurídica emitida por una autoridad y su pertenencia al sistema jurídico—, puede hacerlo considerando esos hechos como razones reales o simplemente *como si fueran razones*. En este contexto, la expresión *guía motivacional normativa* se reserva para referirse al primer caso, en el que los hechos jurídicos son asumidos como razones genuinas. Por su parte, la expresión *guía motivacional no normativa* se emplea para describir el segundo caso, en el que los hechos son tratados como si fueran razones, sin necesariamente asumirlos como tales.

En este esquema, una persona considera un hecho como una razón cuando cree que este justifica una acción específica y lo toma en cuenta al decidir si actúa de esa manera[443]. Si se trasladan estas ideas a la RCE, pueden utilizarse para entender que un

[442] (Pike 2021, 183).
[443] (Pike 2021, 176).

médico trata la prohibición legal de causar daño por negligencia como una razón cuando cree en su validez y la considera una razón a favor de evitar ese daño tratando a sus pacientes de forma prudente, implementando las precauciones razonables en la circunstancia en la que apliquen. Incluso en contra de sus preferencias o, en algunas ocasiones, de sus intereses.

Mientras que una persona considera un hecho *como si fuera una razón* cuando no cree que este justifique una determinada acción, pero aun así lo trata como si contara al decidir si actúa de esa manera[444]. En otras palabras, el ciudadano respetuoso del derecho utiliza su voluntad para hacer que ese hecho figure en su deliberación al momento de actuar de una forma concreta. Este ciudadano no está siendo guiado normativamente porque no tiene la creencia genuina de que esos hechos justifican dicha acción.

Nuevamente, aplicando estas ideas al área del derecho que interesa, se podría decir que el médico toma la prohibición legal de causar daño por negligencia *como si fuera una razón*, cuando se comporta como esta ordena a pesar de no creer realmente que la norma lo obliga a actuar de cierta manera. El médico podría creer que el paciente es tan malvado que no merece atención médica, pero debido al respeto que le tiene al derecho o al temor de ser obligado a compensar, actúe como si la norma jurídica fuera una razón que cuenta genuinamente para su acción, pensado como alcanzar el fin de no dañarlo de forma culpable.

Se concuerda con Pike en que solo el primer caso puede explicar la guía normativa, aquel en el que un hecho —Por ejemplo, producción de una norma por el legislador o el juez— se considera una razón genuina[445]. Entonces, para que una persona sea guiada normativamente por el derecho, es necesario que actúe con base en ciertos hechos que fundamental la validez de la norma jurídica y que, además, crea que esos hechos realmente justifican su comportamiento. No es suficiente que trate un hecho como si fuera una razón para una acción específica solo porque alguien se lo ha solicitado u

[444] (Pike 2021, 176).
[445] (Pike 2021, 177).

ordenado, sin creer realmente que lo justifique. En este último caso, la persona no está siendo guiada normativamente, sino de manera no normativa.

El médico militar es un ejemplo de un ciudadano respetuoso del derecho, ya que está dispuesto a sopesar las razones que tiene para actuar, identificando si, en sus circunstancias, cuenta con razones para actuar conforme a lo indicado por la norma, guiándose normativamente por ella, acepta la autoridad del derecho. Sin embargo, si concluye que, en principio, no tiene razones para cumplir con la norma en sus circunstancias específicas, podría, desde su perspectiva, decidir cumplirla de todos modos. Esto se debe a que, al respetar el derecho y basarse en experiencias pasadas en las que este le ha servido bien, después de considerar todas estas razones, terminaría cumpliendo la norma, pero guiándose no normativamente por ella.

Por tanto, la guía motivacional normativa requiere una conexión más profunda entre creencias fácticas, normativas y acciones[446]. Se puede afirmar que un sujeto está guiado de este modo por la RCE, cuando este sujeto cree que existe una norma jurídica que en su circunstancia ordena un comportamiento determinado, cree que este hecho justifica su actuar de conformidad con la norma, y ambas creencias influyen en su balance de razones para actuar de esa forma[447].

Respecto a esta explicación de la guía de las normas, el punto especialmente importante para la tesis y para el capítulo es que las normas jurídicas que componen los modelos de RCE contribuyen a que la RCE cumpla ciertas funciones valiosas, ya que proveen una guía para la conducta humana. La RCE, en última instancia, es un área del derecho, y, como señala Hart «las funciones principales del derecho como un medio de control social son... visibles en las diversas formas en que se utiliza este para controlar, *guiar* y planificar la vida fuera de los tribunales»[448].

---

[446] (Pike 2021, 177-178).

[447] En la literatura se pueden distinguir al menos una versión motivacional de la normatividad y otra que la rechaza. En la primera, la persona que reconoce que algo es una razón, tiene que actuar en virtud de ello. En la segunda se rechaza esta versión, de manera que alguien puede reconocer que tiene una razón para actuar y negarse a hacerlo. Aquí no se está asumiendo una posición en torno a este tema, y frente a lo que significa actuar por una razón. Sin embargo, sí se acepta que el caso paradigmático de guía normativa de una norma jurídica implica actuar por una razón en la que se cree y que motiva la conducta.

[448] (H. L. Hart 1963, 50).

De acuerdo con Shapiro, al hablar del tema, Hart se refería a la *guía informativa*. Si las autoridades solo buscaran que las normas jurídicas guiaran motivacionalmente a los ciudadanos, en cualquiera de los sentidos aquí tratados, sería irracional emitir reglas en situaciones donde las personas son indiferentes al derecho y cumplen con las normas solo para evitar sanciones o por otro tipo de razones prudenciales. Sin embargo, es completamente racional emitir reglas para guiar, entre otro tipo de sujetos, la conducta de aquellas personas que actúan únicamente por razones prudenciales, egoístas o temerosas. En otras palabras, aquellas personas que actúan sin tener en cuenta de forma relevante las normas jurídicas o el derecho en su balance de razones[449].

A su vez, de acuerdo con Shapiro, sería extraño sostener que por razones conceptuales las autoridades jurídicas tienen que preocuparse por los motivos de conformidad de los ciudadanos. «¿Por qué [se pregunta] deben tener interés en las razones por las que las personas obedecen la ley, siempre y cuando la obedezcan?» Si un ciudadano cumple con el comportamiento ordenado por la norma jurídica, en principio, no parecen haber razones para interesarse en los motivos por los cuales estos ciudadanos las obedecen. Entonces, aparentemente la idea más plausible es que la función esencial de las normas jurídicas es asegurar que los ciudadanos cumplan con su contenido, informándoles respecto los comportamientos que estas normas ordenan, en las circunstancias en las que aplican, sin importar que los ciudadanos las obedezcan por esta o aquella razón[450].

Las razones que da Shapiro para concentrarse en la guía informativa parecen plausibles. En ese sentido, un modelo de RCE sólo puede cumplir sus funciones si mínimamente logra hacer una diferencia práctica ofreciendo una guía informativa para la toma de decisiones de los sujetos, dotándolos de razones categóricas e imperativas para actuar que son conocidas por ellos e ingresan en su balance de razones. Por tanto, un análisis funcional requiere suponer que esto se logra o establecer las condiciones bajo las cuales se cumple. En cambio, no se necesitaría suponer que los sujetos obedecen las normas de RCE porque piensan que estas proveen razones excluyentes “extremas” o porque consideran que proveen razones genuinas para actuar.

[449] (S. J. Shapiro, Law, Morality and the guidance of conduct 2000, 146).
[450] (S. J. Shapiro, Law, Morality and the guidance of conduct 2000, 146).

A pesar de lo expuesto, la suposición de que las normas de RCE ofrecen una guía informativa se puede problematizar especialmente frente a las normas abiertas, aquellas que asignan deberes de medios y de resultado. En el siguiente apartado se explicará con mayor profundidad esta problemática y porque es aparente, utilizando también las ideas desarrolladas en el anterior capítulo. Ello permitirá abordar la forma como estas últimas normas guían la conducta siendo y suministrando razones a los sujetos para actuar.

IV. Las razones para actuar en los regímenes de responsabilidad

De acuerdo con la sección anterior, afirmar que un sujeto ha sido guiado por una norma de RCE implica dos aspectos. Primero, que en determinadas circunstancias, la norma jurídica le proporciona razones que califican cierto comportamiento como obligatorio o prohibido. Segundo, que el balance de razones del sujeto para actuar de una determinada manera se ve influido de forma relevante por dicha norma. En otras palabras, la norma jurídica le ofrece una respuesta a la pregunta: ¿cómo debe comportarse frente a su par en una situación dada? Esa respuesta depende tanto del tipo de norma que regula la situación como de las obligaciones que impone.

En esta sección se explicará cómo las normas de RCE —ya sean abiertas o cerradas— generan distintos tipos de razones, en función de las obligaciones que establecen.

Conviene precisar que lo anterior no implica asumir que, de hecho, el derecho de la RCE guía siempre y efectivamente la conducta humana. Más bien, se parte del supuesto de que, si un sujeto se ve motivacional o informativamente guiado a cumplir estas normas en sus propios términos, entonces ellas influirán en su razonamiento de la manera que se expone a continuación.

A. La guía de las normas cerradas y abiertas de responsabilidad

Las normas cerradas de responsabilidad establecen estándares específicos de conducta. Le dicen al sujeto que en una circunstancia determinada debe comportarse en una forma concreta y más detallada. Las normas cerradas de RCE entendidas como reglas generales representan el caso más representativo de la guía que una norma jurídica le provee al sujeto. Le permiten a un sujeto racional deliberar sobre su comportamiento y elegir cumplir o no con el contenido de la norma. En cambio, las cosas

no son tan claras con las normas abiertas de RCE, aquellas que asignan obligaciones de medio y de resultado. Tales normas primarias de comportamiento no parecen ofrecer una respuesta concreta o clara a la pregunta por el comportamiento debido por un sujeto a otro.

Sin embargo, algunos autores han presentado argumentos a favor de esta falta de claridad, que se pueden utilizar para comprender mejor la guía de las normas abiertas de RCE. Waldron, al discutir las distintas técnicas legislativas que una autoridad como el legislador utiliza para guiar la conducta humana, argumenta que la claridad o determinación absoluta no siempre es necesaria para guiar la conducta humana y que, en algunos casos, la vaguedad puede ser útil para regular adecuadamente la variedad de situaciones que ocurren en la vida social. Para él, aunque la claridad de las normas jurídicas es deseable, la vaguedad y la flexibilidad asociadas a las normas abiertas también tienen su lugar en los sistemas jurídicos.

En algunas ocasiones, las reglas o las normas cerradas pueden no adaptarse a los propósitos de la autoridad, en estos casos, un cierto grado de vaguedad puede permitir una aplicación de las normas que se ajuste más a las funciones que se quiera cumplir. En la RCE, este punto se puede reforzar con el argumento de Papayannis a favor de una buena combinación entre estándares genéricos y específicos en los regímenes subjetivos. Concordando con él, las autoridades pueden perseguir de forma más equilibrada ciertas funciones o valores como la libertad de acción, la seguridad jurídica y la compensación de las víctimas gracias a este diseño institucional[451].

Para argumentar lo anterior, Waldron propone dos modelos de guía de la acción humana que se pueden utilizar para los propósitos de esta tesis[452]. En estos modelos, el autor especifica las condiciones bajo las cuales se puede afirmar que un sujeto ha sido guiado por una norma jurídica, sea cerrada o abierta. Estos modelos no sólo permiten hacer explícitas las condiciones que se asumen cuando se sostiene que un modelo de RCE ha guiado a un determinado sujeto. También, permiten explicar cómo las normas abiertas

[451] (D. Papayannis, Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia 2021, 32)
[452] (Waldron 2011, 62 y 64)

informan al sujeto sobre las razones para actuar y, al mismo tiempo, reducen en cierta medida la deliberación práctica.

1. Las condiciones para que una norma cerrada guie a un sujeto

El primer modelo explícita las condiciones en las que una norma cerrada de RCE o una regla puede guiar la acción de los sujetos. En este modelo, la persona puede entender las circunstancias en las que la norma jurídica aplica y controlar su comportamiento para observar si se ajusta o no a lo ordenado por ella. Todo lo anterior supone cierta claridad en los términos del contenido de la norma.

En el modelo más básico, un sujeto *P* se ve guiado por una norma jurídica cerrada (NJC_1) cuando las siguientes condiciones se cumplen:

Modelo (i)[453]

1. En algún tipo de circunstancia C_1, la NJC_1 ordena que *P* realice algún tipo de comportamiento B_1.
2. *P* es capaz de entender y recordar NJC_1.
3. En cualquier momento dado, *P* es capaz de identificar si se encuentra en una circunstancia del tipo C_1.
4. Cuando *P* nota que se encuentra en la circunstancia C_1, es capaz de controlar su comportamiento para ver si está realizando B_1 o no.
5. Si descubre que no lo está haciendo, *P* es capaz de modificar su comportamiento para realizar B_1 en la circunstancia C_1.

En el caso del militante dañado en combate, el médico es capaz de comprender que, según el modelo de RCE, debe cumplir con estándares específicos de diligencia para evitar causar daño por negligencia. Imagínese que hay una norma cerrada que indica que toda atención médica debe comenzar con una anamnesis clínica para realizar un diagnóstico adecuado, que reduzca la probabilidad de daño. El médico es capaz de comprender y recordar esta norma. Además, en cualquier momento de su servicio, tiene la capacidad de identificar si se encuentra frente a un caso que requiere dicha medida

[453] (Waldron 2011, 62)

de precaución y, si es así, puede controlar su comportamiento para verificar si lo está realizando o no. De tal forma, si descubre que no la está realizando, el médico es capaz de modificar su comportamiento.

2. Las condiciones para que una norma abierta guie a un sujeto

El segundo modelo es más complejo, pues las normas abiertas no ordenan un comportamiento específico que se pueda realizar intencionalmente. Considérese que las obligaciones de medio y de resultado abren el balance de razones a los ciudadanos, quienes deben determinar qué comportamientos son racionales para alcanzar ciertos estados de cosas en los que no se daña. Así pueden evitar ciertas consecuencias que se les atribuirían como parte de su actuar. Las obligaciones de medio le ordenan al sujeto realizar acciones tendientes a alcanzar esos estados de cosas, considerando las razones para actuar que tenía disponibles en un momento dado. Frente a estas obligaciones, la intención del sujeto o su motivación es relevante para establecer si fue diligente, pero no para evaluarlo como culpable. A la luz de los regímenes subjetivos, ser negligente es una cuestión de no tomar la precaución adecuada en cada caso. Si el sujeto no lo hace, el juez calificará su conducta como culpable muy a pesar de lo que quería. A su vez, las obligaciones de resultado le ordenan al sujeto alcanzar un estado de cosas. Este sujeto tiene razones para hacerlo más probable, pues lo contrario se le atribuirá la consecuencia negativa que ocurra en la actividad que está realizando.

El segundo modelo supone, siguiendo a Waldron, que este tipo de normas ordenan una deliberación más apropiada y reflexiva. Bajo un modelo de RCE, gracias a la precisión de las circunstancias en las que aplica la norma, el sujeto tendrá que balancear con mayor detenimiento las razones que tiene para actuar con miras a no dañar con culpa o en el marco de una actividad riesgosa en esos casos[454]. Para Waldron, esto es suficiente para sostener que una autoridad ha ordenado un comportamiento que el sujeto tenía razones para adoptar: debe deliberar más reflexiva y apropiadamente en circunstancias específicas. El sujeto es capaz de elegir autónomamente este comportamiento, y ello hace una diferencia práctica importante.

[454] (Waldron 2011)

Sin embargo, ordenar una deliberación más reflexiva y apropiada en ciertos casos, no deja de ser problemático. En efecto, si esto es lo que mandan las normas abiertas de RCE, no es claro de qué forma guían al sujeto y, por ello, se dificulta establecer las condiciones bajo las cuales se puede suponer que el sujeto ha sido guiado por ellas.

El primer problema que se evidencia al formular un modelo de este tipo es relativo a la diferencia práctica que las normas abiertas hacen en el balance de razones del sujeto. Si las normas abiertas de RCE no indican que un comportamiento específico es obligatorio o prohibido, sino que los sujetos deben deliberar para evitar determinada consecuencia, que de lo contrario se les atribuirá, ¿qué diferencia práctica hacen al decirle al sujeto que haga lo que tiene razones para hacer? ¿Qué es lo que informan? Parece más bien que se está delegando en el sujeto la evaluación de la circunstancia para identificar el comportamiento apropiado[455].

En la literatura se encuentran respuestas que sostienen que la primera preocupación supone *una noción muy exigente de guía de conducta*. Al respecto, Waldron argumenta que a pesar de que la autoridad no está señalando un comportamiento específico, sí identifica un tipo de circunstancia relevante o una combinación de circunstancias, y le ordena al sujeto que ajuste su comportamiento al que sería apropiado en ellas[456]. En un modelo de RCE, la autoridad le dice al sujeto que debe tomarse en serio dichas circunstancias porque ahí su comportamiento puede dañar los intereses o derechos fundamentales de otro sujeto. Justo por ello cuenta un deber relativo al derecho de una víctima o posible víctima.

Según Raz una norma «debe representar el juicio de la supuesta autoridad sobre las razones que se aplican a sus sujetos»[457]. En estos casos, las normas abiertas, puestas en términos de razones para actuar, son el medio que utiliza la autoridad normativa para indicarle al sujeto que tiene razones en esas circunstancias para deliberar de una forma que hará menos probable el daño. Para reflexionar sobre cómo actuar en una clase de circunstancias de una forma más detenida, para evitar una decisión apresurada que

[455] (Waldron 2011, 66-67).
[456] (Waldron 2011, 67).
[457] (J. Raz, Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics 1994, 219).

podría resultar en un daño causado con culpa o en el marco de cierta actividad de alto riesgo[458].

En virtud de lo anterior, sería equivocado pensar que el derecho sólo presta un servicio si elimina absolutamente la necesidad de deliberar sobre las razones para actuar en ciertas circunstancias. Como sostiene Shapiro, el derecho solo tiene que «desplazar la necesidad de tal deliberación en alguna medida»[459]. En tanto que este orden normativo excluya ciertas cuestiones «del campo de juego» y oriente la deliberación hacia una dirección en concreto, las normas jurídicas podrán cumplir con su función de guía. Esta idea es utilizada por Papayannis en la RCE para mostrar que «los estándares genéricos también hacen una diferencia práctica al requerir un esfuerzo deliberativo adicional incluso cuando se hayan cumplido todos los estándares específicos de la actividad»[460].

En últimas, una comprensión amplia de lo que significa "guiar el comportamiento" es lo que afirmaciones como las anteriores defienden. Bajo ella, tal término significa, al menos, dos cosas: a) señalar ciertas acciones básicas o intencionales que el sujeto debe realizar; o b) indicar ocasiones en las que el sujeto debe deliberar con su razón práctica para conseguir ciertos estados de cosas. Con tal comprensión, según Waldron, «podríamos querer decir que todo lo valioso e importante acerca de la premisa de que el derecho, por lo general, procede guiando la acción, […], y no se pierde nada de importancia al rechazar el sentido más estricto»[461].

Un segundo problema que aparece con modelos de este tipo es que incluso aceptando lo anterior alguien podría objetar *que el elemento de orientación de estas normas es mínimo*. Quienes eleven esta objeción dirían que no es lo mismo indicarle a un sujeto que debe prestar atención a sus acciones en ciertas circunstancias utilizando términos vagos o indeterminados que guiarlo al ordenarle un comportamiento específico. Para lograr esto último, una norma jurídica tiene que dejarle claro a una persona las expectativas que la autoridad y la sociedad tienen de ella. No parece suficiente alertar al

[458] (Waldron 2011, 68-69. Nota 25).
[459] (S. J. Shapiro, Legalidad 2014, 338).
[460] (D. Papayannis, La culpa 2022, 182).
[461] (Waldron 2011, 67).

sujeto que se espera algo de él y señalar de manera vaga hacia el área de acción con la que está relacionada esa expectativa.

Waldron responde a esta segunda preocupación reconociendo que hay una diferencia de grado entre la guía que normas cerradas y normas abiertas ofrecen[462]. Ambos tipos de normas utilizan términos generales clasificatorios con un mayor o menor nivel de precisión, esto implica que, aunque las normas cerradas no habilitan el balance de razones de una forma directa, no acaban totalmente con la deliberación de los sujetos. En ese sentido, el comportamiento que se hace relevante por una determinada norma jurídica puede especificarse con más o menos detalle, reduciendo gradualmente, pero sin eliminar la necesidad de deliberación.

Un tercer problema para un modelo de guía de comportamiento de las normas abiertas se relaciona con *aquello que estas informan*. Bajo estas normas, no hay un comportamiento específico previamente establecido por la autoridad que permita decir que el sujeto cumplirá o se conformará con su contenido, sino que se identifica con precisión lo que la norma ordena de forma posterior a aquello que se presenta *prima facie* como incumplimiento. En ese sentido, parece que las razones ponderadas por los ciudadanos son constitutivas de la conducta ordenada. Si es así, se podría decir que las autoridades necesitan interesarse por la guía motivacional que estas normas ofrecen al momento de legislar, porque, en últimas, la razones que causan la acción del sujeto juzgado son las que permiten sostener apropiadamente que ha obedecido o no. Así las cosas, al evaluar si alguien ha sido culpable las autoridades necesitan preguntarse, ¿qué medidas de precaución tuvo en cuenta el sujeto? Si desconocía la precaución que se podría considerar razonable en el caso, ¿cómo se puede considerar culpable?

Tal como se ha sostenido en el transcurso del capítulo esta no es la posición de los modelos de RCE que se están considerando. Lo cierto es que esta última preocupación se puede superar si se reconoce que las normas abiertas que asignan obligaciones de medio, aquellas que establecen estándares genéricos de conducta, hacen referencia a las razones que el sujeto tenía a su disposición, y no a aquellas en las que creía. En otras palabras, lo que estas normas abiertas de comportamiento ordenan es

[462] (Waldron 2011, 70).

independiente del sujeto; independiente del conjunto de creencias que tenía al momento de causar el daño. En esta tesis, se considera que las razones dependen de los hechos que eran relevantes para alcanzar los fines normativamente pertinentes en un momento dado. Por ejemplo, la disponibilidad de un tipo determinado de tratamiento clínico es una razón para actuar a la luz de los estándares de conducta y los deberes de no dañar con culpa. Estos fines son relevantes porque así lo ha decidido la autoridad, y se confía razonadamente que ella persigue fines que tienen valor todas las cosas consideradas. Por tanto, a pesar de que el sujeto no incluía en su esquema de creencias una medida de precaución, y desconocía que ese tratamiento clínico era la forma más razonable de evitar el daño causado, si podía conocer esos hechos, se puede afirmar que las normas de RCE que regulaban su caso la hacían obligatoria.

Sin embargo, al responder así a la última problemática, hablando de razones externas al sujeto, se revela el argumento que quizá fundamenta todas estas preocupaciones. Se podría argumentar que todas estas posibles objeciones a un modelo de guía de conducta para las normas abiertas se soportan en mayor o menor grado en una preocupación más profunda por la diferencia práctica que tiene que hacer el derecho frente a la moralidad. En última instancia, lo que parece preocupar a quién las sostiene es que las normas abiertas de RCE disminuyen la autoridad del derecho. Cuando se implementan, este último se vuelve una tautología racional que sólo reitera lo que la moral ya ordenaba en el caso. Sobre el punto, Raz plantea la siguiente pregunta retórica: «Si el propósito del derecho es hacer una diferencia en nuestra vida, ¿no se sigue de esto que la realización de su propósito depende de su capacidad para excluir la moralidad?»[463].

La crítica a la redundancia racional del derecho, sugiere que, si el propósito del derecho es influir en la vida de los sujetos del derecho: las autoridades y los ciudadanos, entonces, su funcionalidad depende de su capacidad para diferenciarse de la moral. Piénsese en la RCE. Si la moral ya les indica a los sujetos que no deben dañar en ciertas circunstancias y de ciertos modos, qué función cumplen las normas que componen los modelos de RCE. Raz argumenta que, aunque el derecho no siempre debe requerir algo completamente diferente de lo que requiere la moral —a veces simplemente modifica la

[463] (J. Raz 2004, 8).

forma en que se aplican las consideraciones morales—[464], existe un problema inherente en una norma jurídica que sólo reitere lo que ya impone la moral.

Frente a esta preocupación más profunda se seguirá la respuesta que dan autores como Waldron. Para ellos, que el derecho repita mandatos morales no es problemático, sino que cumple funciones importantes[465]. Las normas jurídicas que reiteran las exigencias morales sirven para expresar públicamente valores importantes, educar moralmente a la sociedad, autorizar sanciones por violaciones morales y guiar el comportamiento de aquellos que podrían no ser dirigidos por la moral por diversas razones, como una educación deficiente o debilidad de voluntad[466].

A la luz de todo lo expuesto, en el modelo más complejo, un sujeto *P* se ve guiado por una NJC_2 cuando las siguientes condiciones se cumplen:

Modelo (ii)

1. En algún tipo de circunstancia C_2, la NJC_2 ordena a P que modifique adecuadamente su comportamiento.

2. *P* es capaz de entender y recordar NJC_2.

3. En cualquier momento dado, *P* es capaz de identificar si se encuentra en una circunstancia del tipo C_2.

4. Cuando *P* nota que se encuentra en la circunstancia C_2, es capaz de considerar qué comportamiento es ahora el adecuado.

5. Conforme a ese juicio, *P* es capaz de controlar su acción para determinar si se está comportando de una manera que considera adecuada en la circunstancia C_2, según la norma NJC_2.

6. Si juzga que no se está comportando de manera adecuada en la circunstancia C_2, *P* es capaz de modificar su comportamiento para que sea adecuado para la circunstancia C_2, según la norma NJC_2.

[464] (J. Raz 2004, 9).
[465] (Waldron 2011, 71).
[466] (Waldron 2011, 71-72)

Si el modelo (ii) es aplicable a las normas abiertas contenidas en los regímenes de responsabilidad, la pregunta que queda pendiente es cuál sería la diferencia que habría si la norma (*NJC_2)* asigna obligaciones de medio o de resultado. En otras palabras, de qué forma esta distinción entre el tipo de obligación implica una diferencia en el balance de razones que hará el sujeto al modificar su comportamiento al que considera adecuado a la luz de la norma de RCE. En la siguiente sección se trazará esta diferencia haciendo referencia a la forma como cada una de estas normas abiertas exige que el sujeto alcance el estado de cosas deseado. razones para triunfar que generan las normas que demandan resultados y las razones para intentar que producen las normas de medios.

B. Las obligaciones de resultado y de medio y las razones para actuar

En los regímenes objetivos, los deberes de no dañar con riesgo u otra condición exigen ciertos estados de cosas que el sujeto debe conseguir y que se considerarán cumplidas sólo si dicho estado de cosas ocurre. Si se dan esas consecuencias no queridas por la autoridad, se le atribuirán al sujeto como parte de su actuación. Bajo estas normas, el estado de cosas en el que no se daña es lo único que cuenta como cumplimiento. Estas son las obligaciones de resultado.

En los regímenes subjetivos, la aplicación de una consecuencia jurídica justificada por el incumplimiento de las obligaciones de no dañar con culpa requiere que el sujeto haya lesionado los derechos o intereses de la víctima, dejando de tomar ciertas medidas de precaución para evitar dañar, siendo indiferente si esta última omisión fue intencional o no. En este sentido, las acciones que se calificarán como culpables también son acciones-consecuencia, son ciertos comportamientos activos o negativos interpretados como negligentes por la sociedad a pesar de la intención del sujeto que los realiza.

Sin embargo, en estos últimos regímenes de responsabilidad también existen otro tipo de normas cuyo contenido en términos de acciones humanas es distinto a las obligaciones primarias de comportamiento que se encuentran en los regímenes objetivos de responsabilidad. Los estándares genéricos y específicos de diligencia hacen obligatorios los medios razonables para no dañar con culpa. El sujeto puede implementarlos de forma intencional. Así, aun cuando la exigencia probatoria en un proceso judicial no demande necesariamente la prueba de esta intención y baste con su

ocurrencia para que sea atribuida por parte del funcionario judicial, dichas normas tienen por objeto acciones intencionales.

En los regímenes subjetivos la relación entre estos dos tipos de normas y la posibilidad de cumplir con las normas primarias de comportamiento aun cuando se dé dicho estado de cosas que la autoridad normativa quiere prevenir, permite sostener que en el centro de estos regímenes hay obligaciones de medios.

A su vez, en ambos regímenes se encuentran normas secundarias de reparación que exigen acciones-consecuencia. En los casos en los que son aplicables las normas secundarias, los sujetos están obligados a reparar a la víctima. Esto no dependerá de su intención, sino de un tipo de compensación que será calificada social y jurídicamente como suficiente para reparar a la víctima. Bien sea una disculpa o una indemnización monetaria.

A pesar de las similitudes, las diferencias son bastante importantes y permiten trazar un contraste más afilado entre los regímenes de responsabilidad. Se puede decir que los regímenes subjetivos cuentan con obligaciones de medio que son interpretadas por los sujetos como razones para intentar, protegidas jurídicamente; que son independientes de los fines del sujeto y que excluyen otro tipo de razones para actuar. En cambio, las obligaciones de resultado son interpretadas como razones para triunfar, protegidas en el mismo sentido que las anteriores. En lo que sigue se desarrollará cada una de ellas, comenzando por las razones para triunfar.

1. Las obligaciones de resultado y las razones para triunfar

Hasta ahora, se podría sostener que las obligaciones de resultado ordenan que el sujeto alcance *α* en determinadas circunstancias. Así, si no sucede *α* —en otras palabras, la acción consecuencia que ha sido calificada deónticamente como obligatoria o prohibida por la autoridad normativa—, esto no solo es suficiente, sino que también es necesario para calificar como incorrecta la conducta del sujeto juzgado. De manera que, una vez cumplidos otros requisitos del procedimiento judicial, se le atribuya responsabilidad al sujeto a la luz de estas normas.

Por tanto, los jueces evalúan estas obligaciones sin interesarse por las acciones que el sujeto intentó hacer para lograr *α*[467]. Solo evalúan si la consecuencia obligatoria o prohibida *α* se dio gracias a *P*, en una circunstancia determinada. No se analiza si *P* contaba con condiciones disponibles para conseguirla, si tenía la capacidad y/o la oportunidad de lograrla. Tampoco será relevante que el sujeto *P* hubiese tenido la intención de alcanzar *α*.

En materia de RCE, *α* paradigmáticamente significa un estado de cosas: no dañar con riesgo u otra condición. Pero también puede significar una situación en la que la víctima es reparada. Por tanto, el sujeto podría dañar al ejecutar una actividad riesgosa a pesar de su enorme esfuerzo en evitarlo, utilizando todas las medidas de precaución disponibles. Además, este sujeto podría no reparar porque carece de condiciones o posibilidades para pagar. Pero, bajo estas obligaciones, su actuación se considerará incorrecta a pesar de sus buenas intenciones, porque no logró no dañar en el marco de su actividad riesgosa o reparar, como le era exigible.

Así las cosas, cuando el buen ciudadano conoce que está bajo una norma de este tipo y la sigue, modificará su comportamiento teniendo en cuenta que éste sólo se considerará correcto si alcanza el estado de cosas ordenado. En ese sentido, en su razonamiento práctico estas normas se interpretarán como razones protegidas jurídicamente para triunfar o tener éxito en no hacer daño con actividades riesgosas o en reparar. Ahora, ¿qué implica contar con dichas razones?

En los casos en los que un ciudadano logra cumplir con su obligación de resultado, esas razones implican que también tiene razones para intentarlo. En otras palabras, las razones que protegen el cumplimiento en esas ocasiones permiten *derivar* razones para intentar, las cuales serán racionales, aunque no estén protegidas por el derecho. En el caso de los deberes de no dañar con actividades riesgosas, intentar cumplir racionalmente incluye tomar precauciones productivas y óptimas para dicho objetivo. El sujeto que pretende cumplir con la norma debe informarse sobre las medidas de

[467] Esta es una reconstrucción de la definición que utiliza Gardner incluyendo los elementos de teoría jurídica que se han desarrollado en el apartado (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019, 140-141).

precaución disponibles para reducir la probabilidad y gravedad de un posible daño, y tomar aquellas que sean razonables[468].

Ahora bien, ¿qué sucede cuando un ciudadano no es capaz de lograr dicho resultado, de contribuir a que ese estado de cosas se produzca? Siguiendo a Gardner, esto no significa que el ciudadano deje de tener razones para triunfar en la consecución de ese resultado. En estos casos, el ciudadano tiene razones para no dañar, aunque no tenga razones para intentar evitarlo. Puede suceder que la autoridad haya decidido que los ciudadanos tienen el deber de no dañar en estas circunstancias, dada la importancia de los intereses o derechos fundamentales de sus semejantes. En efecto, en los diferentes modelos de RCE, las autoridades jurídicas suelen imponer a los individuos el deber de no dañar en la conducción, protegiendo así los derechos de los peatones a no ser lesionados. Estas normas primarias de comportamiento también gobiernan la conducta de aquellos ciudadanos que no siempre tienen la capacidad de evitar los daños causados con su vehículo. En última instancia, esta obligación de resultado es una razón protegida por el derecho para cumplir, que excluye muchas otras consideraciones en favor de conductas contrarias, como la incapacidad de un sujeto concreto para contribuir a dicho resultado. Como señala Gardner: «Cuando actuar con la intención de lograr *α* no contribuiría a la realización de *α*, uno tiene razones para *α* (es decir, razones para tener éxito) sin razones correspondientes para intentarlo»»[469].

Lo anterior puede parecer demasiado exigente. ¿Puede un sujeto racional, de carne y hueso, cumplir autónomamente con estas razones en todas las ocasiones en que se apliquen? La respuesta es que no, pero eso no significa que no pueda hacerlo en la mayoría de los casos. De hecho, la tercera implicación de contar con razones para triunfar explica más claramente cómo el agente puede tomar acciones encaminadas a cumplir con ellas en muchas ocasiones. En la actividad de conducción, por ejemplo, un sujeto puede reducir significativamente la cantidad de circunstancias en las que corre el riesgo de causar daño. Una vez que ha adoptado todas las medidas de precaución apropiadas, los casos en los que puede causar daño se reducen considerablemente. Aun

[468] (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019, 139-140).
[469] (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019, 165)

así, seguirán existiendo situaciones en las que, a largo plazo, incluso el mejor conductor cometerá errores. Por ejemplo, distraerse en la carretera debido a un pensamiento intrusivo o, en una ocasión, olvidar revisar el punto ciego antes de cambiar de carril. Sin embargo, el ciudadano interesado en cumplir con la norma puede reducir aún más la posibilidad de causar daño al disminuir la frecuencia con la que realiza dicha actividad. De hecho, una menor frecuencia de conducción reduce la probabilidad de que ocurran estos casos. Hay una diferencia relevante, en términos de probabilidades, entre los accidentes que pueden ocurrir si se usa un vehículo durante una hora o durante ocho horas[470].

No obstante, no debe olvidarse que el ciudadano también obtiene diversos beneficios por el desarrollo de una actividad riesgosa, y que la sociedad también se ve beneficiada, de forma directa o indirecta, por actividades como la minería, el transporte automotor o la distribución de mercancías y electricidad. En este sentido, no es deseable que estas actividades dejen de realizarse. El ciudadano, consciente de su obligación de resultado para evitar daños, intentará llevar a cabo la actividad con la frecuencia que le permita alcanzar un equilibrio en el cual esta le sea beneficiosa sin ser altamente riesgosa para los demás[471]. Por tanto, no debe confundirse una obligación de no causar daño en el desarrollo de una actividad riesgosa con una prohibición de dicha actividad.

Claramente, reducir la frecuencia de la actividad no eliminará por completo los casos en los que se pueda causar daño. Sin embargo, tampoco debería traducirse en precauciones extremas que terminen siendo contraproducentes, ya que dificultarían la tarea del sujeto. Por ejemplo, mirar tres veces cada retrovisor, conducir a una velocidad mucho más baja de lo esperado o tocar la bocina de manera confusa para los demás podrían, en lugar de prevenir un accidente, hacerlo más probable. Tales medidas extremas dejarían de considerarse como precauciones.

En virtud de lo anterior, alguien podría pensar que un buen ciudadano, deseoso de no dañar a nadie e influenciado por las razones para triunfar, al ver que las medidas de precaución y la reducción de la frecuencia no son suficientes, podría optar por abandonar

[470] (D. M. Papayannis, Fundamentos económicos de la responsabilidad civil extracontractual 2009, 151).
[471] (D. M. Papayannis, Fundamentos económicos de la responsabilidad civil extracontractual 2009, 153).

la actividad riesgosa para cumplir con su deber. Esta interpretación ha sido una base para el debate sobre la justificación de estas obligaciones, ya que se ha sostenido que pueden desincentivar ineficientemente actividades socialmente beneficiosas[472].

Sin embargo, una posible respuesta a estas objeciones sería argumentar que el buen ciudadano no tiene razones, y mucho menos protegidas, para abandonar dicha actividad, al menos no si conoce dónde aplica la norma primaria de comportamiento[473]. Una vez que ha tomado todas las medidas de precaución adecuadas y ha reducido la frecuencia, poco más puede hacer para disminuir la probabilidad de causar daño. Aunque el sujeto podría decidir abandonar la actividad, esta decisión podría ser más costosa en términos económicos y morales que continuar con ella, aceptando el mínimo riesgo de daño. Esto podría afectar la realización de sus otros fines o preferencias, como llegar a su trabajo o transportar a sus hijos. Además, impactaría el bienestar público de su sociedad. Por lo tanto, si la probabilidad de causar daño es muy baja, parece razonable continuar con la actividad después de haber tomado todas las acciones necesarias para maximizar la probabilidad de alcanzar el resultado deseado.

Según Gardner, en estos escenarios donde se aplican obligaciones de resultado, si el buen ciudadano ha tomado las máximas precauciones, incluyendo la reducción de la frecuencia, y aún persisten ciertos riesgos, este ciudadano tiene razones para continuar con la actividad aceptando dichos riesgos. No tiene razones para intentar evitar esos daños con mayor tenacidad[474].

Finalmente, las razones para triunfar no requieren otras consideraciones jurídicas o no jurídicas para que el ciudadano entienda lo que debe hacer si desea seguirlas. Si el ciudadano considera que tiene razones para evitar causar daño en el marco de una actividad riesgosa, le serán claras las acciones apropiadas para no dañar, siempre que

[472]Al respecto (Smith, Strict Duties and the Rule of Law 2015). Quien formula una objeción a la responsabilidad objetiva, basada en el Estado de derecho no por la forma en la que tratan dichas normas a quienes les aplica, sino sobre su ineficiencia por su falta de claridad.
[473] Una explicación de por qué las obligaciones de resultado con condiciones de aplicación categóricas y contenido abierto podrían ser criticables desde el Estado de Derecho en (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019). En sus palabras, «El mal moral que uno comete consiste esencialmente en perjudicar a P, pero es injusto responsabilizar a D por ese mal sin ofrecerle una manera en la que D pudiera haber tomado medidas para protegerse de incurrir en dicha responsabilidad» (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019, 150).
[474] (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019, 165).

le sea posible evitarlas. Él no necesita otras razones más allá de las generadas por la norma misma para comprender qué debe hacer, qué otras razones debe descartar por oponerse a ello y qué medios debe seleccionar para contribuir al resultado ordenado.

2. Las obligaciones de medio y las razones para intentar

Por contraste con las anteriores, en las circunstancias en las que son aplicables, las obligaciones de medio exigen al sujeto que intente alcanzar *α.* A su luz, no solo es relevante la ocurrencia de *α,* sino también sus intentos razonables de lograrlo[475]. Así, que no ocurra *α* es necesario, pero no suficiente, para calificar la conducta del sujeto como incorrecta y atribuirles responsabilidad conforme a estas normas.

Por lo anterior, los jueces no sólo evalúan si el estado de cosas ordenado por el legislador *α* no ha ocurrido. También estudian el tipo acción intencional que el sujeto puso en marcha para lograr *α*[476]. Se podrá sostener apropiadamente que el sujeto ha incumplido si los medios de precaución que seleccionó para cumplir con este fin no fueron los correctos en su situación, por ejemplo, no fueron productivos, fueron poco eficaces, o fueron irrazonables, y si *α* no se dio. A su vez, se podrá decir lo mismo cuando *α* no sucede y el sujeto no intenta alcanzarla de ninguna forma.

Así las cosas, a pesar de que la intención del sujeto tiene un rol en su evaluación a la luz de los regímenes subjetivos, no es fundamental. Pues, al aplicar estas normas abiertas, el juez no tendrá que investigar si el sujeto ha tenido la intención de ejecutar ciertas medidas de precaución porque, por ejemplo, no deseaba dañar con culpa. Si sólo ejecutó con su motivación adecuada algunas de las medidas que era razonable tomar, la autoridad lo considerará culpable. En este sentido, poco importa que el sujeto haya tenido la disposición adecuada pero no las condiciones para cumplir con dichos deberes. Por ejemplo, si carecía de la capacidad u oportunidad para utilizar los medios de precaución razonables. Este sujeto tenía el deber de alcanzar el estándar de conducta exigido jurídicamente.

---

[475] (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019, 140-141).

[476] Esta es una reconstrucción de la definición que utiliza Gardner incluyendo los elementos de teoría jurídica que se han desarrollado en el apartado (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019, 140-141).

En un modelo de RCE, en el régimen subjetivo, la norma abierta que paradigmáticamente establece una obligación de medio es el deber de no dañar con culpa. Dicha norma exige que el sujeto intente no dañar y que no lo haga, en otras palabras, que tome las medidas de precaución adecuadas y que sean efectivas. Empero, a su vez, los estándares genéricos de diligencia también se pueden considerar obligaciones de medio, en el sentido de que presuponen razones para no dañar con culpa, razones que las hacen inteligibles, tal como se procederá a explicar a continuación.

Acéptese por un momento que ambos tipos de normas en un régimen subjetivo son obligaciones de medio. Un buen ciudadano que las conozca y considere que se debería guiar por estas obligaciones las interpretará como razones protegidas para intentar no hacer daño. Pero ¿qué significa contar con razones de este tipo?

En primer lugar, en el balance de razones del sujeto, las razones no derrotadas para intentar no dañar se traducen en una decisión de tomar medidas de precaución que disminuyan la probabilidad de dañar[477]. Así, quien decide tomar precauciones, intenta no dañar. Por tanto, se puede sostener que existe una conexión racional entre las razones para intentar y las razones para triunfar en no dañar. Las obligaciones de medio sólo pueden interpretarse como razones protegidas para intentar no dañar si el buen ciudadano asume que además cuenta con razones para no dañar, que es posible que en algún escenario lo consiga. Gardner argumenta este punto en los siguientes términos: «Una razón para intentar *α* no es una razón para realizar *α*, sino una razón para actuar con la finalidad de que el acto (supuestamente) contribuirá a la realización de *α*»[478].

En la primera parte de la tesis se sostuvo el mismo argumento a favor de la presencia de deberes de no dañar impuestos por normas primarias de RCE. Se dijo que los deberes de diligencia son razones categóricas e imperativas que obligan a los sujetos a intentar no dañar con culpa en las circunstancias en las que apliquen. Obligación que se traduce en la toma de medidas de precaución que sean racionales para no dañar. El sujeto tiene que considerar la probabilidad y la gravedad del daño que pueda causar y pensar que las medidas de precaución que tomará serán acciones o pasos extras que reducirán

[477] (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019, 163).
[478] (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019, 163).

cualquiera de estos factores. Así las cosas, al lado de la razón protegida de intentar no dañar con culpa, se tiene que suponer y aceptar que existen razones para triunfar en dicha tarea[479]. Por supuesto, la conclusión de que estas razones para triunfar también están protegidas por el derecho, que son normas, requiere más pasos. Por ahora, basta ratificar que solo se puede comprender y/o explicar las razones para intentar con base en las razones para triunfar.

El anterior es el sentido en el que los estándares genéricos de diligencia se pueden interpretar como deberes de medio. Si bien en su contenido no se hace referencia a una consecuencia, como dañar, se requiere suponerla para poder aplicarlos o verse guiados por ellos.

Ahora, Gardner argumenta que, aunque se pueden tener razones adicionales para intentar algo, más allá de las razones relacionadas con triunfar en ello, no es posible intentar de manera genuina si no se tiene en cuenta la posibilidad de éxito como una de las razones para intentarlo[480]. Esto se debe a que intentar implica necesariamente actuar con la intención de que ese intento contribuya al éxito. Si uno solo actúa por razones que no se derivan de la posibilidad de tener éxito, no estaría realmente intentando. Aunque puede haber razones adicionales, como las obligaciones establecidas por el legislador, que guíen a un ciudadano a intentar, la expectativa de que el intento pueda conducir al éxito debe formar parte de las razones que integran su motivación, o el acto de intentar perdería su significado[481].

3. Los estándares específicos de diligencia y su relación con las razones para intentar

En último lugar, se explicarán las razones para la acción que generan los estándares específicos de diligencia y cómo se relacionan con el esquema de razones que se acaba de explicar. En las circunstancias en las que son aplicables, estas normas cerradas de

[479] (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019, 166).
[480] Sobre este punto, Herstein argumenta a favor del valor de las razones para intentar. Herstein sostiene que estas pueden ser valiosas tanto como medios para lograr algo y como fines en sí mismas. Este valor puede justificar que las autoridades impongan obligaciones jurídicas de medios, incluso en situaciones en las que un sujeto concreto no pueda alcanzar el resultado deseado. Este argumento, por supuesto, no afecta el punto de Gardner que se está explicando: cuando existen razones para intentar algo, el agente que desee seguirlas debe asumir que es posible tener éxito en ese algo (Herstein 2023).
[481] (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019, 165-166).

comportamiento obligan a realizar comportamientos específicos. En otras palabras, las autoridades hacen obligatorio un acto-básico a través de estos estándares.

A la luz de lo anterior, un estándar específico interpretado de forma independiente a las demás normas primarias de comportamiento que integran un modelo de RCE es una razón protegida que no permite al ciudadano deliberar sobre las razones para actuar en determinadas circunstancias. También excluirá, al menos, un conjunto no vacío de otras consideraciones, pero no todas. Así, al evaluar su cumplimiento desde esta perspectiva limitada, las autoridades no tendrán en consideración las intenciones de los sujetos, a los medios seleccionados y a su racionalidad para alcanzar cierto estado de cosas, ni a las consecuencias de la acción. Sólo se preguntarán si las acciones obligatorias o prohibidas han sido ejecutadas por el sujeto sometido por la norma.

Sin embargo, al enmarcar los estándares de diligencia específicos en los modelos de RCE, la evaluación puede variar. Desde este marco interpretativo más amplio, se puede sostener que estas normas primarias de comportamiento asignan el deber de comportarse de una forma específica porque tales acciones hacen menos previsibles los daños causados a otras personas en ciertas circunstancias; y, a su vez, el derecho de las posibles víctimas a exigir dicho comportamiento. Desde aquí, se puede sostener que los estándares específicos son acciones-básicas que son *prima facie* idóneas para no dañar. El legislador (o excepcionalmente el juez) las ha hecho obligatorias a través de las normas legisladas porque son medios apropiados para alcanzar el fin de no dañar.

En virtud de lo anterior, se establece una relación entre los estándares específicos de diligencia, los estándares genéricos y los deberes de no dañar con culpa. Los estándares específicos son normas cuya razón subyacente son los estándares genéricos que, a su vez, están relacionadas con los deberes de no dañar con culpa. En últimas, el propósito racional de estos estándares sería que cuando un ciudadano los cumple hace menos probable que un daño ocurra, que cumpla con su deber de no dañar en esas circunstancias[482]. Autores como Barros sostienen que al evaluar el cumplimiento de estos últimos estándares específicos el fin de la norma implica un límite para la atribución

[482] (D. M. Papayannis, Estándares de diligencia genéricos y específicos: razones para la acción y deberes en conflicto 2022, 157).

de responsabilidad, puesto este fin en términos del tipo de daño que tratan de evitar[483]. En otras palabras, las normas reglamentarias, de costumbre o jurisprudenciales que establecen comportamientos específicos que son obligatorios y son usados para evaluar la conducta intersubjetiva bajo la RCE, podrán aplicarse cuando su incumplimiento ha causado el efecto dañoso previsible y no otros, imprevisibles. Por ejemplo, la norma reglamentaria que ordena a los propietarios de un restaurante almacenar el veneno para rata alejado de la cocina, porque puede envenenar la comida, se puede utilizar para determinar su culpa, en un juicio de responsabilidad civil, si se da el caso de que un comensal se ha envenenado. Si en cambio, el veneno ha explotado por el calor del verano, sumado al calor de la estufa, lesionando a un comensal, el sólo incumplimiento de dicha norma, per se, no implicará culpa de los propietarios. En el mismo sentido, si alguien participa casualmente en un accidente y se evidencia que conduce con su licencia caducada, ese sólo hecho no implicará que habrá relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño[484].

Este criterio viene con salvedades, pues el fin de un texto normativo no suele estar declarado por su creador. Su propósito es indeterminado en algún grado. Pero, a pesar de esto, se puede hacer una interpretación plausible del tipo de daños que un determinado comportamiento prudente puede evitar. El intérprete puede utilizar los distintos argumentos que ayudan a definir el contenido de las normas abiertas de diligencia, de los estándares genéricos, para definir ese tipo de daños.

Sumado a lo anterior, interpretar los estándares específicos de diligencia enmarcados en un modelo de RCE evita contradicciones que podrían surgir aparentemente con las demás normas abiertas del régimen subjetivo de responsabilidad. En algunos casos, un estándar específico no será el medio más idóneo de evitar el daño. En tales ocasiones, el ciudadano debería considerar que la norma no es aplicable, porque de hacerlo esta no cumplirá con su razón subyacente. En cambio, debería seguir el estándar genérico. Esta aplicación de las normas primarias de comportamiento del régimen subjetivo se observa en distintos casos como *Tedla v. Ellman*[485], en el cual ciertos transeúntes

[483] (Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I. 2020, 106-107).
[484] (Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I. 2020, 107).
[485] *Tedla v. Ellman, 280 N.Y. 124 (N.Y. 1939).* También se puede consultar Martin v. Herzog, 176 A.D. 614,

incumplieron las normas del reglamento de tránsito al caminar por la carretera en la misma dirección del flujo vehicular. Una vez ocurre un accidente, el conductor del vehículo alega culpa de la víctima en virtud de dicho incumplimiento. En este caso, el juez encontró que si bien se había incumplido la norma de comportamiento, para efectos de la responsabilidad civil, estos reglamentos sólo son normas que prima facie determinan la culpabilidad de algún sujeto. Una vez analizada la circunstancia del caso, especialmente el flujo vehicular que transitaba ese día por la vía en la que se suponía debía caminar el transeúnte que sufrió el accidente, el juez concluyó que la decisión de la víctima era la más diligente para disminuir la posibilidad de un accidente.

En este sentido, y para efectos de la RCE, el balance de razones que hace un ciudadano con estas normas para cumplir el fin de no dañar, no se hace independientemente. Se debe realizar en conjunto. Por tanto, se puede decir que los estándares de diligencia específicos son razones protegidas para intentar no dañar con culpa mucho más precisas.

Para cerrar la sección, se puede sostener que las normas primarias de los modelos de RCE no solo están diseñadas para propiciar la reparación, sino que cumplen una función esencial en la guía de las relaciones interpersonales. Estas normas, al imponer deberes de diverso tipo en circunstancias específicas, promueven un marco de respeto mutuo entre los ciudadanos, alentándolos a actuar respetuosamente, evitando que causen daño a otros. A través de la combinación de normas abiertas y cerradas, la RCE no solo ofrece lineamientos sobre cuándo y cómo se debe reparar un daño, sino que también informa de razones que pueden motivar a los individuos a adoptar comportamientos que favorezcan las relaciones interpersonales.

Conclusiones

En conclusión, la responsabilidad civil extracontractual (RCE) tiene la disposición normativa de guiar el comportamiento de los ciudadanos en sus relaciones interpersonales, en la medida en que provee razones para actuar conforme al tipo de obligaciones que establece.

163 N.Y.S. 189, 1917).

En el capítulo se explicó que las normas jurídicas guían de distintas maneras. Una de las más relevantes es que dotan de razones categóricas e imperativas a los ciudadanos para comportarse de una forma concreta en determinadas circunstancias. En segundo lugar, y en la medida en que son reconocidas como tales, pueden funcionar como un mecanismo motivacional que influye operativamente en el razonamiento práctico de los ciudadanos respetuosos del derecho o como un mecanismo motivacional que influye auxiliarmente, aunque de forma relevante, en el razonamiento de ciudadanos confundidos. Tal como se han modelado, los buenos ciudadanos tienen la disposición de cumplir con estas normas una vez que las conocen, ya que reconocen que generan razones para actuar, considerando legítima la autoridad del derecho.

En el caso de los modelos de RCE, dado que se componen de normas jurídicas, tienen la disposición de guiar el comportamiento de los sujetos en sus relaciones intersubjetivas. Bajo las condiciones apropiadas, ofrecen razones para actuar con respeto y diligencia, evitando causar daños en ciertas circunstancias o reparando los daños causados con las formas de reparación que establecen.

El capítulo profundizó en los diferentes tipos de razones que tiene el ciudadano regido por un modelo de RCE, dependiendo de si su conducta está regulada por una norma cerrada, que define un estándar específico, o una norma abierta, que le asigna una obligación de resultado o de medio. Se explicó que las obligaciones de resultado son interpretadas por el buen ciudadano como razones categóricas e imperativas para alcanzar un estado de cosas, generando tanto razones para intentar como para triunfar. Por otro lado, las obligaciones de medio, asociadas a estándares genéricos, proveen razones protegidas para intentar alcanzar ese estado, aunque con una menor exigencia respecto al resultado.

Además, se abordaron las relaciones entre las normas y las razones para actuar que generan. Este análisis facilitó identificar las normas de RCE que una autoridad legislativa (o excepcionalmente judicial) debería emplear según el comportamiento que desea fomentar en las relaciones interpersonales. Por tanto, analizar cómo las normas primarias y secundarias de RCE impactan en el razonamiento práctico del buen

ciudadano es esencial para optar por un diseño institucional que promueva mejores patrones de conducta.

TERCERA PARTE: EL PROPÓSITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Capítulo 6: Teorías normativas y aspectos relevantes de la responsabilidad civil extracontractual

Introducción

En este capítulo, se argumenta que el propósito de la RCE es establecer un marco normativo interpersonal justo. Cuando las autoridades legítimas y los ciudadanos razonables utilizan la estructura normativa de los modelos de RCE, buscan definir adecuadamente los términos en los cuales deben desarrollarse las relaciones interpersonales, responsabilizando a las personas por conductas que se consideran injustos relacionales. Quien comprende la RCE de esta manera puede explicar más fácilmente las tipologías de normas que conforman los modelos de RCE, sus relaciones y las inferencias necesarias en un juicio de responsabilidad para aplicarlas, permitiendo una mejor comprensión de este artefacto y sus aspectos más relevantes.

En los capítulos anteriores, se argumenta que los modelos de RCE —las versiones locales de la responsabilidad civil extracontractual— tienen una estructura que se compone de normas primarias, secundarias y terciarias. Gracias a la estructura de este artefacto, las normas primarias pueden guiar a los ciudadanos en sus relaciones interpersonales para evitar causar daños, estableciendo deberes de comportamiento. Por su parte, las normas secundarias ofrecen orientación a los ciudadanos sobre los remedios disponibles para reparar a las víctimas cuando se incumplen los deberes anteriores. Cuando estos deberes no se cumplen, las víctimas están facultadas, en virtud de las normas terciarias, a exigir a los victimarios que asuman la responsabilidad por sus acciones. Para ello, pueden recurrir a los procesos judiciales y, en ciertas condiciones, al poder coactivo de los jueces. Esta es, a grandes rasgos, la práctica de atribuir responsabilidad civil.

¿Cuál es el propósito de la RCE? No es sólo definir los comportamientos que los sujetos se deben entre sí en determinadas circunstancias, sino hacerlo de manera justa. Al establecer estos deberes de comportamiento, de reparación y las facultades para exigir su cumplimiento en ciertos casos, se persigue algo valioso, más allá de compensar a las víctimas, disuadir a los posibles victimarios o distribuir derechos y deberes de indemnidad, entre otras funciones que la responsabilidad puede cumplir, si las

condiciones apropiadas se dan. Se busca establecer un marco de justicia interpersonal o relacional o, en términos más conocidos, hacer justicia correctiva entre los ciudadanos, determinando lo que les corresponde en las relaciones interpersonales[486]. Ello implica definir correctamente el espacio de libertad y seguridad que corresponde a cada sujeto en sus relaciones respetuosas con los demás y las formas adecuadas de reparación una vez el daño ocurre. Tal propósito hace parte de su reconstrucción racional.

Ahora, sostener de forma plausible que establecer un marco de justicia interpersonal es el propósito que explica tanto la estructura de los modelos de RCE, como su uso por parte de practicantes —autoridades y ciudadanos— requiere una argumentación compleja, cuyos presupuestos tienen que explicarse a grandes rasgos.

En primer lugar, este argumento se presenta como una respuesta a la pregunta del “para qué” de la RCE, sobre sus fines, más que a la cuestión del “por qué”, sobre las razones o motivos que llevaron a su creación e implementacón. En este sentido, es una pregunta que asume la naturaleza teleológica de los modelos de RCE, que se asocia con su comprensión como artefactos utilizados en una práctica social destinada a cumplir funciones valiosas.

Dicho esto, en el capítulo no interesa la respuesta sincera que a esta pregunta hubieran dado las autoridades reales al votar a favor de las leyes que componen tal o cual modelo de RCE, al redactar las sentencias que la aplican y desarrollan, o al expedir los reglamentos que la complementan. Interesarse en tales eventos correspondería más a una respuesta al "por qué", entendido de manera causal, en este caso, a una pregunta sobre lo que motivó la actuación de las personas dotadas de autoridad que expidieron dichas normas, sentencias o reglamentos en una jurisdicción específica. En cambio, la respuesta al "para qué", que resulta interesante para efectos del capítulo, se refiere al propósito de la RCE que se propondrá con base en las tipologías de normas que componen dichos modelos, en los conceptos que estas utilizan y en las relaciones que

[486] Recientemente en la literatura en español, Papayannis ha distinguido entre justicia correctiva y justicia interpersonal. Para él, la segunda incluye la primera. Mientras la justicia correctiva hace referencia a la corrección de acciones injusta en el pasado, la justicia interpersonal hace referencia también a las acciones que tienen un efecto en los demás y están permitidas, prohibidas y obligadas. En otras palabras, también se hace referencia a los comportamientos previos al daño. Entendiendo esto, en el capítulo se usarán como sinónimos y se hará la distinción cuando sea necesario (D. M. Papayannis 2023, 27).

existen entre ellos. Será una atribución de un propósito racional a los artefactos que compartan las características estructurales que se sostiene tiene la RCE y a la práctica de utilizarlos; enmarcándolos en un ordenamiento jurídico de corte liberal.

Una mayor claridad sobre la finalidad investigativa del capítulo requiere afirmar que no se pretende describir de manera sistemática un modelo local de RCE que determine lo que está permitido o prohibido en las relaciones interpersonales de una comunidad concreta, ni se busca justificar un modelo de este tipo ni la RCE en general. Pero dada esta aclaración, surge una posible pregunta: ¿por qué se afirma que el propósito de la RCE es establecer un marco normativo interpersonal "justo" y no cualquier otro? El uso de tal adjetivo calificativo podría justificarse desde la perspectiva de un ordenamiento jurídico, afirmándose que, según las autoridades españolas, colombianas o de los funcionarios de la Unión Europea, dicho marco normativo interpersonal es correcto. También se podría indicar que su uso se explica desde una teoría normativa de la justicia, sosteniendo que es correcto porque cumple con ciertos requisitos específicos, y, por lo tanto, debería implementarse. Pero ninguna de estas es la estrategia argumentativa que se utiliza para formular el *para qué* de la RCE.

Al menos dos razones justifican la formulación del propósito de la RCE en los términos que utiliza el capítulo, esto es, calificándolo como "justo". En primer lugar, esta afirmación se sostendrá así porque se considera que si se dijera que el propósito de la RCE es definir un marco normativo interpersonal se repetiría aquello que ya se ha defendido en otros capítulos; sería redescribir la RCE, su estructura normativa o la guía que ofrece a los ciudadanos. A su vez, porque indagar por el propósito racional que podría tener una autoridad legítima al crear, adjudicar o utilizar estos modelos, resulta esclarecedor de la estructura de la RCE, del contenido de sus normas y de las relaciones que se establecen entre sí, aun cuando no se defienda que dicho propósito en sí mismo sea valioso. Sólo se defenderá que es un fin valorable o razonable.

En últimas, la afirmación que se defiende en el capítulo no pretende alegar que la RCE está justificada porque hace justicia correctiva, sino que este es un fin valorable y, por ende, es plausible sostener que hace inteligible la práctica, que forma parte de este modelo de normas y que nos permite comprender racionalmente lo que hacen quienes

los utilizan para guiar su conducta, criticarla y criticar el comportamiento ajeno en el escenario de las relaciones interpersonales. Posteriormente, en los siguientes capítulos se explicará que, desde la perspectiva de la tesis, la justificación de la RCE y de los modelos que de ella se implementan en los distintos ordenamientos jurídicos dependen de las funciones que cumple en ciertas condiciones.

Ahora, el argumento que se formula en el capítulo está fundamentado en una reconstrucción de las teorías internistas de la RCE que considera que el diseño y la aplicación de estos modelos de RCE se comprende como un medio para ordenar normativamente las relaciones interpersonales de forma justa y que esta forma de la justicia tiene valor. Al sostener estas tesis, dichas teorías se han esforzado por analizar críticamente el área sin abandonar sus características estructurales o aspectos más relevantes[487], preguntándose sobre las condiciones y características necesarias para satisfacer dicha justicia.

Aunque las teorías de la RCE seleccionadas provienen de una tradición jurídica diferente a la adoptada en este texto, sus conceptos, normas y relaciones guardan una notable similitud. En efecto, en las tradiciones del *Common Law*, donde se han formulado la mayoría de estas teorías, la RCE también establece el deber del victimario de reparar los daños injustos causados a su víctima, una vez se ha presentado una demanda y se han demostrado los hechos relevantes en el proceso[488].

El orden del capítulo será el siguiente. En la primera sección se presentarán, de forma general, las teorías de la RCE que se reconstruirán en el capítulo, explicando el contexto del debate en el que surgieron y cómo se comprenderán en el texto. En la segunda sección, se mostrará cómo estas teorías interpretan los aspectos que en la tesis se han considerado relevantes, es decir, los tres niveles normativos y sus respectivas relaciones. En la tercera sección, se abordará el propósito atribuido a la RCE y por qué

[487]Por ello, me refiero a los aspectos que cualquier conocedor del área requiere que estén en el discurso para entender que se está hablando sobre la RCE y, por tanto, no se pueden dejar de incluir en su evaluación. En el capítulo 1 de la tesis se formula una defensa de aquellas normas y relaciones que se consideran esenciales en la tesis. Sobre la forma como la filosofía contemporánea del derecho privado ha reaccionado al uso de la eficiencia para explicar estas características estructurales (Lucy 2007, 33-35 y ss).

[488] Por ello, de acuerdo con algunos de sus autores, estas comprensiones del derecho privado no están limitadas a las doctrinas específicas de una jurisdicción (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 15).

se le considera valioso. En la cuarta sección, se distinguirá entre el propósito de la RCE y su justificación, dando paso al resto de la tesis.

I. Teorías sobre el valor de la RCE y de la justicia correctiva

Existen diversas teorías que explican la estructura de los modelos de RCE en la filosofía del derecho privado. Estas teorías ofrecen razones para justificar las normas que conforman dichos modelos y cómo estas se interrelacionan entre sí. Además, proporcionan argumentos sobre por qué un ordenamiento jurídico debería implementar la RCE, tal como la entienden, y considerarla valiosa. Interpretar estas teorías es complejo, ya que, aunque a menudo afirman que sus argumentos son conceptuales —es decir, que describen qué es la RCE allí donde exista—, también presentan razones sobre por qué debería ser así. En este aspecto, las teorías oscilan entre enfoques no instrumentalistas y enfoques instrumentalistas. En esta sección no solo se describe brevemente el debate en el que se han desarrollado estas teorías, sino que también se sostiene que pueden entenderse como propuestas normativas, y que, en última instancia, sus argumentos reconocen un valor instrumental a la RCE, el valor de alcanzar un valor no instrumental: la justicia correctiva. Más adelante, en el transcurso del capítulo, se profundizará en los detalles de estas teorías.

En el capítulo, se reconstruye la literatura filosófica en la que se exponen estas teorías con la interpretación que considera que los modelos de RCE son un *medio* para *ordenar normativamente las relaciones interpersonales de forma justa*. Entonces, si dicho propósito puede explicar coherentemente la estructura y funcionamiento de la RCE y es valorable, se dirá que este propósito hace parte de los modelos de RCE. Este propósito explica dicho artefacto jurídico.

Una reconstrucción de este tipo exige algunas aclaraciones previas. Afirmar que los modelos de RCE *son medios* orientados a la consecución de un *fin valioso* podría parecer, en una primera lectura, incompatible con lo que sostienen la mayoría de los autores discutidos. Estas teorías, que pueden agruparse bajo la etiqueta de *internismo*[489], defienden que la RCE no responde a fines externos, sino que instancia un

[489] La denominación ha sido usada por (D. M. Papayannis, Internismo y externismo en el derecho privado

propósito interno. Por ello, cualquier intento de interpretarla en términos de “funciones” correría el riesgo de distorsionar su estructura normativa y volverla ininteligible desde el punto de vista de sus propios practicantes. Weinrib, por ejemplo, sostiene que «la única función del derecho de daños es ser derecho de daños»[490]. Coleman, en una línea afín, afirma que ha «dejado de pensar que la justicia correctiva era una meta del derecho de daños [...] El derecho de daños produce muchos resultados, pero de ahí no puede inferirse que tenga una función»[491]. Sin embargo, una reconstrucción instrumental no sólo permite preservar el valor normativo que el internismo atribuye a la RCE, sino que también contribuye a una comprensión más clara de sus principales tesis.

A. El valor intrínseco

En el libro *La idea del derecho privado*, Ernest Weinrib presenta una de las teorías más influyentes sobre esta área del derecho, que incluye la RCE [492]. Su teoría es una respuesta al funcionalismo o externismo, una corriente de pensamiento que interpreta la RCE como un medio o instrumento para maximizar la riqueza, el bienestar o cumplir cualquier otra función social[493]. Para él, estas teorías externistas adolecen de un defecto fundamental: no logran explicar la perspectiva de los practicantes, es decir, aquello que estos consideran valioso en la práctica de exigirse responsabilidad civil, y, por lo tanto, no pueden dar cuenta de su normatividad.

Weinrib sostiene que el derecho privado posee un valor intrínseco: hacer justicia correctiva. Ello se debe, según él, a que el derecho privado tiene una «racionalidad distintiva»[494] que explica las normas que lo componen y que permiten hacer justicia correctiva entre las partes. Se puede sostener que el derecho privado es una «empresa justificativa» que proporciona razones normativas para fundamentar ciertas exigencias o reclamos interpersonales, así como la coacción por parte de los funcionarios del Estado contra quienes las incumplen[495].

2016).
[490] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 40).
[491] (J. L. Coleman, Veinte años después 2013, 174).
[492] (D. M. Papayannis, Internismo y externismo en el derecho privado 2016).
[493] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 38-42).
[494] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 236-237).
[495] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 64-65; 236-237).

Desde su perspectiva, su teoría explica el concepto del derecho privado, no su justificación. Sin embargo, una vez se ha argumentado que el derecho privado es una práctica de justicia correctiva, no se necesita ninguna razón adicional para explicar por qué un modelo de RCE debería ser implementado en una sociedad liberal. En este sentido, la justicia correctiva es suficiente para explicar racionalmente todas las normas estructurales que componen la RCE. Además, esta justicia excluye cualquier consideración externa que pueda afectar o modificar dicha estructura, porque sin ella, la RCE sería una práctica distinta que requeriría de justificaciones adicionales. Por tanto, cualquier norma que se incorpore a un modelo de RCE fundamentada en razones ajenas a la justicia correctiva implicaría una inconsistencia, una especie de error moral cometido por la autoridad, que estaría abandonando los principios del derecho privado. Ambas ideas componen lo que Weinrib denomina «la autonomía del derecho privado»[496].

Así expuesta la teoría de Weinrib, la RCE en principio no se podría considerar un instrumento para alcanzar ningún propósito. La justicia correctiva define a la RCE y, al mismo tiempo, es en sí misma valiosa. Por tanto, cualquier ejercicio argumentativo que intente encontrar un propósito valorable que explique la RCE o la justifique, sería innecesario o directamente equivocado.

No obstante, la teoría de Weinrib puede reinterpretarse con el objetivo de facilitar su comprensión sin alterar sus tesis fundamentales. Por un lado, se puede argumentar que en esta teoría la RCE tiene un propósito que es intrínseco a su estructura. Sus normas y características tienen una estructura o forma bilateral que le da coherencia interna al área[497] y que crean las condiciones adecuadas para que los ciudadanos se guíen por las normas morales de la justicia correctiva en sus relaciones interpersonales. Dado que el derecho privado refleja la estructura de la justicia correctiva, su promulgación y aplicación por parte de las autoridades jurídicas es lo que se requiere para cumplir con esta justicia. Así, el propósito del derecho privado sería inherente a su estructura, ya que se cumple simplemente al adoptarla y aplicarla.

[496] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 257-258).
[497] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 62 y ss).

Por otro lado, se puede interpretar que la teoría de Weinrib busca justificar el valor de la RCE. Weinrib ofrece razones que, a su juicio, resultan relevantes para cualquier ciudadano razonable y autoridad legítima en una sociedad que aspire a establecer relaciones interpersonales igualitarias. En este sentido, Weinrib argumentaría que el propósito de la RCE está vinculado a las normas morales de la justicia correctiva, las cuales, según él, tienen un valor intrínseco. Desde esta perspectiva, la teoría de Weinrib no solo define el concepto de la RCE, sino que también justifica su existencia, al mostrar que estas normas morales ofrecen razones para que las autoridades regulen las relaciones interpersonales de una manera específica[498].

B. El valor incorporado

Una segunda teoría internista sobre la RCE sería la expuesta por Jules Coleman[499], quien considera que la RCE es una institución de justicia correctiva[500]. Su proyecto intelectual en el área se ha caracterizado por estar en constante reconstrucción y cambio. De hecho, Coleman ha sostenido al menos tres concepciones diferentes de la justicia correctiva. La ha entendido como una consideración importante para tener en cuenta al momento de diseñar políticas públicas respecto el problema de los accidentes y de sus costos sociales[501]; como una forma de anular las pérdidas y las ganancias injustas[502]; y como una justicia correctiva mixta cuyo propósito es «imponer el deber de compensar las pérdidas injustas a quienes son responsables por ellas»[503]. En este capítulo, se utilizarán los textos *Riesgos y daños* y *The practice of principle*, para examinar esta última idea, que la RCE es una práctica que incorpora la concepción mixta de la justicia correctiva. No obstante, se prestará atención a los cambios significativos que ha

[498] Otras críticas más desarrolladas a su empresa normativa presentada como una teoría conceptual se encuentran en (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 247-250).
[499] Coleman se puede considerar como un internista débil que cree que la estructura de la práctica determina algunos valores internos, aunque a su juicio nada impide que persiga otros como la autonomía, la responsabilidad y la dignidad humana. Así, dado que acepta la existencia de múltiples valores en la práctica de la RCE, algunos pueden o un pluralista.
[500] (J. L. Coleman, Veinte años después 2013, 174).
[501] Ver (J. L. Coleman, The Morality of Strict Tort Liability 1976). Así lo interpreta el mismo autor en (J. L. Coleman, Epílogo a la edición en castellano 2010, 448).
[502]Se puede observar (J. L. Coleman, Tort Law and the Demands of Corrective Justice 1992).
[503] (J. L. Coleman, Riesgos y daños 2010, 323)

señalado en textos posteriores, como el *epílogo* que hace a la edición en español de *Riesgos y daños*.

En su teoría sobre la RCE, Coleman también responde a las teorías externistas o funcionalistas, como lo es el análisis económico del derecho. Una teoría que entiende que la RCE tiene el propósito de maximizar la riqueza social a través de regular las relaciones interpersonales no contractuales como si las partes hubiesen suscrito un contrato eficiente; como una forma de distribuir los daños allí donde sería muy costoso que un contrato lo hiciera[504]. Para ello, Coleman argumenta que la práctica de la RCE incorpora el valor de la justicia correctiva en su concepción mixta, fundamentándose en el punto de vista interno de sus practicantes, desde un nivel intermedio. En sus términos, las explicaciones de este tipo «dan sentido a la práctica a la luz de aquellas normas que sostiene le son inherentes. [siempre que hayan superado]la prueba de la reflexión racional». En la teoría de nivel medio, «el teórico se sumerge en la práctica y se pregunta si esta puede ser organizada fructíferamente de manera que esta incorpora un compromiso con uno o más principios razonables»[505].

De tal forma, cuando Coleman argumenta que la RCE incorpora el principio de justicia correctiva, está diciendo que este último es una buena descripción de normas, doctrinas y jurisprudencia que integran el área, y que es razonable valorarlo en una sociedad aceptable, como una expresión de «los valores liberales de la igualdad, el respeto por las personas y su bienestar, así también la responsabilidad por las consecuencias de las propias acciones»[506]. Su respuesta hace referencia a una norma moral de justicia que los practicantes aceptan y les da razones para tener la práctica de RCE que tienen.

Entender la RCE como una práctica social que incorpora la idea de la justicia correctiva permite interpretarla como un medio utilizado por las autoridades para estabilizar las instituciones sociales. Pero no es claro que desde esta visión se pueda sostener que la RCE esté justificada, porque sólo lo estará en ese contexto social en el que las condiciones estén dadas. Parece que Coleman no quiere que sus ideas sean entendidas

[504] (J. L. Coleman, Riesgos y daños 2010, 205)
[505] (J. L. Coleman, Riesgos y daños 2010, 31)
[506] Observar (J. L. Coleman, Epílogo a la edición en castellano 2010) y la interpretación al respecto en (D. M. Papayannis, Justicia correctiva, bienestar y responsabilidad 2013, 107-108).

de esta forma, porque no quiere sostener que las normas de justicia correctiva sean siempre convincentes; ni que, si lo son, sean suficientes para mantener esta práctica a pesar de las múltiples objeciones que se le hacen. Por ejemplo, su tendencia a producir litigios extremadamente costosos, fomentar actitudes como la aversión al riesgo, la persecución de demandas y la tendencia a culpar a otros, además de incentivar la evasión de la justicia[507].

Sin embargo, lo anterior no impide reinterpretar esta teoría en términos más útiles al objetivo del capítulo. Nótese que Coleman hace afirmaciones sobre lo que estaría justificado si se dieran ciertas condiciones, dejando abierta la cuestión de si efectivamente se dan. Hacer tales afirmaciones implica recurrir a razones para justificar la justicia correctiva, aunque no se comprometa con ellas en todos los escenarios posibles[508]. En otras palabras, de acuerdo con Coleman, si las normas de justicia correctiva fuesen convincentes o sólidas, *ceteris paribus*, serían todo lo que se necesitaría para justificar las características estructurales de la RCE[509]. El autor indica que, pese a sus limitaciones, entender de esa forma la justicia correctiva «es suficiente (…) para hacer de la teoría un relato completo de lo que pretende explicar»[510]. En su teoría, la justicia correctiva es una condición *suficiente* para explicar las características estructurales de la RCE, al menos en sus casos paradigmáticos[511].

C. El valor constituido

Las teorías internistas reconstruyen racionalmente la RCE como un *medio* para *ordenar normativamente las relaciones interpersonales de forma justa*. Así comprendidas, decir que el propósito de la RCE es *hacer justicia correctiva* explica racionalmente las características estructurales que son «evidentes para cualquiera sin el beneficio de la

---

[507] Aquí comparto la interpretación que hacer (Gardner, From personal life to private law 2018, 29).
[508] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 30).
[509] La reconstrucción de esta teoría en términos no comprometidos también se encuentra en (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 30).
[510] (J. L. Coleman, The Practice of Principle: In defence of a pragmatist approach to legal theory 2001, 34).
[511] La misma reconstrucción se encuentra en Papayannis cuando analiza el rol de los beneficios injustos en el argumento de Coleman. En sus palabras: «según las condiciones de aplicación del principio, haber causado un daño es condición suficiente para que surja el deber de indemnizar» (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 261). También en Gardner, al reconstruir el rol de la teoría en la explicación racional de la RCE, afirma que en la suya «ninguna consideración extra necesita ser sumada a las normas de justicia correctiva» para explicar gran parte de la RCE (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 30).

teoría», sin recurrir a propósitos externos a la RCE[512]. En suma, la RCE es una práctica de justicia correctiva.

Algunos autores de las teorías externistas respondieron a esta línea de argumentación considerando que explica muy poco[513]. Para estos externistas, autores como Weinrib y Coleman caen en una tautología al sostener que la RCE es una práctica de justicia correctiva. Posner, por ejemplo, argumenta que los internistas solo están describiendo nuevamente, con otras palabras, lo que pretenden explicar[514]. Piénsese que, por un lado, el *medio* son las normas de comportamiento y de reparación, componentes centrales de los modelos de RCE. Por otro lado, su *propósito* es hacer que quien incumpla sus deberes de comportamiento —quien cause pérdidas injustas— esté obligado a reparar el daño a la víctima de su incumplimiento. Así definidos, medio y propósito se vuelven equivalentes. Si la RCE es una práctica de justicia correctiva, no queda claro el porqué de esta área del derecho, más allá de esta explicación circular. En otras palabras, si este tipo de explicaciones esclarece en algo y no sólo resume la RCE.

Ahora bien, la anterior crítica pasa por alto que definir la RCE en términos de justicia correctiva requiere señalar algo más que aquello que se pretende explicar. Siguiendo a John Gardner en este punto, cuando se acepta que existe una norma moral de justicia correctiva en la explicación racional de la RCE, se menciona algo más que *explanandum* —el objeto de la explicación—[515]. Se sostiene que hay «una relación constitutiva»[516] entre la RCE como medio, y la justicia correctiva como propósito; una relación en la que sin aquel no se podría satisfacer esta. En esencia, esta respuesta internista al externismo argumenta que la explicación dada en términos de justicia correctiva no se puede

[512] (J. L. Coleman, The Practice of Principle: In defence of a pragmatist approach to legal theory 2001, 21).
[513] Aquí no se analizará la solidez de estas teorías externistas para efectos descriptivos o interpretativos de la RCE. En el capítulo 1, se han descartado por su falta de compromiso con la idea de deber, especialmente, de deber primario.
[514] (R. Posner 1981, 206). Sobre el punto, Keating sostiene: «Si es así, no se trata de una explicación del derecho de daños, sino de un sencillo resumen del derecho de responsabilidad civil que se debe explicar» (Keating, The priority of respect over repair 2012, 300).
[515] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 44)
[516]Así también se interpretan ambos argumentos en (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 44).

considerar tautológica porque al aclarar la estructura de la RCE también se elucida cuál es su valor[517].

En diversos artículos y en su libro *From Personal Law to Private Law*, Gardner sostiene que la justicia correctiva es un elemento indispensable para explicar de manera plausible la RCE, aunque por sí sola no basta para abarcar todos sus aspectos relevantes, tanto centrales como periféricos. Según Gardner, solo se pueden refutar las tesis externistas cuando se reconoce el papel necesario de la justicia correctiva en un argumento justificativo o explicativo sobre la práctica de asignar responsabilidad civil extracontractual[518]. Este es el papel que se consigue cuando se considera que la RCE constituye y concreta la justicia correctiva. Además, solo cuando la justicia correctiva ocupa dicho papel prioritario, tanto explicativa como justificativa, dentro de la estructura normativa y conceptual de los modelos de RCE, las consideraciones externas —como la eficiencia, la justicia distributiva, la equidad y otras— adquieren un carácter secundario.

Hasta aquí llegaría la reconstrucción gruesa de la literatura que discute sobre el propósito de la RCE. Se puede observar que, pese a que la mayoría de estas teorías internistas se presentan como propuestas conceptuales y deontológicas de la RCE, admiten que se las interprete como teorías normativas e instrumentalistas que persiguen justificar esta práctica. En otras palabras, sus autores no sólo están presentando la idea que se tiene en mente cuando se nombra a alguna actividad jurídica como “responsabilidad civil extracontractual”, sino que dan razones para valorarla, especialmente el hecho de que esta área del derecho persigue establecer un marco de justicia interpersonal o hacer justicia correctiva entre los ciudadanos. De forma más abstracta, estas teorías entienden que la RCE es un medio para lograr un propósito con un valor moral intrínseco.

Así las cosas, si los internistas han dado explicaciones plausibles, porque la justicia correctiva se ajusta a los aspectos relevantes de la RCE y tiene un valor que se consigue y constituye gracias esta área del derecho, entonces se puede considerar que tal propósito es una buena explicación o, al menos, una plausible de los modelos de RCE. En lo que sigue, se evaluarán los argumentos que dan para observar si cumplen dicha

[517] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 45).
[518] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 31).

desiderata. En la sección II, se determinará de qué forma se ajustan estas reconstrucciones racionales a los aspectos relevantes de los modelos de RCE. En la sección III, se dará un argumento para considerar que establecer un marco normativo interpersonal justo tiene valor.

II. Su ajuste a los aspectos relevantes de los modelos de RCE

Los teóricos internistas critican la explicación de la RCE que da el externismo, especialmente, porque no se ajusta a sus aspectos o características relevantes de la RCE, no da cuenta de su estructura normativa. Los internistas consideran que es insatisfactorio comprender el patrón de inferencias con el cual se justifican los juicios de responsabilidad con base en propósitos externos. Por ejemplo, para los internistas, la RCE no es un instrumento particularmente útil para maximizar la riqueza de una sociedad, pues no tiene aspectos que sean claramente racionales para ese propósito. Dada esta aparente irracionalidad instrumental, pocas personas pensarían que cuando las víctimas demandan su derecho a la reparación de las pérdidas injustas maximizan la riqueza social. Si esto es así, parece que la eficiencia económica no explica las normas que asignan deberes y derechos de indemnidad, ni la facultad de demandar conferida a las víctimas, ni el cumplimiento o ejercicio de cualquiera de estas normas. No parece que la mejor explicación de las razones por las que legisladores y jueces profieren y adjudican estos modelos de RCE sea esta, porque no es especialmente útil para ello. Lo mismo se podría decir de otros propósitos externos.

La anterior crítica supone que ciertos aspectos son relevantes en los modelos de RCE y que se tienen que explicar para que se pueda considerar que la explicación o justificación es plausible. Existen aspectos que son claramente irrelevantes para una explicación de este tipo, por ejemplo, que la demanda se presenta por escrito y en el idioma oficial, que las intervenciones orales deben quedar registradas en el expediente de alguna forma, etc.[519] Por su parte, hay otros aspectos que son relevantes desde la perspectiva de regulación de las relaciones interpersonales, por ejemplo, los aspectos estructurales que se describen en el capítulo 1: las normas primarias, secundarias, y terciarias. En los

[519] Desde otros puntos de vista estos aspectos pueden ser sumamente interesantes. Por ejemplo, desde la perspectiva del derecho procesal, etc.

casos paradigmáticos de RCE, los jueces requieren de estas normas para atribuir responsabilidad civil. A su vez, los ciudadanos las utilizan para guiar sus relaciones interpersonales con el objetivo de evitar el daño injustificado.

No es necesario que una explicación basada en propósitos abarque todos estos aspectos relevantes de un modelo de RCE para considerarla plausible, aunque una que cubra más aspectos será más exitosa y satisfactoria que una más limitada. En cambio, una explicación que no incluya los aspectos que se consideren centrales será claramente defectuosa o implausible. Piénsese que una explicación de un martillo que abarque tanto su forma como su composición será más satisfactoria que una que solo aborde su forma; sin embargo, una que omita por completo explicar su forma será claramente implausible.

En términos generales, la mayoría de los autores coincidiría en que el aspecto más relevante, o central, de cualquier modelo de RCE es la relación entre la aparición de un deber de reparación interpersonal y el incumplimiento de un deber de comportamiento del mismo tipo. Desde una perspectiva jurídica, bajo un modelo de RCE estándar, un médico está obligado a reparar los perjuicios ocasionados a un paciente, si incumple su deber de proporcionar información clara sobre los riesgos de un procedimiento al paciente y, al mismo tiempo, le causa algún daño a este último. Esta relación entre deberes de conducta y posteriores deberes de reparación se puede encontrar tanto en los regímenes subjetivos y objetivos de responsabilidad, como en los casos de responsabilidad por daños justificados. Entonces, una explicación exitosa de los modelos de RCE debe capturar este aspecto central y relevante.

Incluso los externistas podrían estar de acuerdo con esta interpretación del aspecto central. No obstante, muchos de ellos considerarían que, independientemente de lo que establezcan los textos normativos, en última instancia será el efecto de la declaración de responsabilidad lo que permite determinar el tipo de incentivos racionales que tiene un funcionario para sostener que existen dichos deberes, y si están o no justificados al hacerlo.

Es cierto que el debate entre internistas y externistas que se reconstruyó en la sección 1 no gira en torno a si este es el aspecto central de los modelos de RCE, o al menos no es así como se ha planteado. Tampoco es este el punto de discusión entre las distintas

versiones del internismo. El debate se centra en una cuestión normativa: ¿por qué la violación o el incumplimiento de un deber primario debería ser relevante para asignar un deber de reparación y atribuir responsabilidad por este último?[520] Pero en el proceso de responder a esta cuestión normativa, los teóricos reconstruyen de diversas formas el aspecto central del derecho positivo y formulan ciertas tesis al respecto. De acuerdo con estas tesis, ofrecen diferentes argumentos interpretativos que los llevan a sostener una u otra descripción del aspecto central de los modelos de RCE y su relación con otros elementos de esta práctica. Como se ha mencionado, estas reconstrucciones deben considerarse plausibles en función de su capacidad para explicar dicho aspecto central, y serán más o menos satisfactorias en la medida en que aborden otros aspectos relevantes, aunque periféricos, de los modelos de RCE.

A. Dos tesis correctivas sobre la RCE

1. La tesis de la unidad

Según Weinrib, la *tesis de la unidad* describe el aspecto central de los modelos de RCE, su bilateralidad. Esta tesis se fundamenta en individualizar los deberes dentro de un modelo de RCE a partir de su base normativa y en excluir cualquier justificación que no provenga de los derechos de las víctimas, sean fundamentales o de otro tipo categoría[521]. Para Weinrib, existe una relación de unidad entre los deberes de reparación y los deberes de comportamiento. De acuerdo con esta visión, ambos tipos de deberes, de comportamiento y de reparación, son en realidad manifestaciones del mismo principio: el deber de justicia correctiva. A su vez, cualquier otro tipo de consideraciones que se tengan en cuenta para regular las relaciones interpersonales deberían ser excluidas.

En la RCE y en el derecho privado, los derechos y deberes que se adeudan las partes son bilaterales. Las víctimas tienen el derecho a que su patrimonio no sea dañado de manera negligente, lo cual impone a los potenciales responsables el deber de actuar con diligencia y evitar causar daño. Si este deber es incumplido, el derecho de la víctima se

[520] (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2022, 224).
[521] Una explicación más detallada se puede consultar en la primera parte de la tesis, en el capítulo 1, II, B, 2.

ve afectado, pero sigue vigente, lo que implica que, tras el daño, el responsable ahora debe repararlo.

Para Weinrib, este aspecto se explica sosteniendo que en la RCE el incumplimiento del comportamiento adeudado es suficiente para el nacimiento de la obligación de reparación. En las demandas de RCE, la víctima solicita dicha reparación porque la interacción ha sido injusta y ha vulnerado sus derechos fundamentales. Entre las partes existía una «relación jurídica unificada»[522], en la que el derecho de la víctima fue violado por el incumplimiento del deber del responsable. El juez, al atender la demanda de RCE, debe determinar si corresponde ordenar la reparación para corregir esa transacción injusta[523].

La unidad y la bilateralidad son principios presentes tanto en la relación procesal entre las partes como en la reflexión práctica de las autoridades al decidir el caso, a nivel conceptual e institucional[524]. Ambos aspectos no se pueden explicar con un propósito externo a la RCE como la maximización de la eficiencia. Si fuese este el propósito, no se podría responder satisfactoriamente por qué es el demandado —el causante del daño— quien debe reparar y no otra persona o institución, como una empresa de seguros o el Estado. En cambio, el propósito de hacer justicia correctiva o interpersonal «refleja el rasgo fundamental del derecho privado» [525]. Solo esta explicación se ajusta al patrón de justificación que toma estos aspectos como sus rasgos centrales. Lo que hacen las autoridades es determinar si un sujeto debe corregir una injusticia, si adeuda al otro una reparación en virtud de la violación de un derecho previo[526].

La justicia correctiva refleja un tipo de igualdad cuantitativa entre las partes y permite adjudicar lo que a cada una le corresponde[527]. Esta forma de justicia se aplica a interacciones injustas donde una parte obtiene una ganancia normativa injusta a expensas de una pérdida equivalente de la otra, al vulnerar sus derechos. Así, si las normas del derecho privado regulan relaciones interpersonales que implican una acción

[522] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 79).
[523] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 79).
[524] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 43-44).
[525] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 96).
[526] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 94).
[527] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 95).

incorrecta de un sujeto contra otro, estas normas tienen que adoptar la forma de la justicia correctiva para proteger la igualdad de las partes[528].

En virtud de la tesis de la unidad, sería un error o una incoherencia que las autoridades se aparten de las exigencias de la justicia correctiva en las relaciones interpersonales. Por tanto, todas las normas, conceptos jurídicos, doctrinas y principios deben interpretarse en estos términos de esta forma de la justicia, sino deberían modificarse o eliminarse. Según Weinrib, un ejemplo de estas inconsistencias en modelos de RCE se observa en la interpretación canónica del régimen objetivo de responsabilidad vigente en EE.UU. y en Inglaterra[529].

En su teoría, no hay lugar para regímenes que impongan una obligación de reparar cuando no ha habido incumplimiento de un deber de medios o no se ha cometido una injusticia civil con culpa. Para él, no se debería atribuir responsabilidad únicamente por causalidad o por el incumplimiento de un deber de resultado, porque esto irrespeta la igualdad entre las partes. Dado que el propósito de la RCE es hacer justicia correctiva, entendida en términos de la tesis de la unidad, esta sólo impondrá deberes de reparación por los daños causados bajo comportamientos injustos, aquellos comportamientos que era previsible que violaran los derechos del demandante. En los regímenes subjetivos de RCE, los tribunales construyen un contra fáctico que identifica el comportamiento que era debido por el demandado al demandante y que no fue ejecutado. Por el contrario, bajo una interpretación errada de los regímenes objetivos, los tribunales no podrían explicar un comportamiento que el demandado debía realizar y, por ello, carecen de una justificación adecuada para las responsabilidades declaradas, tendrían que recurrir a razones inapropiadas para el derecho privado como el bienestar de la víctima y no hacer justicia correctiva entre las partes.

[528] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 52 y 96).

[529] En su texto Weinrib desarrolla otros casos de posibles errores, que él asume como inconsistencias o incompatibilidades con la justicia correctiva. Uno es la responsabilidad objetiva por productos defectuosos establecida en EE. UU. en casos como *Escola v. Coca Cola Bottling Co*., 150 P. 2d 436 (Calif. S.C., 1944) (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 214). Otro, sería tomar en cuenta las necesidades de una de las partes para establecer la obligación de reparar con fines como la compensación o la disuasión (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 239-242). Finalmente, indica que los daños punitivos regulados en EE. UU. no se ajustan a la justicia correctiva (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 166. Nota 25.).

En virtud de lo anterior, Weinrib considera que la responsabilidad objetiva establecida por los modelos de RCE se debe comprender desde la perspectiva de la justicia correctiva. Hay casos que instancian este tipo de regímenes, como la responsabilidad por el hecho del tercero (*Respondeat superior),* en el que se asume que el daño ha ocurrido por una empresa colectiva realizada por el empleador y el empleado que es, en última instancia, culpable[530]. A su vez, la responsabilidad por las actividades anormalmente peligrosas se basa en un grado de diligencia proporcional a la magnitud del riesgo y en este tipo de actividades se asume que, de haber actuado con el estándar más alto de diligencia, el daño no se habría ocasionado[531]. No es necesario que se identifique una acción culposa, sino que ello se asume de la actividad en sí misma. Cualquier otra comprensión del régimen objetivo sería contraría a la igualdad y tendría una concepción de la agencia incoherente con la justicia correctiva[532].

2. La tesis de la identificación inversa

Coleman propone, por su parte, una tesis particular para describir el aspecto central de los modelos de RCE. Según él, la RCE es «la práctica de responsabilizar a los individuos por las pérdidas injustas que causan a otros»[533]. En otras palabras, el elemento clave de esta práctica es su bilateralidad, caracterizada por dos aspectos: uno estructural o fundamental y otro sustantivo. El aspecto estructural refiere al hecho de que «las decisiones acerca de quién debe soportar una pérdida se adoptan en un marco restringido a las víctimas y aquellos individuos que éstas identifican como sus agentes dañadores». Por su parte, el aspecto sustantivo indica que «si la víctima puede demostrar que la pérdida que sufrió es injusta, la carga de compensar recae sobre el individuo responsable»[534]. Coleman critica a los externistas, quienes, al basar sus teorías en los propósitos externos de la RCE, omiten este aspecto central de la bilateralidad. Así, afirma que «la mejor explicación de las características sustantivas y estructurales de la

[530] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 214-217).
[531] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 217-219).
[532] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 209 y 211-212).
[533] (J. L. Coleman, Riesgos y daños 2010, 206)
[534] (J. L. Coleman, Riesgos y daños 2010, 206)

responsabilidad civil radica en la concepción de la justicia correctiva [mixta]», propósito principal de su enfoque[535].

Coleman no sostiene la tesis de la unidad, por el contrario, argumenta que existe en el derecho positivo una distinción entre estos tipos de normas, sugiriendo que los deberes de comportamiento se identifican a través de la adjudicación de los deberes de reparación, bajo una tesis que se denominará de *identificación inversa.*

La *tesis de identificación inversa* sostiene que, en la RCE, en muchas ocasiones el contenido de las normas de comportamiento se establece mediante la práctica de responsabilizar a quienes causan pérdidas injustas. Dicho contenido se determina a través de las decisiones y sentencias emitidas en procesos judiciales, las cuales definen qué debe considerarse una pérdida injusta. Esta práctica de la justicia correctiva permite «identificar las normas de conducta que regulan nuestro deber recíproco de no dañar mediante la omisión de las medidas de cuidado adecuadas»[536], lo que proporciona una explicación implícita de las normas primarias de comportamiento. Así, para Coleman, una buena manera de saber qué deberes primarios se tienen es ver cómo la RCE asigna responsabilidades.

A pesar de la importancia de la justicia correctiva en su teoría, Coleman no afirma que «todas las desviaciones de la justicia correctiva constituyan errores morales»[537], ni que las normas apartadas de ese objetivo moral deban ser «repensadas al fin de reflejar más fielmente el compromiso con este núcleo»[538]. Según él, en algunos casos existen razones de moral política o equidad que pueden justificar una separación de la justicia correctiva. En los regímenes objetivos de RCE, sostiene que esta «regula las pérdidas debidas a los injustos», aunque estas no necesariamente provengan de acciones incorrectas[539]. Así, aunque la conducta del causante del daño puede no ser incorrecta ni constituir un acto injusto, se le declara responsable y se le obliga a reparar las consecuencias por razones de equidad u otras razones de moral política[540].

---

[535] (J. L. Coleman, Veinte años después 2013, 174)
[536] (J. L. Coleman, Epílogo a la edición en castellano 2010, 466).
[537] (J. L. Coleman, Riesgos y daños 2010, 207)
[538] (J. L. Coleman, Riesgos y daños 2010, 207)
[539] (J. L. Coleman, Epílogo a la edición en castellano 2010, 458).
[540]Todas las citas textuales las obtengo de (J. L. Coleman, Epílogo a la edición en castellano 2010, 457-

En virtud de lo anterior, la explicación que da Coleman del aspecto central de los modelos de RCE —la relación entre normas primarias de comportamiento y normas secundarias de reparación— incluye a los regímenes subjetivos y objetivos. Su idea de justicia correctiva mixta permite sostener que en los regímenes subjetivos la conducta del victimario y la pérdida de la víctima resultan injustas, mientras que en los regímenes objetivos sólo las pérdidas lo son.

Empero, algunos casos excepcionales de responsabilidad objetiva no serían abordados por esta idea de justicia, porque una sociedad liberal puede usar la práctica de la RCE de manera instrumental para alcanzar fines morales diferentes. Por ejemplo, en los casos excepcionales en los que se compensa a víctimas por pérdidas que no son injustas[541], se declara responsable a alguien que no ha actuado incorrectamente o se obliga a compensar a un victimario que no es directamente responsable pero que podría haber evitado el daño de una forma más económica[542]. En este sentido, los modelos de RCE también pueden emplearse para promover una justicia distributiva más equitativa, cultivar el buen carácter en los ciudadanos o gestionar el riesgo, entre otros objetivos. Sin embargo, Coleman se mantiene agnóstico respecto a estos otros fines, que escapan al alcance de su análisis, porque su teoría se centra en el ámbito de la justicia correctiva[543].

Dada la forma en que se identifican, validan y adjudican las normas primarias de comportamiento, Coleman sostiene que la justicia correctiva puede limitar qué normas de comportamiento interpersonal pueden exigirse a través de un modelo de RCE, estableciendo ciertos casos paradigmáticos para su aplicación. Entonces, la justicia correctiva restringe *prima facie* cuáles son esos deberes de comportamiento y las condiciones de responsabilidad, aunque no ofrece una lista exhaustiva de ellos[544]. Esta posición parece contradecir su posición agnóstica, en virtud de la cual se resiste a pensar que todas las desviaciones de la justicia correctiva, entendida en su versión mixta, sean errores. Sin embargo, ambas afirmaciones pueden reconciliarse al entender que el apartarse de la justicia correctiva no necesariamente implica un error, aunque en algunos

458).
[541] (J. L. Coleman, Riesgos y daños 2010, 388)
[542] (J. L. Coleman, Riesgos y daños 2010, 391)
[543] (J. L. Coleman, Riesgos y daños 2010, 217-218)
[544] (J. L. Coleman, The Practice of Principle: In defence of a pragmatist approach to legal theory 2001, 34).

casos sí podría considerarse como tal. *Prima facie*, no imponer la obligación de reparar una pérdida injusta a quien es responsable de ella o asignársela a quien no lo es serían errores bajo la luz de la justicia correctiva, pero existe la posibilidad de que otros valores justifiquen estas excepciones. Si esos valores son más relevantes para esa categoría de casos según una versión aceptable de la moral, entonces no sería un error hacerlo. A pesar de esta apertura, Coleman admite que «carece de un conjunto de restricciones sobre los objetivos y principios que el derecho de daños puede perseguir legítimamente»[545].

3. Su menor plausibilidad y la insatisfacción

Ambos autores describen el aspecto central de los modelos de RCE, indicando que el incumplimiento de un deber de comportamiento interpersonal es una condición suficiente (o parte de una conjunción de hechos que, tomados juntos, son una condición suficiente) para atribuir o asignar un deber de reparación del mismo tipo y las subsecuentes responsabilidades por su incumplimiento. Weinrib lo hace sosteniendo que violar un derecho es suficiente para que se ordene judicialmente la responsabilidad de reparar[546]. A su vez, sostiene que cualquier otro valor tiene que excluirse de la explicación de los deberes de reparación, si se quiere ser consistente[547].

Mientras, Coleman considera que un análisis inverso de los deberes de reparación permite identificar ciertos deberes de comportamiento, pero no en todos los casos, porque existen otros fundamentos para las obligaciones secundarias, por ejemplo, la equidad o el bienestar general. Asimismo, las autoridades pueden decidir no proteger ciertos deberes de comportamiento con deberes de reparación, en virtud de la justicia correctiva[548].

Explicadas así, la tesis de la unidad y la tesis de la identificación inversa describen el aspecto central de los modelos de RCE de una forma menos plausible que otras tesis. Su problema fundamental es el enfoque excesivo en el aspecto correctivo de la RCE, en sus normas de reparación. En virtud de este compromiso teórico, su tratamiento de las

[545] (J. L. Coleman, Riesgos y daños 2010, 431)
[546] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 175 y ss).
[547] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 233 y ss).
[548] (J. L. Coleman, Epílogo a la edición en castellano 2010, 466).

normas de comportamiento resulta incompleto, porque no aborda todas aquellas normas primarias que pueden existir, o que de hecho se encuentran, en un modelo de RCE.

Además, ambas resultan insatisfactorias para explicar otros aspectos de los modelos de RCE, ya que los consideran poco relevantes o ajenos a sus respectivas teorías. En este punto se hace referencia a la forma como dan cuenta de la relación entre las normas sustantivas de RCE y las normas adjetivas que permiten que las víctimas ejecuten sus derechos, que aquí se han denominado normas terciarias.

a. Su menor plausibilidad: normas primarias de comportamiento fundamentadas en valores distintos a la justicia interpersonal

La *tesis de la unidad* es menos plausible que otras tesis que explican el aspecto central de los modelos de RCE por distintas razones. Algunos autores la han criticado porque como una tesis conceptual sus afirmaciones son dudosas. No se puede decir que por definición hay un vínculo entre el concepto de derecho, su violación y la obligación del victimario de reparar las consecuencias lesivas de su comportamiento. En realidad, hay distintas formas de proteger un derecho, no sólo a través de la reparación de las consecuencias lesivas de su violación. Las autoridades pueden elegir protegerlo, por mencionar algunos casos, a través de sanciones penales o administrativas, seguros obligatorios, la creación de incentivos, etc.[549]. A su vez, como tesis normativa, no hay razones para que se ordene necesariamente una reparación cuando se hayan violado los derechos de las víctimas. Existen otras formas de deshacer los efectos que tiene el injusto civil sobre victimarios y víctimas[550].

Ahora, como tesis descriptiva, la tesis de la unidad no deja espacio para explicar apropiada o comprensivamente el fundamento que plausiblemente tienen las normas primarias y secundarias en los distintos regímenes de responsabilidad. Por un lado, piénsese que el aspecto central de los modelos de RCE no sólo incluye los regímenes subjetivos de responsabilidad, sino que también contiene, entre otras cosas, las relaciones que se establecen entre las normas que componen los regímenes objetivos de responsabilidad. Bajo estos últimos regímenes, se atribuye responsabilidad civil en

[549] (D. M. Papayannis, The Morality of Compensation Through Tort Law 2023, 9-10).
[550] (D. M. Papayannis, The Morality of Compensation Through Tort Law 2023, 11-12).

virtud de ciertos resultados que se exige que un sujeto obtenga o garantice, sin importar si su comportamiento fue negligente o no. Si se acepta la tesis de la unidad, se tendría que considerar que esta práctica está injustificada o reinterpretarla en términos distintos a los que tradicionalmente se comprende por los practicantes y dogmáticos. Es decir, negando que estos regímenes asignan obligaciones de resultado, tal como la reconstrucción de la teoría de Weinrib hace. Ello *per se* hace que dicha tesis sea menos plausible que una que los describa en sus propios términos.

Por otro lado, la tesis de la unidad sostiene que la justicia correctiva es suficiente para explicar el aspecto central de RCE, sus razones y valores subyacentes. En otras palabras, aquellas razones que una autoridad razonable tiene para regular de cierta forma los distintos casos de responsabilidad civil extracontractual, estableciendo un tipo de deberes de comportamiento y su relación con normas de reparación. En este sentido, si se acepta la tesis de la unidad no se puede argumentar que valores como la solidaridad, la honestidad o la lealtad, entre otros, también constituyen el fundamento o las razones subyacentes de la protección que otorga la RCE en determinados casos. Sin embargo, esta visión reduccionista resulta inadecuada para explicar la diversidad normativa y valorativa en esta área del derecho.

Sobre este punto, en los modelos de RCE, se pueden distinguir tres tipos de casos. Primero, algunos casos pueden justificarse de manera sólida en la protección de relaciones igualitarias y libres, lo que remite a la justicia interpersonal, como por ejemplo los casos de daños materiales causados con dolo. Segundo, existen casos en los que el teórico o dogmático debe recurrir a razones subyacentes adicionales para justificarlos adecuadamente, como los daños morales causados con culpa a derechos inmateriales, por ejemplo, ciertos casos de difamación. Tercero, se encuentran casos donde se podría decir que la justicia correctiva desempeña un rol únicamente auxiliar en la justificación de los deberes de comportamiento y reparación, lo que ocurre en la aplicación de ciertos estándares de diligencia cuyo incumplimiento faculta a las víctimas a ejercer su derecho a demandar reparaciones, incluso cuando sus intereses o derechos patrimoniales no se ven afectados, o incluso si su patrimonio aumenta. Un ejemplo característico es la responsabilidad civil por violar la prohibición de tomar decisiones motivadas por el

autointerés al administrar recursos en una fiducia. En este grupo también se podrían incluir los casos de accesos no permitidos a la propiedad ajena (*trespass to land*)[551].

En el tercer grupo de casos, el incumplimiento de las normas de comportamiento —la administración de recursos con intereses propios o el acceso no permitido a propiedad ajena— genera deberes de reparación y posibles responsabilidades, aunque no exista un perjuicio patrimonial en términos estrictos. En estos casos, podría acordarse que no hay nada que corregir desde una perspectiva patrimonial y que, por tanto, recurrir a la justicia correctiva para explicarlos parece *ad hoc* o forzado, mientras que otras explicaciones resultan más sólidas para justificar estos deberes de comportamiento y de reparación.

No resulta irrazonable sostener que el tercer grupo de casos es una muestra de la influencia de valores diferentes a la justicia correctiva en los modelos de RCE. Sin embargo, la tesis de la unidad, al utilizar de forma excluyente la justicia interpersonal, niega su posibilidad. En realidad, este carácter excluyente de la tesis de la unidad niega un aspecto que aquí se considera esencial de la moralidad y de las razones subyacentes a las normas jurídicas de los modelos de RCE: su pluralidad. Por ello, bajo la tesis de Weinrib, una explicación y justificación integral de ciertos casos siempre quedará pendiente, evidenciando un problema de ajuste con las normas jurídicas que forman parte del derecho positivo de los Estados, ya sea en sus leyes o en sus sentencias.

En este punto, tiene que aclararse que no se considera que la tesis de la unidad no pueda abarcar o explicar de alguna forma el tercer grupo de casos, sino que lo hace extrañamente, ampliando el concepto de justicia correctiva más de lo que parece adecuado. En estos casos, no es totalmente claro que la víctima haya perdido injustamente algo que tenga que devolvérsele; que haya algo para corregir y que las formas de reparación hagan algo en favor de la acción injusta cometida. Así, parece que los deberes de reparar y las responsabilidades impuestas en su virtud podrían explicarse más sencillamente a partir de una función disuasiva e incluso sancionadora, antes que

[551] Así también se interpreta en (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 50-51)

correctiva. Se podría decir que se persigue la protección de valores distintos a la igualdad, libertad o autonomía manifiestos en la idea de justicia interpersonal.

Es cierto que los defensores de la tesis de la unidad sostienen que, en estos casos, la violación de un derecho genera ganancias y pérdidas normativas determinadas a la luz de los términos de interacción que eran equitativos, los cuales son corregidos mediante las formas de reparación[552]. Este enfoque les permite seguir fundamentando dichas normas en una concepción de justicia interpersonal. En última instancia, para ellos se trata de qué es lo tuyo, qué es lo mío y cómo nos está permitido interactuar de forma segura y libre. Sin embargo, este argumento no aborda de manera satisfactoria la crítica planteada.

En concreto, se crítica que explicar el derecho privado y la RCE bajo la tesis de la unidad no permite reconocer la existencia —y ni siquiera la posibilidad— de normas de comportamiento y de reparación fundamentadas en valores distintos a la justicia interpersonal. No obstante, parece plausible sostener que, aunque esta forma de justicia pueda estar presente en la justificación de las normas del modelo de RCE e incluso sea considerada esencial, también hay espacio para admitir la influencia de otros valores en la justificación de estas normas.

Considérense otros ejemplos de responsabilidad subjetiva distintos a los mencionados previamente: normas que exigen proporcionar información adecuada en la etapa precontractual y normas que obligan a los administradores a informar a los miembros de las juntas de socios sobre ciertas decisiones. En los modelos de RCE, usualmente la violación de estos deberes de conducta genera deberes de reparación, que pueden ser exigidos o no por las víctimas en los estrados judiciales. En otras palabras, constituyen ilícitos extracontractuales. En algunas oportunidades, aquello que se considera dañado no tiene tasación en el mercado, sino que es un interés o derecho inmaterial, que se reconoce como una clase de daños morales. ¿De qué forma se debería interpretar la racionalidad subyacente o los valores que fundamentan estos casos de responsabilidad civil extracontractual?

[552] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 146-150)

Para autores como Weinrib y Ripstein, la respuesta es clara, estos ilícitos extracontractuales, en última instancia, son violaciones de la justicia interpersonal. En palabras del primero, «la justicia correctiva cumple una función normativa: se exige que una transacción se ajuste a sus contornos, so pena de indemnización»[553]. Según esta visión, en los modelos de RCE, la justicia correctiva solo se realiza para rectificar una injusticia interpersonal previa. Así, el juez necesariamente resolverá una disputa respecto la amplitud de los espacios de libertad y seguridad de los sujetos que se vincularon en una relación dañosa.

La anterior comprensión de las normas de RCE, como normas que se justifican exclusivamente en términos de justicia interpersonal o correctiva, se puede asociar a otras visiones de la moralidad política, que se consideran reduccionistas. Por ejemplo, la visión expresada por autores como Rawls de las instituciones sociales. En su libro *Una teoría de la justicia*, Rawls escribe: «La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es para los sistemas de pensamiento»[554]. Según su teoría, todas las instituciones sociales operan bajo lo que denomina las «circunstancias de justicia»[555], es decir, situaciones caracterizadas por la necesidad de distribuir un bien o mal que se considera escaso o esencialmente asignable. Así, para Rawls, las instituciones sociales deben analizar los problemas que abordan en términos adjudicativos. Deben determinar quién obtiene cuánto, de qué y por qué. Este enfoque distribucional convierte a las instituciones jurídicas, incluidos aquellos cuerpos regulativos —legisladores y reguladores—, en instituciones de adjudicación que funcionan en las circunstancias de la justicia. Por tanto, la labor de producción de normas jurídicas de estos últimos, también se debería interpretar como un mecanismo para asignar recursos escasos o esencialmente asignables, de manera que dichas instituciones y las normas que producen deben ser regidas por principios de justicia previamente establecidos.

Frente a lo anterior, la pregunta —Gardner escribe— «no es si *podemos* interpretar las actividades de tales instituciones sociales de esta forma asignable. La pregunta es si

[553] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 109)
[554] (Rawls 1971, 3)
[555] (Rawls 1971, 126 y ss)

debemos hacerlo así»[556]. Gardner critica el enfoque rawlsiano de reducir todas las actividades institucionales a cuestiones de justicia distributiva, argumentando que esta perspectiva es reductiva y no capta la riqueza de valores implicados[557]. Por ejemplo, la regla que prohíbe la tortura policial podría interpretarse como una priorización de los intereses de un sospechoso sobre los de posibles víctimas, pero esta visión reduce su valor, las razones que se tendrían para tener una regla así, como la humanidad y la dignidad, a un simple «*quantum de sufrimiento»*[558]*.* De forma similar, favorecer paisajes urbanos espectaculares a través de políticas públicas podría verse como sacrificar recursos para viviendas accesibles, pero este análisis ignora el valor inspirador y comunitario de la belleza[559]. Asimismo, interpretar un sistema de salud pública solo en términos de la cantidad de atención distribuida entre los usuarios olvida bienes como la compasión y la solidaridad social[560]. Se considera que este reduccionismo convierte bienes no asignables, como la prohibición de la tortura, la belleza, o la compasión, en simples recursos escasos o esencialmente asignables, lo que empobrece nuestra comprensión de las instituciones sociales y jurídicas. Aunque es posible interpretar reglas y actividades institucionales en términos de justicia distributiva, no siempre se debería hacer, ya que ello ignora valores esenciales que no pueden reducirse a la asignación de recursos.

En el mismo sentido, todas las normas que pertenecen a un modelo de RCE, producidas por una autoridad legislativa, se pueden interpretar en términos de justicia interpersonal o correctiva. No es que los casos mencionados: el deber de lealtad en los contratos fiduciarios, la prohibición de acceso no permitido a propiedad ajena, los deberes precontractuales, o los deberes de diligencia en la administración de un negocio no puedan interpretarse como casos de justicia interpersonal, ello puede realizarse. La pregunta es si se debe hacer así. Pues esta decisión hermenéutica parece dejar de lado la diversidad de lo valioso y la forma como puede justificar distintos tipos de deberes en las relaciones interpersonales, que se pueden proteger o no con las normas de la RCE.

---

[556] (Gardner, La virtud de la justicia y el cáracter del derecho 2022, 251)
[557] (Gardner, La virtud de la justicia y el cáracter del derecho 2022, 252)
[558] (Gardner, La virtud de la justicia y el cáracter del derecho 2022, 251-252)
[559] (Gardner, La virtud de la justicia y el cáracter del derecho 2022, 252)
[560] (Gardner, La virtud de la justicia y el cáracter del derecho 2022, 252)

De hecho, los casos de responsabilidad civil que se comentan, relacionados con estándares de diligencia en ciertas relaciones interpersonales particulares, parecen basarse de manera más convincente, en valores como la honestidad, la confianza y la lealtad[561]. Aunque es cierto que el incumplimiento de estos estándares de conducta puede afectar a una persona —vulnerar su espacio de seguridad o reducir su bienestar—, esto no es suficiente, como lo plantea la tesis de la unidad, para establecer un ilícito extracontractual con todas sus implicaciones: deberes de reparación, facultades para exigir su cumplimiento, responsabilidades, etc. En algunas oportunidades, en estos casos, se podría argumentar que las normas de RCE están protegiendo, además de la justicia interpersonal (o incluso dejando de lado la justicia interpersonal), otro tipo de valores relevantes para un individuo razonable y para la sociedad en que vive. En virtud de la tesis de la unidad y la exclusión que implica, se pierde el espacio conceptual para describir estos últimos tipos de ilícitos extracontractuales[562].

b. Su menor plausibilidad: normas primarias y su problemática integración en los modelos de RCE

La *tesis de la identificación inversa* parece describir el aspecto central de una forma más amplia y, por tanto, más plausible. Después de todo, la idea de justicia correctiva mixta no es excluyente. Esta tesis contempla la posibilidad de explicar las obligaciones y las responsabilidades de reparación con valores distintos a la justicia interpersonal. Así, según la concepción mixta de Coleman, la justicia correctiva establece, *prima facie*, límites al tipo de ilícitos extracontractuales que las autoridades pueden reconocer, pero no los justifica en su totalidad[563].

En la teoría de Coleman, el aspecto descriptivo parece desempeñar un papel más destacado que el normativo, lo que se refleja en la capacidad de sus tesis para abarcar

[561] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 50).
[562] Una explicación más detallada de la forma como la tesis de la unidad obliga a descartar en la justificación de la imposición de responsabilidad y asignación de deberes secundarios ciertas razones por tipo en el capítulo 1, II, B, 2. Como se ve, algunos autores intentarían responder a esta objeción haciendo colapsar toda la moral interpersonal en la idea de justicia correctiva o de justicia interpersonal, pero esta respuesta se considera insatisfactoria, dado que la pregunta que se está haciendo seguiría vigente. ¿No hay otros valores más que la libertad y la seguridad que dan cuenta de forma más precisa de aquello que es importante en algunas relaciones interpersonales?
[563] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 50. Nota 43).

un mayor número de casos de responsabilidad civil[564]. Según Coleman, la concepción mixta de la justicia debe aplicarse cuando una víctima ha sufrido una pérdida injusta causada por un daño relacionado con uno de los factores de atribución, y un victimario es responsable causal de esa pérdida. De este modo, las obligaciones secundarias de reparación, que surgen cuando se cumplen las condiciones de la justicia correctiva en su concepción mixta, son independientes de las normas primarias de comportamiento, aquellas que determinan si un comportamiento constituye un injusto relacional. En este sentido, las normas secundarias de reparación, que generalmente incorporan la idea de justicia correctiva, permiten identificar las normas primarias de comportamiento interpersonal. Sin embargo, estas normas primarias no necesitan justificarse en la justicia correctiva ni formar parte de un modelo específico de RCE. Asimismo, en ciertos casos particulares, las normas secundarias de reparación no están justificadas bajo la concepción mixta de la justicia correctiva. Cabe destacar que esta claridad conceptual permite abarcar y describir una amplia variedad de casos de responsabilidad civil.

Sin perjuicio de la ganancia teórica señalada, persiste una pregunta explicativa. Si las normas de comportamiento interpersonal no forman necesariamente parte del modelo de RCE, ¿qué razones tendrían las autoridades para garantizar su cumplimiento mediante la RCE y no a través de otras áreas del derecho?

Para ilustrar esta cuestión, puede considerarse el caso de las normas que prohíben tomar decisiones motivadas por el autointerés en la administración de los recursos de una fiducia. Según Coleman, estas normas de comportamiento definen un injusto relacional, aunque no necesariamente se integran al modelo de RCE. De acuerdo con su tesis, la violación de estas normas sería suficiente para que las autoridades impongan deberes de reparación y responsabilidades, siempre que dicho incumplimiento genere una pérdida injusta de cualquier tipo. En este contexto, la justificación de la norma de reparación radicaría en el propósito valioso de hacer justicia correctiva.

No obstante, bajo la teoría de Coleman, si la violación de estas normas no acarrea una pérdida injusta, las autoridades podrían igualmente atribuir responsabilidad dentro de un modelo determinado de RCE a quienes incumplan con estos deberes de

[564] (J. L. Coleman, Riesgos y daños 2010, 323)

comportamiento. Sin embargo, las autoridades también podrían decidir proteger los derechos o intereses de los sujetos que estas normas aseguran a través del derecho penal o administrativo, pero optan por recurrir a la RCE. ¿Qué razones justificarían esta decisión?

Resulta legítimo exigir a la teoría de Coleman una explicación o justificación para esta elección, en lugar de asumir simplemente que existe algún valor de moralidad política que respalde tal decisión por parte de las autoridades, como él sostiene.

Por otro lado, en los modelos de RCE, se pueden encontrar normas primarias de comportamiento que no tienen asociadas normas secundarias de reparación. Estas normas primarias pueden guiar a los sujetos indicándoles que ciertos comportamientos diligentes, o ciertos resultados, son obligatorios en las relaciones interpersonales. La tesis de la identificación inversa no permite hablar claramente de estas normas de comportamiento, y menos sostener que son parte de la RCE.

Una vez una autoridad normativa ha reconocido en una serie de casos reparaciones por ciertos comportamientos interpersonales que se consideran injusto relacionales, entonces, se puede sostener que una norma de comportamiento primaria se ha hecho parte de la RCE, sin necesidad de que se asigne un deber de reparación. No es claro de qué forma la tesis de la identificación inversa daría cuenta de dichos estándares de conducta, sin una sentencia que declare la ocurrencia del ilícito extracontractual.

En últimas, el protagonismo que la tesis de la identificación inversa inevitablemente les da a los deberes de reparación, llevan a Coleman a dar una explicación menos plausible de la RCE que otras teorías del área. Entonces, parece que la crítica que hace Keating a Coleman, al señalar que les resta importancia a las normas de comportamiento en los modelos de RCE dándoles un lugar secundario frente a las normas de reparación, sigue teniendo vigencia[565].

[565] Esta línea de pensamiento ha generado múltiples críticas a la teoría de Coleman. Al respecto se pueden observar dos (Keating, The priority of respect over repair 2012, 301) y (R. Posner 1981).

c. La insatisfacción: el rol de las normas terciarias y de las facultades de demandar

Por otro lado, si se consideran otros aspectos relevantes de los modelos RCE, ambas tesis descriptivas son poco satisfactorias. Estas teorías presuponen que existen facultades para demandar, procesos judiciales y otros aspectos procesales que permiten exigir los distintos derechos reconocidos en los modelos de RCE, sin explicar detalladamente el rol de estas normas terciarias y de la facultad de demandar en su reconstrucción racional. Estas teorías no responden, entre otras cosas, ¿por qué la responsabilidad del victimario por el deber de reparación está sometida a la voluntad de la víctima? ¿De qué forma este aspecto permite o dificulta conseguir el propósito de hacer justicia correctiva?

Al respecto, Weinrib escribe: «la tarea del tribunal consiste en especificar qué exige la relación entre quien causa el daño y quien lo padece en el contexto de una disputa particular»[566]. En otras palabras, su rol es proporcionar una interpretación externa, imparcial y desinteresada, de la relación entre las partes. Una vez evaluada esta relación, el tribunal decidirá si el victimario es responsable por haber vulnerado la justicia correctiva, adecuadamente entendida[567]. Sin embargo, si el rol del tribunal es fundamental para hacer justicia correctiva, porque sin el derecho y sus funcionarios judiciales esta justicia sería demasiado abstracta como para resolver conflictos interpersonales, ¿por qué la víctima está facultada, y no obligada, a demandar al victimario? No parece suficiente decir que el carácter bilateral de la acción se explica en términos de justicia correctiva para dar cuenta de la permisión.

A su vez, entre otros aspectos procesales relevantes que están conectados con la eficacia de los distintos derechos y deberes reconocidos por la RCE, se tiene que notar que existen acciones judiciales y medidas cautelares que previenen la ocurrencia de ilícitos extracontractuales. En los modelos de RCE, la posible víctima de un daño injusto puede solicitar que coactivamente se fuerce al posible victimario a que tome medidas diligentes para evitar el daño, aún cuando el riesgo no se ha concretado. Incluso se lo puede forzar a derribar edificios de su propiedad con miras a conjurar un daño; o a

[566] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 174).
[567] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 136).

suspender actividades productivas de algún tipo. Parece que excluir estos casos porque en ellos no se puede hablar claramente de la vulneración de un derecho, no parece una buena explicación de la responsabilidad civil, al menos no una que sea totalmente satisfactoria.

Por supuesto, Weinrib podría responder que su teoría no explica la relación entre los modelos de RCE y los procesos judiciales, porque no la considera un aspecto central de la práctica de RCE. Pero si en cambio sostiene un vínculo conceptual entre la violación de un derecho, junto a su correlativo deber, y el uso legítimo de la coacción, esta respuesta parecería contradictoria, pues es justamente a través de esos procesos judiciales que la coacción se hace efectiva. Así, una teoría kantiana de la RCE como la de Weinrib requiere, so pena de ser considerada insatisfactoria, una explicación más detallada de la facultad de demandar.

Por su parte, la noción mixta de justicia correctiva tampoco parece totalmente satisfactoria desde el punto de vista de las normas terciarias. Esta idea de justicia no está relacionada con un concepto sólido de responsabilidad civil —más allá de entenderla en términos morales como causación—, ni explica su relación con la facultad de demandar. De hecho, Coleman tiempo después de formulada su teoría de la RCE en *Riesgos y Daños* sostuvo que había dejado de lado la importancia de la facultad que tiene la víctima para determinar la responsabilidad del victimario. En el *Epilogo* escribe que no es que el victimario sea responsable por la pérdida injusta, sino que es responsable ante la víctima por dicha pérdida. En esas versiones posteriores considera que la relación de *responsabilidad interpersonal* hace parte del núcleo normativo de la RCE[568].

B. La RCE entendida en términos de la continuidad de razones y de la tripartición de normas

Una teoría que ofrezca una explicación más plausible del aspecto central de los modelos de RCE debería priorizar los deberes de comportamiento, reconociendo su autonomía frente a los deberes de reparación. Además, para ser más satisfactoria, dicha teoría

[568] (J. L. Coleman, Epílogo a la edición en castellano 2010, 463-464).

debería abarcar no solo los aspectos centrales, sino también los periféricos de los modelos de RCE, incluidas sus normas terciarias.

En esta línea, la teoría de la RCE de John Gardner propone una clara distinción entre derechos primarios, secundarios y terciarios, con el fin de ofrecer una visión integral de la RCE, sin dejar de establecer las conexiones entre ellos[569]. Gardner plantea la tesis de la tripartición de los derechos en este ámbito, ilustrándola con un ejemplo simple de ficción: las tensiones familiares entre Alice y su hermano Horace Octavius (H.O.) en *The Story of the Treasure Seekers*[570]. En la historia, Alice es tratada de manera desagradable por su hermano, y su hermano mayor, Dicky, interviene exigiendo a H.O. que se disculpe por su mal comportamiento. Gardner señala que, desde un punto de vista moral, Alice tiene un derecho primario a no ser tratada injustamente, un derecho secundario a recibir una disculpa por ese maltrato, y un derecho terciario a exigir la disculpa en sus propios términos. Según Gardner, cada uno de estos derechos puede justificarse por separado, ya que las acciones que los desencadenan son distintas. Aunque existe una conexión normativa entre los distintos derechos, puesto que cada uno contribuye a la justificación del siguiente, no hay una conexión conceptual entre ellos, en el sentido de que su presencia no es parte de su definición.

De acuerdo con esta propuesta, la tripartición de derechos suele reflejarse en el derecho privado y en los modelos de RCE. Ante la violación de un derecho primario—generalmente el derecho a no sufrir acciones que perjudiquen la vida o, en casos excepcionales, el derecho a ser protegido contra posibles daños—[571] la persona afectada generalmente adquiere un derecho secundario a ser reparada por el victimario mediante una indemnización, compensación u otros mecanismos. Además, en la mayoría de los casos, también se le reconoce un derecho terciario a demandar judicialmente para que su derecho secundario sea concretado y ejecutado por un juez. Así, la distinción conceptual entre estos derechos, deberes o normas implica que no es necesario que todos ellos estén presentes en cada caso de RCE, aunque lo estén en la mayoría. En otras palabras, legisladores y jueces deben tener razones para decidir la implementación

[569] Al respecto se puede consultar (Gardner, What is tort law for? The place of distributive justice 2019).
[570] (Gardner, From personal life to private law 2018, 207-209).
[571] (Gardner, From personal life to private law 2018, 186).

de cada uno de estos niveles de protección, y se puede argumentar que, en la mayoría de las situaciones, estas razones estarán presentes.

1. Los deberes de reparar los daños causados con acciones injustas, la responsabilidad civil y la tesis de la continuidad

Según Gardner, el aspecto central de los modelos de RCE radica en la conexión entre los derechos primarios y secundarios, lo cual se refleja en los correspondientes deberes primarios y secundarios; o, dicho de otro modo, en la relación entre los dos niveles de normas bilaterales[572]. Para él, no se ha identificado un ilícito extracontractual a menos que se determine una infracción de un deber[573].

En su teoría, se explica esta conexión a través de la *tesis de la continuidad*, según la cual hay una conexión entre deberes secundarios y primarios porque «la obligación secundaria es *un eco racional* de la obligación primaria, ya que existe para servir, en la medida de lo posible, las razones de la obligación primaria que no se cumplió cuando su ejecución era obligatoria»[574]. Una vez se entiende este aspecto central, se puede explicar porque el incumplimiento de un deber es necesario (y posiblemente suficiente) para justificar la imposición de responsabilidad civil extracontractual por la comisión de un ilícito extracontractual[575].

La idea del "eco racional" parece enigmática, pero se entiende mejor si se analiza la estructura de un caso de incumplimiento de un deber y las razones que los fundamentan. Por ejemplo, el incumplimiento de un deber de diligencia o de no dañar bajo alguna condición en un modelo de RCE. Una vez que un sujeto ha incumplido con el deber que le ha asignado un modelo local de RCE, la acción que a su luz era obligatoria deja de estar disponible, ya no se puede realizar. Pero había razones imperativas y categóricas por las cuales el sujeto tenía esta obligación. A su vez, que el sujeto tuviera la obligación era *per se* una razón para que actuara o se abstuviera de ello. Pese a su incumplimiento, todas estas razones siguen vigentes para él, aunque ejercen su fuerza de una forma

[572] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 31).
[573] (Gardner, Backwards and forwards with tort law 2019, 103-104).
[574] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 61).
[575] (Gardner, Torts and other wrongs 2019, 4).

distinta. Ahora, le demandan la segunda mejor opción disponible, aquella que «mitigue, tanto como sea posible, el propio incumplimiento de sus obligaciones originales»[576].

Las cosas pueden cambiar después del incumplimiento. Por ejemplo, la víctima podría perdonar al victimario, exonerándolo de la reparación. Quizá el tío adinerado del victimario decida pagar el valor de todos los daños causados con el objetivo de extinguir su obligación. En estos casos, según la importancia del deber primario, se podría decir que no habrá (o que hay muy pocas) razones pendientes a las que el sujeto se deba conformar. Por ello, Gardner sostiene que el deber secundario *ceteris paribus* le permite al sujeto conformarse de forma parcial con las razones que subyacían al deber primario[577]. Todo lo demás igual este deber de reparación le permitirá mitigar su incumplimiento.

La pretensión principal de la tesis de la continuidad es normativa, es decir, pretende argumentar a favor del valor de las normas morales de la justicia correctiva y, en última instancia, justificar los deberes de reparar impuestos por la RCE. Sin embargo, dicha tesis también requiere tener solidez descriptiva. Si se pretende con esta tesis justificar la RCE, esta tiene que reflejar, de forma plausible y en algún grado satisfactorio, los rasgos relevantes que se observan en los modelos reales o locales de RCE.

Por una parte, la descripción de Gardner del aspecto central parece bastante plausible. En los modelos locales de RCE, la obligación de reparar los daños causados a la víctima se justifica en el incumplimiento de un deber de indemnidad a su favor—un deber de diligencia o de no dañar con culpa o riesgo que beneficia a otro sujeto—. La tesis de la continuidad explica esto en tres pasos. Primero, indica que dichos deberes de indemnidad se fundamentan en razones categóricas e imperativas, que además se protegen jurídicamente. Estas razones les ordenan a los sujetos comportarse de una forma concreta en sus relaciones interpersonales, y excluyen de su razonamiento otras cuestiones, entre las cuales se cuenta el autointerés, el costo o los propios deseos. En otras palabras, estas importantes razones excluyen otras consideraciones que llevarían al individuo a comportarse de forma contraria. Segundo, una vez el sujeto obligado

[576] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 61).
[577] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 60).

incumple con dichos deberes, las razones que los fundamentan continúan exigiéndole conformidad y, en general, su peso o fuerza no cambia dada su naturaleza[578]. Así, después del incumplimiento, la acción del sujeto que mejor se ajusta a esas mismas razones y las satisface se califica como debida. Normalmente, la reparación de las consecuencias dañosas del incumplimiento será la acción que después del daño se ajusta mejor a estas razones. Tercero, si las razones categorías e imperativas que tiene el sujeto para reparar, además son estables y concluyentes, las autoridades deberán asignar responsabilidad civil por su incumplimiento, exigiendo coactivamente este comportamiento.

Sin embargo, algunos autores han criticado la plausibilidad de la tesis de la continuidad. Según Papayannis, el segundo paso es problemático, ya que no contempla ciertos casos en los que, aun manteniéndose constantes todos los demás factores, el peso de las razones protegidas jurídicamente se modifica después del daño, y esto no alcanza a justificar la obligatoriedad de la reparación, a fundamentar el deber de reparar[579]. Como ejemplo, propone el caso de una persona en situación de extrema pobreza que omite una precaución de bajo costo y, como resultado, daña un bien de lujo de una persona muy adinerada. En este caso, antes del daño, la persona en situación de pobreza tenía razones importantes que la obligaban a tomar precauciones adecuadas y a no dañar con culpa. En este caso, la persona realmente tiene razones para ser diligente en su situación, no sólo son razones protegidas jurídicamente a través de normas proferidas por una autoridad. Sin embargo, después del daño, el peso de esas razones no podría ser el mismo, ya que el pago de una reparación onerosa le impediría cubrir sus necesidades básicas, mientras que no hacerlo no afectaría significativamente el bienestar de la víctima adinerada[580]. En este sentido, parece que las autoridades no deberían obligarla a través de las instituciones y autoridades jurídicas a reparar los daños provenientes de su negligencia, no deberían proteger jurídicamente esas razones a las que la víctima no se conformó. Por todo ello, para Papayannis, el aparato teórico de Gardner no permite explicar, en casos como estos, el deber de reparar. En sus palabras:

[578] (Gardner, From personal life to private law 2018, 126); (Gardner, Wrongs and Faults 2005, 58-59).
[579] Esta objeción se encuentra en (D. M. Papayannis, The Morality of Compensation Through Tort Law 2023, 14-15).
[580] (D. M. Papayannis, The Morality of Compensation Through Tort Law 2023, 13-14).

«si esta forma de argumentar es correcta, eso alejaría la RCE del discurso moral que Gardner utiliza para analizar los deberes primarios y secundarios»[581].

La objeción de Papayannis relacionada con el peso de las razones que fundamentan los deberes de RCE en distintos contextos distributivos[582], supone que las razones con fuerza categórica e imperativa que justifican un deber de diligencia y, en principio, fundamentan un deber de reparación, dejan de ordenar dicho comportamiento después del daño, una vez son incumplidas por la víctima, porque su peso varía en contextos de pobreza o desigualdad extrema. A pesar de que no ingresa ninguna consideración relevante al balance de razones, el resultado cambia. Probablemente, no sería el único caso en el que esas razones para comportarse de una forma u otra con relación a sus pares, una vez son incumplidas, no alcanzan a fundamentar el deber de reparar las consecuencias de no haberse comportado respetuosamente.

Hay dos formas de interpretar esta objeción. En la primera, se podría considerar de forma más general que lo que realmente asume Papayannis, para criticar la tesis de la continuidad, es que en ciertos casos la obligación de comportamiento deja de ser una razón imperativa después del daño porque pierde su carácter excluyente frente a ciertos conjuntos de razones, en virtud de un segundo balance de razones. Desde esta perspectiva considérese el caso: en el primer balance de razones que se realiza para justificar el deber de cuidado y de no dañar con culpa no se toma en cuenta el contexto distributivo ni la situación del victimario para establecer el peso o la fuerza de los hechos, porque son irrelevantes para tomar una precaución sin costo económico. Posteriormente, una vez que la obligación de reparar impone una carga económica, en el segundo balance de razones, se hace más relevante el hecho de que esta obligación afecta significativamente más al victimario, debido a su condición de pobreza o desigualdad, que lo que afecta a la víctima debido a su riqueza. No es solo que el peso de las razones varíe, sino que varía porque ahora se considera una nueva razón, en función de cómo ciertos hechos afectan el bienestar de ambas partes según el contexto, y porque la

[581] (D. M. Papayannis, The Morality of Compensation Through Tort Law 2023, 15).
[582]Una objeción similar en (N. ‘. McBride 2018, 85-89) y (N. J. McBride, The humanity of private Law. Part I: Explanation 2019, 29-30). Aunque para este autor, el deber de reparar es normalmente mucho más costoso que los deberes de comportamiento, por tanto, las razones para los segundos nunca serán suficientes para justificar los primeros.

pobreza y la desigualdad extrema son condiciones indeseables en cualquier sociedad liberal. En este sentido, Papayannis, y quienes plantean objeciones similares, proponen que el balance de razones se reabra en el momento posterior al daño. Así, lo que eran razones imperativas y, por tanto, excluyentes antes del daño, dejan de serlo después de este.

A esta primera interpretación de la objeción Gardner dio respuesta. Según él, si las razones que justifican las obligaciones de comportamiento en los modelos de RCE son categóricas e imperativas[583], dichas características persisten después del incumplimiento. En virtud de ello, las razones que sugieren eximir de la reparación debido al contexto de pobreza y desigualdad deben excluirse en este segundo paso. Después del daño, la fuerza de estas razones continuaría exigiendo la acción que mejor se ajusta a ellas —usualmente, la reparación— y no solo sugiriéndola. Todo ello ocurre porque, cuando un sujeto adeuda a otro un deber interpersonal, este sujeto debe asumir ciertos costos: inconveniencia, incomodidad, estrés o incluso un precio económico. Tales costos están implícitos tanto en la naturaleza del deber primario como en la del secundario. En palabras de Gardner: «El deudor no puede apoyarse en todas las razones que apuntan a favor del incumplimiento; algunas están excluidas de su consideración. Cuando no cumple con su deber y surge la pregunta de cuál sería su deber alternativo, el deudor aún no puede apoyarse en esas razones excluidas. Cumplir con su deber ya era costoso antes, pero ahora es aún más costoso. Sin embargo, el deber llama, sin importar el costo»[584].

En lo anterior hay un desacuerdo frente al ejemplo. Papayannis insistiría en su objeción y señalaría que su ejemplo es una muestra de un caso donde esta explicación no se sigue. No es que se considere una nueva razón, sino que su peso cambia después del

[583] Una línea de crítica distinta, mucho más amplia, podría cuestionar la fuerza categórica e imperativa de las razones jurídicas en juego, especialmente su carácter excluyente. Aquí se asume que los deberes de comportamiento y reparación en los modelos de RCE, al ser jurídicos, se fundamentan en razones categóricas e imperativas —es decir, protegidas y excluyentes— y que el alcance de lo que excluyen incluye los costos personales y económicos de su cumplimiento. Se dice que sería más amplia, porque aparentemente este tipo de respuesta dudaría de todo el aparato teórico de las razones excluyentes y su ámbito de exclusión. Dado que esto es un presupuesto teórico de la tesis, no se discutirá con objeciones de este tipo. A su vez, se presupondrá que las razones que justifican las obligaciones de comportamiento son categóricas e imperativas.

[584] (Gardner, What is tort law for? The place of distributive justice 2019, 100).

incumplimiento. ¿Por qué en el ejemplo del hombre pobre dañando un bien de lujo, se considera que hay una justificación para el deber de reparar? Asumir simplemente que hay una justificación para este segundo deber atribuido por la RCE porque había una para el deber de comportarse diligentemente, sólo relega la cuestión para después.

En este punto, no me interesa tanto discutir el ejemplo, sino la segunda interpretación de la objeción que se encuentra detrás de este. Bajo esta interpretación, en el ejemplo no se introduce una nueva razón que antes estaba excluida del balance de razones, sino que simplemente varía el peso de las razones consideradas al establecer el deber de diligencia o de no dañar con culpa y, por tanto, cambia la calificación deóntica de la acción tras el incumplimiento: esas razones ya no ordenan, sino que solo recomiendan o permiten.

Una posible respuesta a esta segunda lectura empezaría por sostener que el carácter o naturaleza categórica e imperativa de las razones morales estabiliza su peso y excluye algún conjunto de razones contrarias, si es que se ha juzgado correctamente dicho carácter. Si se ha evaluado todo lo que es relevante para ese caso en concreto. Piénsese como funcionaría en el derecho. ¿Cómo se podría afirmar que ciertas razones son categóricas e imperativas, desde el punto de vista jurídico, si su peso no se mantiene tras el incumplimiento? Entonces, si la autoridad es legítima, sabrá mejor que las partes aquellas razones que deben seguir al momento de actuar, aquellas que realmente son categóricas e imperativas. Igualmente, en la moral, esta objeción no es concluyente sin esclarecer la relación entre la naturaleza categórica e imperativa de ciertas razones y su fuerza o peso, especialmente en cuanto a por qué razones consideradas correctamente de este carácter en un contexto variarían su fuerza en otro, dejando de ordenar un comportamiento específico.

En otras palabras, si en T1 ciertas razones *realmente* son categóricas e imperativas, ¿cómo podría variar su fuerza en T2 de manera que su mandato de un comportamiento específico se convierte en una recomendación sin que se altere también su naturaleza categórica e imperativa? Esto sugiere que, o bien estas razones no fueron categóricas e imperativas, ni en T1 o T2, o que tal vez lo que se quiere decir es que en la razón práctica

las razones siempre y en todo momento deben competir en peso y fuerza con otras, sin que existan razones de mayor jerarquía.

Ahora bien, después de lo anterior hay que aclarar un punto. Incluso si la objeción de Papayannis fuera exitosa, la teoría de Gardner seguiría siendo plausible, ya que solo dejaría sin explicar casos excepcionales (si es que los hay) en los que razones categóricas e imperativas pierden su peso o varían su fuerza en un contexto diferente, alterando así la calificación deóntica de la conducta tras el daño, sin ningún otro cambio relevante. En este sentido, estaría pendiente una justificación que diera cuenta de más casos, incluidos estos[585].

Si todo lo anterior resulta convincente, el compromiso de Gardner con su tesis sobre la responsabilidad se vuelve difícil de entender. ¿Por qué el incumplimiento de un deber es necesario (y posiblemente suficiente) para justificar la imposición de esta clase de responsabilidad, y no simplemente que dicho incumplimiento sea en sí mismo tanto necesario como suficiente? En principio, parecería viable sostener una conexión directa de este segundo tipo entre la responsabilidad civil y el incumplimiento de un deber interpersonal. No obstante, en el tercer paso, Gardner distingue entre las obligaciones y la responsabilidad: no argumenta que las razones que continúan sustentando la obligación de reparación sean las que justifican directamente la responsabilidad civil del victimario, sino que esta es la situación normal[586]. En su exposición, la continuidad de una razón «sólo cuenta para lo que cuenta»[587]; si «todavía está disponible para que se

[585] Papayannis sostiene que esta explicación puede encontrarse en Darwall. Según esta teoría, las obligaciones morales que fundamentan las normas en los modelos de RCE representan una forma de responsabilidad mutua entre iguales, es decir, una autoridad recíproca que los sujetos poseen para dirigirse reclamos y exigencias (D. M. Papayannis, The Morality of Compensation Through Tort Law 2023, 16). En este punto, no me interesa evaluar la explicación basada en la teoría de Darwall, ya que, como he mostrado, considero que la objeción de Papayannis no es concluyente o, si lo fuera, solo restaría un margen reducido de capacidad explicativa a la teoría de Gardner. No obstante, puedo sostener que, por un lado, ambas explicaciones no son incompatibles, pues la tesis de la continuidad podría admitir que algunas razones que justifican ciertos deberes de comportamiento y reparación interpersonal asignados por la RCE derivan de esta autoridad de segunda persona. Por otro lado, intuyo que la tesis de Darwall pone un énfasis excesivo en las actitudes reactivas, las cuales, a mi juicio, no justifican necesariamente las obligaciones interpersonales (Darwall y Darwall 2011, 22 y ss).

[586] En sus palabras: «La razón normal por la que uno *tiene* la obligación de reparar las pérdidas que ha causado de manera injusta (es decir, que ha causado por incumplimiento de una obligación [de comportamiento]) es que esto constituye la mejor conformidad o satisfacción aún disponible con las razones por las cuales se tenía esa obligación» (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 60).

[587] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 60).

conformen a ella, [esta razón] cuenta para algo»[588]. Esto se debe a que, para Gardner, el hecho de que una razón sea categórica e imperativa, es decir, que sea un deber, no implica necesariamente que sea concluyente; podría ser que otras razones que no han sido excluidas por ese deber sean contrarias a su ejecución y que no estén aún derrotadas. Para que un sujeto tenga una responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones, se requiere que las razones sean estables y concluyentes.

La distinción entre obligaciones y responsabilidades le permite capturar de una forma diferente las cuestiones distributivas que muchos ordenamientos jurídicos y modelos de RCE también contemplan. Las preguntas relacionadas con el contexto distributivo suelen influir en la regulación de la atribución de responsabilidad y no tienen relación con la asignación de deberes de reparación. Un ejemplo de ello se ve en la forma como las cuestiones de proporcionalidad y equidad afectan la adjudicación judicial[589]. En palabras de Gardner: «Una cosa es qué deberes podría yo tener hacia [alguien mucho más rico que yo]. Otra cosa es qué ayuda deberían brindarme otros, incluyendo el derecho, para cumplir esos deberes. La segunda pregunta (distributiva) plantea de inmediato problemas de proporcionalidad. La ‹reparación total› de pérdidas […] a veces puede superar la ‹recuperación justa›»[590].

Todo lo anterior permite afirmar que la descripción de Gardner sobre el aspecto central de los modelos de RCE resulta bastante plausible. Su tesis de la continuidad tiene una solidez descriptiva que no solo explica la relación entre deberes primarios y secundarios, sino que también clarifica su conexión con la atribución de responsabilidad civil.

2. La facultad de demandar, la condena judicial, otras normas terciarias y la tesis de la tripartición de normas

Por otro lado, la explicación de la RCE como un medio para hacer justicia correctiva, entendida en los términos de la tesis de la continuidad, no explica, *per se*, las normas terciarias o la atribución de responsabilidad, pero da el primer paso para dar dicha

[588] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 60).
[589] Al respecto, en los PETL, en el artículo 10:401., regula situaciones en las que «puede reducirse la indemnización si la compensación íntegra comporta una carga opresiva para el demandado a la luz de la situación económica de las partes».
[590] (Gardner, What is tort law for? The place of distributive justice 2019, 100).

explicación. Esta tesis enseña que otros efectos que se consideren valiosos por las autoridades se deberían tomar en cuenta al momento de regular de una forma u otra distintos aspectos relevantes de los modelos de RCE y de la práctica de atribuir responsabilidad civil extracontractual.

La tesis de la tripartición de derechos también hace referencia a las facultades de la víctima para exigir o no el cumplimiento de los deberes de reparación y, en algunos casos, de los deberes de comportamiento. Bajo esta tesis, hay una asociación normal entre ilícitos extracontractuales y facultades para reclamarlos porque hay razones normativas ampliamente aceptadas, que llevan a sostener que un modelo de RCE que no cuente con esta relación es cuestionable en términos de corrección moral. De acuerdo con Psarras, aunque la tesis de la continuidad y la tesis de la tripartición se apoyan mutuamente al subrayar el papel clave de la justicia correctiva, son conceptualmente separables. La clasificación tripartita se centra en identificar qué reclamaciones corresponden a las obligaciones que se derivan del aspecto central de un modelo de RCE y qué derechos adicionales permiten que esas reclamaciones sean efectivas[591], pero no limita la explicación a la forma en que ese aspecto central se ve satisfecho.

Una forma de entender las relaciones normativas que resalta Gardner sería sostener que él considera que los modelos de RCE son un artefacto que requiere ciertos elementos para funcionar adecuadamente y cumplir su propósito. Sin embargo, esto no impide que dichos modelos generen otros efectos normativamente relevantes que permiten evaluar su corrección moral y que afectan las decisiones relativas al cumplimiento del propósito. Tal vez se debería hacer menos justicia correctiva o satisfacerla de una forma distinta, si esto disminuye ciertos efectos indeseables o aumenta otros que se consideran beneficiosos. Dos efectos relevantes que tiene un modelo de RCE y que Gardner sugiere se deben tener en cuenta son el impacto en la distribución del acceso a la administración de justicia y en la asignación de cargas negativas, como la condena judicial, entre las partes del proceso judicial.

Frente al primer efecto, cuando los legisladores o tribunales determinan que un determinado injusto se clasifica como ilícito extracontractual, es decir, que se buscará

[591] (Psarras 2023, 264)

justicia correctiva en esos casos, simultáneamente reconocen nuevas causas de acción para iniciar procesos civiles o amplían las existentes. Desde la perspectiva del modelo de RCE, estas autoridades jurídicas están distribuyendo derechos y deberes de indemnidad a nuevas categorías de demandantes y demandados[592]. Desde el punto de vista del derecho procesal, la autoridad competente está asignando un bien valioso y escaso: el acceso a la administración de justicia.

En otras palabras, cuando las autoridades reconocen que cierto tipo de injusto civil constituye un ilícito extracontractual en el marco de los modelos de RCE, esto conlleva la creación de deberes de comportamiento y reparación en esos casos, además de proporcionar una razón *prima facie* para establecer facultades jurídicas que permitan exigir y adjudicar esos deberes mediante procesos judiciales[593]. Así, antes de decidir que el incumplimiento de un deber de comportamiento estará protegido por un deber de indemnidad y que dicho incumplimiento constituye un ilícito extracontractual, las autoridades jurídicas no solo deberían preguntarse si tienen razones para reconocer un derecho y un deber de reparación en estos casos, sino también si la razón *prima facie* es suficiente para justificar la creación de un proceso judicial, la utilización de uno que ya está vigente, la designación de nuevos jueces, o el aumento de carga de trabajo, etc.

Frente al segundo efecto, el contenido de una condena judicial en los modelos de RCE no sólo satisface de mejor o peor forma la justicia correctiva, sino que tiene otros efectos relevantes en otras formas de la justicia distributiva. Existen normas que afectan el contenido de la condena judicial en los modelos de RCE, porque distribuyen cargas negativas entre los demandantes. Gardner hace referencia a doctrinas como la carga del perjudicado de mitigar el daño (*mitigation*), las reglas de imputación de causalidad (*remoteness of damage*) y la doctrina moderna de la culpa comparativa (*contributory negligence*), que pueden o no estar presentes en los distintos modelos de RCE.

La justicia correctiva sería insuficiente para explicar estas normas contingentes relativas a que la condena judicial, dado que esta justicia «sólo conoce la suma y la resta. No tiene

[592] (Gardner, What is tort law for? The place of distributive justice 2019, 92).
[593] (Gardner, What is tort law for? The place of distributive justice 2019, 91-92) y (Calabresi y Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral 1972, 1106).

espacio para la división»[594]. De hecho, si se intentaran interpretar como medios para establecer un marco normativo interpersonal justo, estas normas contingentes se podrían considerar errores, como sostendría Weinrib o errores *prima facie* como defendería Coleman.

De acuerdo con Gardner, «la justicia correctiva es siempre justicia entre las partes, pero la justicia entre las partes no siempre es correctiva, parte de ella es distributiva»[595]. De tal suerte, una forma de explicar estas normas contingentes relativas a la condena judicial sería interpretarlas como decisiones normativas que persiguen evitar ciertos efectos negativos o promover otros aspectos positivos de los modelos de RCE[596].

En ese sentido, una explicación de la condena judicial, además de tener en cuenta la justicia correctiva, no puede omitir las cuestiones de justicia distributiva localizada[597]. Para entender esta idea, se tiene que distinguir entre daños, deberes de reparación y condenas judiciales. Los daños son una parte del injusto civil, son la violación de los derechos o intereses legítimos de otros sujetos. Si provienen de un comportamiento que viola los deberes del sujeto victimario originan un deber de reparar, como ejercicio de justicia correctiva. Según Gardner, los deberes de reparar son una clase de responsabilidad por los resultados de las acciones[598]. El victimario debe hacerse cargo de la reparación voluntariamente o, de lo contrario, podría ser forzado por la víctima a través de las facultades que le conceden las normas terciarias. Una vez que esta última inicia el procedimiento y demuestra la ocurrencia del injusto, el juez lo declarará responsable y ordenará una reparación en concreto, una condena que se fundamenta en la justicia correctiva. Así entendida, la condena judicial es una forma de deshacer la transacción que se considera injusta, una forma de justicia correctiva, de seguir un marco normativo que regula las relaciones interpersonales de forma justa.

---

[594] (Gardner, What is tort law for? The place of distributive justice 2019, 98).
[595] (Gardner, What is tort law for? The place of distributive justice 2019, 94).
[596] (Gardner, What is tort law for? The place of distributive justice 2019, 98).
[597] Esta denominación la obtiene de (S. Perry 1992).
[598] (Gardner, What is tort law for? The place of distributive justice 2019, 101) (Gardner, Obligations and outcomes in the law of torts 2019).

Sin perjuicio de lo anterior, la condena judicial en procesos de RCE admite una segunda lectura. Esta se puede interpretar como una clase de carga negativa que el derecho impondrá sobre un sujeto u otro, algo que se distribuirá entre las partes del proceso. Dado el injusto civil, la víctima ha demandado al victimario y, ahora, ambas partes están en un juego de suma cero[599]. El juez debería distribuir entre las partes la condena judicial y un criterio plausible para hacerlo sería una norma distributiva fundamentada en la responsabilidad que cada uno haya tenido en el hecho que fundamenta la demanda. Dicha norma distributiva de responsabilidad podría rezar: «En casos en los que la [acción injusta] de una persona... ha hecho inevitable que alguien deba sufrir un daño, normalmente es permisible, como cuestión de justicia, asegurarse de que sea el [victimario] quien sufra el daño, en lugar de permitir que los costos de su acción indebida se impongan sobre [otros en quienes de otro modo podrían haber recaído][600].

Entendido el proceso de RCE como un lugar de justicia distributiva local, la condena judicial se observa como una carga negativa esencialmente asignable. Nadie podría afirmar que alguien debe reparar, sin mencionar las razones por las cuales debe hacerlo[601]. De manera que, si entre los miembros del grupo relevante compuesto por los sujetos del proceso, el victimario es responsable, se le asignará el 100% de la condena. Si ambos son responsables se les asignará en una proporción igual, a cada quién el 50% o de acuerdo con su nivel de responsabilidad. Si no hay ningún responsable, el juez no proferirá ninguna condena judicial, en este último caso, no habrá un costo económico que distribuir entre las partes.

No se trata de que en los esquemas distributivos locales todos los daños extracontractuales sean objeto de distribución, sino que las condenas efectivamente impuestas lo son. Uno de los problemas de distribuirlas con una regla distributiva de responsabilidad es que parece un poco *ad hoc.* ¿Por qué sólo las partes del litigio y no

[599] Un juego de suma cero es aquel en el que lo que gana un jugador es exactamente lo que pierde el otro. La suma de los resultados es cero, por lo que es una situación de competencia pura. Un ejemplo es el ajedrez, donde la victoria de uno implica la derrota del otro. Otro ejemplo, es el proceso civil.

[600]Esta es una reconstrucción de la formulación de (McMahan 1994, 259) hecha por Gardner (Gardner, What is tort law for? The place of distributive justice 2019, 95).

[601] Sobre la distinción entre bienes escasos y esencialmente asignables (Gardner, La virtud de la justicia y el cáracter del derecho 2022, 250-253) y (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 33-34).

toda la sociedad, o al menos, por qué sólo las partes del litigio y no todos los contribuyentes causales, deben estar vinculados por la norma de responsabilidad de justicia distributiva?[602] Siempre es posible que haya otros contribuyentes causales y que, por tanto, deban participar de la condena. La respuesta que da Gardner es un criterio distinto a la regla de distribución y este es el de justicia correctiva. Esta última indica entre quiénes, de toda la sociedad y de los contribuyentes causales, se debe distribuir la condena judicial. Por eso dice Gardner siguiendo a Cane: «la justicia correctiva proporciona la estructura del derecho de daños dentro de la cual funciona la justicia distributiva»[603].

En virtud de una explicación como la anterior, las autoridades jurídicas tendrían que perseguir que en los procesos judiciales las sentencias tengan en cuenta los efectos valorables desde la justicia correctiva y la justicia distributiva localizada. Esta forma de hacer justicia distributiva además podría explicar formas de responsabilidad distintas de aquella que surge por los resultados de la propia agencia, como la responsabilidad por el hecho de terceros o la distribución porcentuales de la responsabilidad en situaciones de incertidumbre causal. Es lo que Gardner denomina un principio elástico de *asunción de riesgos*, «que convierte a determinados demandados en aseguradores no contractuales frente a determinadas pérdidas, con independencia de cualquier contribución causal»[604].

En este punto, lo importante no es que la anterior sea la mejor explicación de estos otros aspectos relevantes, aunque periféricos, de los modelos de RCE. Sino que la explicación de Gardner les da un lugar. Él no sostiene que la justicia correctiva es suficiente para dar cuenta de estos aspectos de forma satisfactoria, sino que es una explicación necesaria (y posiblemente suficiente) de ellos. Así, su explicación es mucho más satisfactoria que otras que, como la de Weinrib, no den un espacio para otros fundamentos normativos de las distintas reglas que componen un modelo de RCE.

Para cerrar la sección, se puede concluir que, una vez analizada su teoría, no hay nada que comprometa a Gardner con la unidad entre normas de reparación y de

[602] Un análisis de este tipo de argumentos en (S. Perry 1992, 472-474)
[603] (P. ‘. Cane 2001, 413) (Gardner, What is tort law for? The place of distributive justice 2019, 82).
[604] (Gardner, What is tort law for? The place of distributive justice 2019, 101).

comportamiento. También, se puede destacar que él tampoco acepta la identificación de las normas primarias en virtud de las secundarias y que no se compromete con una sola clase de justificación para la responsabilidad por el incumplimiento de normas de reparación. De hecho, tiene en cuenta distintos efectos distributivos del reconocimiento de un ilícito extracontractual. Por todo ello, se considera que esta tesis describe el aspecto central de forma plausible y, considerados otros aspectos relevantes de la RCE, también de forma satisfactoria. Ahora, en el siguiente apartado se explicará y se desarrollará un poco más la forma como Gardner justifica el valor de la RCE, su comprensión de la justicia correctiva.

Conclusiones

En el capítulo se argumentó que el propósito de la RCE es establecer un marco normativo interpersonal justo. Para llegar a esta conclusión, se estudiaron las teorías normativas internistas de la RCE desde una perspectiva instrumentalista. Según estas teorías, el propósito de la RCE no es instrumentalizar la práctica para fines externos, como la eficiencia económica u otros, sino regular las relaciones interpersonales de manera justa mediante la estructura de este artefacto. En general, estas teorías subrayan que la RCE se fundamenta en la justicia correctiva, ya que esta la constituye y permite realizar un valor moral que, de otro modo, sería demasiado abstracto para guiar el comportamiento tanto de las autoridades como de los ciudadanos.

Se sostuvo que la comprensión de la RCE en términos constitutivos es exitosa si se ajusta a los aspectos relevantes de los modelos locales de RCE, tanto centrales como periféricos, y si es moralmente convincente. Se observó que las teorías internistas enfrentan dificultades para ajustarse plenamente al aspecto central de los modelos de RCE, es decir, a la relación entre deberes de reparación y deberes de comportamiento. Enmarcadas dentro de estas teorías, la tesis de la unidad y la tesis de la identificación inversa tienen una capacidad explicativa limitada y, por lo tanto, son menos plausibles que otras tesis. No solo no explican algunos casos de responsabilidad objetiva, sino que omiten otras razones subyacentes a los deberes de indemnidad que resultan relevantes. Además, ambas tesis son insatisfactorias porque se centran exclusivamente en las obligaciones de reparación y responsabilidades subsecuentes, sin abordar

adecuadamente las normas que otorgan la facultad de demandar ni otras características procesales, las cuales se denominaron normas terciarias en el capítulo 1. Así, es problemático sostener que la justicia correctiva es suficiente para explicar las obligaciones y responsabilidades de reparación, o incluso afirmar que es suficiente y excluyente de otras explicaciones.

Por el contrario, la tesis de la continuidad parece ser mucho más plausible. Una descripción más ajustada de la RCE sostiene que la violación de un deber de comportamiento es necesaria, pero no suficiente, para sustentar un deber de reparación y posibles responsabilidades derivadas de él. Además, mantener esta afirmación abre espacio para otras explicaciones de los demás aspectos relevantes de la RCE. Justamente por ello, la tesis de la continuidad se asocia con la tesis de la tripartición de derechos. Ambas tesis, en conjunto, pueden considerarse satisfactorias, ya que pueden explicar los distintos aspectos relevantes de la RCE. En el siguiente capítulo se evaluará cuáles son las razones para sostener esta tesis, esto es, de qué forma explica el valor de la justicia correctiva.

Capítulo 7: El valor de establecer un marco normativo interpersonal justo

Introducción

En este capítulo, se argumenta que establecer un marco normativo interpersonal justo es un propósito valioso, fundamentado en la racionalidad humana. Para desarrollar esta idea, se retoman conceptos clave sobre la justicia correctiva, explorando cómo estos se relacionan con la capacidad de los individuos para reconocer y cumplir con obligaciones recíprocas, incluso después de haberlas incumplido.

En el capítulo anterior, se sostuvo que la RCE constituye un medio adecuado para crear dicho marco normativo. Esta explicación proporciona una descripción plausible de los aspectos más relevantes de los modelos de RCE, enfatizando que el incumplimiento de un deber de comportamiento intersubjetivo por parte del victimario es condición necesaria para asignarle un deber secundario de reparación y, en consecuencia, una responsabilidad posterior. En este contexto, la justicia correctiva emerge como una razón subyacente central, entendida como una explicación necesaria, aunque no suficiente, de la responsabilidad civil extracontractual. No obstante, esta perspectiva no descarta la posibilidad de que otros valores morales relevantes también influyan en la justificación de las normas que componen un modelo de RCE.

Sin embargo, la descripción anterior de los modelos de RCE, basada en la tesis de la continuidad y la tripartición de derechos, no proporciona por sí solas razones concluyentes para valorar intrínsecamente la justicia correctiva. Aún queda pendiente responder por qué este tipo de justicia debe realizarse y por qué es razonable desear su aplicación en una sociedad determinada. Con este objetivo, en este capítulo se reconstruirá la tesis de la continuidad como un enfoque para fundamentar el valor inherente de la justicia correctiva.

Las normas de justicia constituyen un tipo particular de normas morales, enfocadas específicamente en la asignación, distribución o corrección de recursos[605]. En este sentido, cuestionarse por qué deberíamos valorar, seguir y aplicar la justicia correctiva

[605] Así también se ha comprendido en (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 91-92); (H. L. Hart 1963, 196-198); (Gardner, La virtud de la justicia y el cáracter del derecho 2022); (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 31).

refleja una interpretación errónea de la naturaleza humana. Una posible respuesta a esta pregunta sería que «involucrarse con normas morales es un componente inevitable de la naturaleza racional y, por tanto, humana»[606]. Los seres humanos, y las sociedades que conforman, deberían ser buenos, correctos, morales, justos, entre otros valores. Sin embargo, la duda podría plantearse de forma distinta en términos jurídicos: ¿por qué debería hacerse justicia a través del derecho, con la asistencia del poder estatal? A esto se podría responder que «porque la justicia es la primera virtud de aquellas instituciones —las instituciones de adjudicación— cuyo trabajo es reparar cuando las cosas ya han salido mal»[607]. Y dado que el derecho opera mediante instituciones judiciales que adjudican normas para resolver conflictos, asignando cargas y beneficios, debe ser, al menos, justo. Esto es especialmente relevante en los casos donde se pretende resolver conflictos interpersonales —aquellos que surgen tras un daño—, donde el derecho debe aplicar la justicia correctiva.

Respuestas como las anteriores no resultan del todo convincentes, ya que todavía falta un argumento que justifique la inclusión de la justicia, especialmente la justicia correctiva, en el ámbito de la moral, aun cuando esto pueda parecer intuitivo. De hecho, los autores que se han traído a colación han intentado ofrecer distintos argumentos que pretenden mostrar el valor de la justicia correctiva y, con ello, justificar la RCE, así como aquellos modelos locales que la implementen.

El capítulo se organiza de la siguiente manera: en la primera sección, se reconstruyen brevemente dos teorías sobre el valor de la justicia correctiva en el ámbito moral, destacando el tipo de calificación deóntica que conllevaría la implementación de un modelo de RCE por parte del Estado. Estas teorías, sin embargo, no se analizan en profundidad debido a su incapacidad para abordar de manera adecuada los aspectos esenciales de la RCE. En la segunda sección, se desarrolla el concepto del valor inmanente de la justicia correctiva, sustentado en la racionalidad humana y en la manera en que las razones guían e influyen en el comportamiento intersubjetivo. Finalmente, en

[606] Aquí se acepta la tesis de la moral inevitable. Sin embargo, no será este el argumento que se dará para explicar el valor de la justicia correctiva, por ello, no se reconstruirá plenamente. Una explicación de esta tesis en (Gardner, El derecho como un salto de fe. Ensayos sobre el derecho en general. 2022, 145-149).
[607] Un argumento completo sobre la relación del derecho con distintos valores morales, especialmente con la justicia se puede encontrar en (Gardner, La virtud de la justicia y el cáracter del derecho 2022, 253-254)

la tercera sección, se argumenta por qué este enfoque, aunque valioso, resulta insuficiente para justificar de manera completa el diseño e implementación de modelos de RCE en los distintos ordenamientos jurídicos.

I. La obligación o la facultad moral de hacer justicia correctiva

Weinrib sostiene que las sociedades tienen el deber de hacer justicia correctiva a través del derecho, fundamentado en la noción kantiana de agencia libre y derecho subjetivo. Incluso antes de la existencia del Estado, la justicia correctiva regula las interacciones entre agentes libres y racionales que respetan la igualdad y la voluntad autónoma de los involucrados[608].

Las relaciones intersubjetivas son justas cuando siguen principios que emanan de la autodeterminación de los agentes, de su voluntad libre[609]. Sin embargo, cuando estos principios se incumplen y se puede decir que se ha cometido una injusticia, la víctima puede exigir una reparación del victimario.

Pero, al intentar establecer el contenido exacto de dichos principios, un problema surge, ya que las partes pueden discrepar sobre lo que exige la justicia en cada caso de interacción. A diferencia de las relaciones en la sociedad civil antes del Estado, el derecho proporciona normas concretas para resolver disputas y definir conceptos como pérdida injusta o reparación[610]. Sin el derecho privado, la justicia correctiva sería demasiado abstracta, aquel es la encarnación de esta[611].

Así, existe una relación entre la norma moral y la norma jurídica, en la que esta última concreta a la primera. Según Weinrib, aunque existen deberes éticos de justicia correctiva, sólo el derecho materializa la obligación de reparar el daño injusto causado. En sus palabras, «donde la razón práctica formula deberes éticos, ya se han implantado los jurídicos»[612].

---

[608] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 52) y (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 117).
[609] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 129).
[610] Es lo que Weinrib, usando términos kantianos, denomina la primera fase de la progresión de la voluntad libre al derecho público, específicamente la posibilidad de un mundo público (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 134).
[611] La palabra “encarnado” es usada directamente por el autor quien asume que “los tribunales son la encarnación institucionalizada de la razón práctica” (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 118 y 138).
[612] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 141).

Por contraste, Coleman no cree que exista un deber inherente de hacer justicia correctiva, aunque considera que este es un principio plausible dentro de la moralidad política y que las sociedades están facultadas a utilizarlo. Sostiene que, en el ámbito de la moralidad, existen ciertos principios que son «transparentes y atractivos para los seres humanos», pero que, por sí solos, no son capaces de regular conductas ni de generar derechos, deberes, o responsabilidades[613]. Si la idea de que las pérdidas injustas deben ser reparadas por quienes son responsables de ellas es un principio moral aceptado por la sociedad, entonces la práctica de la RCE estaría justificada. Esto es porque, según él: «Las prácticas sociales convierten los ideales abstractos en principios regulativos; convierten la virtud en deber»[614].

Así, cuando el Estado decide implementar la justicia correctiva a través del derecho, esta se vuelve más concreta, indicando a sus agentes y ciudadanos qué, quién y por qué se debe reparar una pérdida injusta. De ahí que el valor moral de la RCE radicaría en concretar un principio moral y en ayudarnos a cumplir mejor con él[615].

Aunque estos argumentos justificativos resultan interesantes, su solidez no se explorará en profundidad. Dado que en el capítulo anterior la reconstrucción de la RCE propuesta por Weinrib y Coleman se ha considerado menos plausible e insatisfactoria, no se evaluará su capacidad justificativa. No obstante, cabe señalar que existe una extensa literatura crítica sobre su fuerza argumentativa en términos normativos[616].

---

[613] (J. L. Coleman, The Practice of Principle: In defence of a pragmatist approach to legal theory 2001, 54).
[614] (J. L. Coleman, The Practice of Principle: In defence of a pragmatist approach to legal theory 2001, 54).
[615] Una interpretación distinta de la justificación de la justicia correctiva en la teoría de Coleman es la de Papayannis, quien sostiene que dicha teoría podría entenderse como una que afirma que la justicia correctiva expresa el valor de la agencia humana responsable y el bienestar de las personas (D. M. Papayannis, Justicia correctiva, bienestar y responsabilidad 2013, 106-109).
[616] De la reconstrucción breve que se hace, se observa que, en este punto normativo, Weinrib avanza más que Coleman. No obstante, su argumento para demostrar la existencia de la norma moral de la justicia correctiva se apoya en la noción de agencia kantiana y en las suposiciones que esta teoría conlleva. Por su parte, como se verá, Gardner también supone la existencia de deberes morales, pero su afirmación es más plausible dado que requiere aceptar menos tesis metafísicas para ser aceptada. Alguien podría aceptar un contenido mínimo de la moral en el ámbito de las relaciones interpersonales y esto le bastaría para aceptar la tesis de Gardner que se exponen a continuación.

II. El valor inmanente de la justicia correctiva y la necesidad de los deberes interpersonales

En el capítulo anterior, se concluyó que la teoría de Gardner resulta plausible y adecuada para describir la RCE, a pesar de sus limitaciones explicativas. Según Gardner, la RCE es justicia correctiva, concebida en términos de su tesis de la continuidad. En este sentido, los deberes secundarios de reparación se fundamentan en la continuidad de las razones que subyacen a los deberes primarios de comportamiento interpersonal. A su vez, existe una conexión necesaria, aunque no suficiente, entre la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de reparar y el incumplimiento de algún deber de comportamiento. Por ello, el argumento a favor de la responsabilidad comienza con la justicia correctiva, pero no se limita a ella, ya que esta no alcanza para explicar o justificar todos los aspectos relevantes en un modelo de RCE, ni todas las consecuencias derivadas de la declaración de responsabilidad.

Cabe destacar que la tesis de la continuidad de Gardner no se desvincula del núcleo del argumento constitutivo que la crítica internista formuló frente al funcionalismo, aunque introduce varias matizaciones. Gardner sostiene que las normas secundarias de reparación en la RCE adoptan la forma de normas de justicia correctiva y deben interpretarse en función de su aporte a un marco normativo justo en las relaciones interpersonales. No obstante, para él esta dimensión constitutiva de la RCE no explica por qué sería racional asumir la existencia de una norma de justicia correctiva en la moral, esto depende de su valor. Si la justicia correctiva lo tiene, entonces el aspecto central de la RCE es razonable y se tienen las bases para fundamentar todos los demás, aunque sean periféricos.

A. El valor inmanente de la justicia correctiva y la racionalidad humana

La justicia correctiva es valiosa porque ayuda a las personas a conformarse con las razones categóricas e imperativas que guían su conducta en relaciones interpersonales, incluso después de un incumplimiento, después del daño. Los seres humanos tienden a cumplir, o se ven presionados a cumplir, con las razones que rigen su comportamiento en estas relaciones, especialmente si implican deberes de comportamiento. Cuando alguien incumple una acción debida —especialmente, deberes de no dañar con culpa o

riesgo—, la reparación le permite conformarse, en la mayor medida posible, con el acto correcto que originalmente se le exigía. Si cumplir con los deberes tiene algún valor, siguiendo a Gardner, la justicia correctiva también se fundamenta en ese valor[617].

Así las cosas, la tesis de la continuidad sostiene que la justicia correctiva posee un valor inmanente, basado en la racionalidad humana. Al reconocer que los seres humanos se ven influenciados y actúan por razones, que en este sentido son racionales, y que esto es valioso, también resulta plausible sostener el valor de las normas morales de justicia correctiva[618].

B. Los deberes de reparar y su necesidad de los deberes de comportamiento interpersonal

Lo anterior no parece suficiente para fundamentar una conexión necesaria entre deberes de reparación y deberes de comportamiento. Se puede aceptar que hay valor en cumplir con las razones que han quedado pendientes después del incumplimiento y, al mismo tiempo, negar que sea necesario que estas razones sean categóricas e imperativas, que sean deberes. En otras palabras, se podría decir que, si esta es la justificación de la justicia correctiva, todas las razones —si son realmente razones— tendrían que estas protegidas por ella. ¿Por qué sólo un tipo de razones importan para justificar los deberes de reparación bajo la tesis de la continuidad y no todas, si todas las razones siguen exigiendo conformidad después del incumplimiento? Claramente, si las personas debiesen hacer algo por las razones que quedan sin conformarse, incluso reduciendo la afirmación a las razones para actuar con relación a otro sujeto, su vida sería inmanejable.

Para entender la respuesta a este problema, se puede pensar en un ejemplo fuera del ámbito jurídico, en la vida personal de alguien. En su camino al despacho, Jordi suele encontrarse con personas que aprecia y lo estiman. Un día, en medio de una jornada ajetreada, Jordi ve a lo lejos a Diego, quien le hace señas para saludarlo. Jordi, con prisa, sigue de largo y no se detiene a devolver el saludo. Semanas después, ambos se encuentran en su reunión mensual. Las razones que Jordi tenía para saludar a Diego aún podrían sugerir una forma de reparación, como una disculpa. Sin embargo, el tiempo

[617] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 61).
[618] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 61).

ha pasado, y Jordi no está seguro de si Diego recuerda aquel momento. Diego, por su parte, decide no mencionar el asunto, pensando que Jordi quizás no lo vio, o estaba muy ocupado, o que el saludo era menos importante que los temas de la reunión. Ambos dejan de lado el incidente, movidos por razones más generales para seguir adelante con su vida y su relación. En contraste, si Jordi hubiera incumplido un deber moral, como no asistir a Diego en un momento de gran necesidad, entonces su relación no podría continuar tan fácilmente sin algún tipo de reparación o excusa.

A la luz de un ejemplo como el anterior, se tiene que reflexionar sobre el momento posterior al incumplimiento de una razón que no es categórica ni imperativa. Aunque esta razón no es un deber, seguirá ejerciendo cierta influencia sobre el sujeto después del incumplimiento. Sin embargo, junto a esta razón, también actuarán otras múltiples que lo orientan hacia dejar atrás lo sucedido y seguir adelante con su vida. En estas circunstancias posteriores al incumplimiento, el sujeto nunca tendrá una justificación racional suficiente para insistir en algo que no era un deber, ya que la razón original carecerá del peso necesario frente a otras consideraciones que lo animan a avanzar, en lugar de quedarse atrapado en el pasado o lamentarse por lo irreversible.

El ejemplo trata de mostrar que, tal como sostiene Gardner, hay un caso sistemático a favor de «seguir con nuestras vidas» en lugar de «llorar sobre la leche derramada»[619], de no consumirnos por una vida llena de arrepentimiento[620]. Si lo hay, el incumplimiento de una razón para actuar no puede ser suficiente, por sí solo, para establecer un deber de reparación, a menos que esa razón haya sido categórica y obligatoria. Solo si es de esa naturaleza, podría prevalecer sobre cualquier razón en contra, especialmente sobre este caso sistemático. De lo contrario, no podrá sostenerse de forma concluyente en el momento posterior al incumplimiento que el sujeto tenga el deber de reparar[621]. Para mayor claridad, no es que la razón categórica e imperativa —el deber—, por si misma sea estable y concluyente; es decir, sea suficiente para que el individuo sea responsable moralmente por la acción que ha dejado de ejecutar. Sino que, si la razón no es de este

[619] (Gardner y Macklem, Reasons 2004, 467-468) y (Gardner, From personal life to private law 2018, 126 y ss).
[620] (Gardner, Wrongs and Faults 2005, 58-59)
[621] (Boonzaier 2023, 30)

tipo, nunca podrá llegar a ser estable y concluyente. Justo por ello, en este último sentido, los deberes de reparar necesitan de los deberes de comportamiento interpersonal para estar justificados y para tener eventualmente el peso o la fuerza suficiente para justificar una responsabilidad civil.

La tesis *de la necesidad del deber* se basa en planteamientos generales acerca de las razones en la moral y su influencia en las personas. Gardner sostiene que las personas están sujetas a una «multiplicidad de razones»[622] con características variadas. Sin pretender ser exhaustivo en su explicación, considera que las razones son expansivas, impersonales e inconmensurables, y que aplican a quienes tienen la capacidad y disposición de explicarse en el lenguaje de las razones[623]. La amplitud de estas razones y sus efectos en los sujetos respalda esta tesis, ya que implica que los deberes —junto a otras formas de razones de especial jerarquía, como metas, esquemas, roles, relaciones y responsabilidades— son esenciales para orientar racionalmente las acciones de las personas en medio del caos de valores y disvalores que caracteriza la vida humana. Sin estos deberes, resultaría inviable que las personas concluyeran que deben reparar las consecuencias dañinas de sus acciones incorrectas porque tendrán razones para continuar con sus vidas.

Por supuesto, la tesis de la necesidad del deber también se aplica en la RCE. En principio, parecería suficiente para sostenerla, decir que dentro de los presupuestos jurídicos de la obligación jurídica de reparar está la vulneración de un derecho y un deber de indemnidad, esto es, un daño causado con una acción injusta. Así, la autoridad del derecho bastaría para concluir la existencia de dicha conexión necesaria en un modelo de RCE. Pese a ello, se puede fortalecer este argumento si se imaginan casos en los que las autoridades asignen deberes de reparación y atribuyan responsabilidades civiles de forma posterior al daño, en T2, sin fundamentar tales decisiones en normas primarias de conducta, vigentes en T1. El sujeto afectado por dichas cargas podría sostener objeciones del tipo: ¿por qué yo y no los demás? ¿De qué forma podía evitar incurrir en

[622] (N. J. McBride, Book Review: From Personal Life to Private Law By John Gardner 2019, 217)
[623] Una explicación sucinta sobre las tesis que Gardner defiende al respecto se puede encontrar en (Boonzaier 2023, 32-36), (N. J. McBride, Book Review: From Personal Life to Private Law By John Gardner 2019, 217).

esta obligación y responsabilidad? ¿cómo he participado en la decisión que me ha asignado este deber? En otras palabras, objeciones relacionadas con el principio de igualdad, el Estado de derecho y el principio democrático. Por argumentos como estos se puede decir que, si en la moral hay un caso sistemático para no cumplir con las razones ni categóricas ni imperativas que se han quedado sin conformar, en el derecho, el mismo caso aparece con mayor fuerza.

C. Otras razones para reparar

Boonzaier ha criticado la tesis de la necesidad del deber, considerando que la obligación de reparar y posteriores responsabilidades justificadas en virtud de la tesis de la continuidad no siempre requieren de un incumplimiento previo de un deber primario para estar justificadas, ni en la moral, ni en el derecho. Para él, Gardner concede demasiada importancia a los deberes y, en particular, a la idea de que solo los deberes tienen peso o fuerza suficiente para triunfar en situaciones de conflicto en el balance de razones para actuar en T2. Sugiere que esta postura subestima la capacidad de otras razones, no imperativas, de seguir siendo relevantes y operativas después de un incumplimiento, especialmente cuando la reparación es viable y productiva. En esencia, cuestiona que sea necesario una razón imperativa para justificar convincentemente la responsabilidad moral o civil de alguien, argumentando que las razones no imperativas también pueden sostener una obligación de reparar las fallas en el pasado. Por tanto, cuestiona las ideas de Gardner así: «si suponemos que el demandado no tenía un deber de conformarse a [una razón] *r* en *T1*, ¿hace eso imposible que exista un deber de conformarse a *r* en *T2*? Parece extraño descartar esa posibilidad, como parece hacer Gardner. Seguramente, uno querría decir, todo depende de la justificación del deber, ¿no?»[624].

A la luz de estas ideas en la moral, Boonzaier propone una tesis alternativa que reduce el alcance de la tesis de la necesidad del deber y que modifica la tesis de la continuidad en el ámbito jurídico, sugiriendo que en un modelo de RCE «el incumplimiento de un deber es suficiente (de forma derrotable) para imponer responsabilidad»[625]. En otras palabras, que un modelo de RCE que reconozca la posibilidad de fundamentar deberes

[624] (Boonzaier 2023, 38)
[625] (Boonzaier 2023, 39)

de reparar y posibles responsabilidades en razones distintas a los deberes interpersonales también estaría justificado. Si esta idea se siguiera, entonces, habría un "núcleo" de casos de responsabilidad en los cuales la tesis de la necesidad del deber es aplicable y una "penumbra" de casos donde esta no se cumpliría. En el núcleo, el incumplimiento de un deber primario de comportamiento justifica un deber secundario de reparación y, salvo consideraciones excepcionales —por ejemplo, cuestiones de justicia distributiva—, la imposición de la responsabilidad civil. Sin embargo, en la penumbra, existen situaciones en las que se puede justificar la responsabilidad sin un incumplimiento previo, siempre y cuando haya una justificación adicional para la responsabilidad de reparar después del incumplimiento[626].

Para ilustrar su punto respecto esta penumbra, Boonzaier menciona el caso *Rylands v. Fletcher*, el cual se presenta como uno de responsabilidad objetiva. Para él, se puede interpretar que en *Rylands*, el demandado es responsable de los daños causados por una actividad de riesgo, pero esa responsabilidad no se basa en un deber primario previo de no dañar. Más bien, la justificación de la reparación radica en principios de equidad y en la conveniencia social de que quien crea el riesgo y se beneficia de él asuma las consecuencias de los daños. A su juicio, «la característica especial del caso es solo que la razón por la cual esa razón es concluyente en T2 no radica en la protección imperativa que recibió en T1, sino en la justificación distintiva de que el demandado debe ajustarse a dicha razón mediante el pago de una reparación»[627]. En este caso, se podría pensar que hay razones por las que la reparación es viable y tiene un valor social. Lo mismo se podría decir de otros casos de responsabilidad estricta, como la responsabilidad por productos defectuosos, e incluso, potencialmente, a casos de negligencia. En estos casos, la imposición de responsabilidad puede justificarse más por la razón de que hay beneficios sociales en la reparación y disuasión que por la violación de un deber específico hacia la víctima[628].

[626] (Boonzaier 2023, 39-41)
[627] (Boonzaier 2023, 40)
[628] (Boonzaier 2023, 40-41)

D. Una perspectiva más limitada: la necesidad del deber

La discusión que se acaba de presentar es una versión más general de otra que ya se ha reconstruido en la tesis. En el capítulo 1, se presentaron distintas explicaciones de los factores de atribución, según la forma como se asume su contenido normativo. En ese momento, se hizo una estipulación conceptual, restringiendo la denominación “RCE” o “modelo de RCE” a los casos en los que se considera que el factor de atribución referencia deberes de comportamiento incumplidos, sin importar si se está en un régimen subjetivo, objetivo o de responsabilidad por las acciones justificadas.

Ahora se puede entender más fácilmente el atractivo teórico y normativo que tienen aquellas teorías de la RCE que no requieren para la atribución de deberes y responsabilidades la presencia del incumplimiento de un deber de indemnidad, sea el deber de comportarse diligentemente o un deber de no dañar bajo alguna condición. Algunos practicantes, teóricos y dogmáticos están dispuestos a utilizar su modelo de RCE para asignar obligaciones de reparación y para atribuir responsabilidades en aquellos casos en los que no se han incumplido deberes de comportamiento primarios, sino que ciertos individuos se han dejado de conformar a una u otra razón. En esas ocasiones, les bastará justificar que al momento de la acción existían razones importantes, fuertes o de peso para comportarse de una forma u otra, para calificar como no optativa dicho comportamiento y atribuir las subsecuentes cargas en virtud de su incumplimiento. El argumento que podrían dar para tal uso de los modelos de RCE, es el que ofrece Boonzaier y que acaba de reconstruirse. No hay una diferencia fundamental en la estructura normativa que permite atribuir responsabilidad civil por acciones debidas o acciones no optativas.

Sin perjuicio de este atractivo, la pregunta no debería ser si es imaginable un caso en el que una razón permita calificar cierto comportamiento como no optativo en términos de moralidad. En esto, se puede dar la razón a Boonzaier. El punto es, si tal caso es imaginable, cuán frecuente sería, qué características institucionales serían necesarias para darle efecto y cuáles serían sus efectos sociales. Esto incluye tanto los efectos positivos y negativos para las víctimas beneficiadas como para los posibles victimarios.

Aquí no se espera desarrollar en profundidad esta crítica, sino exponer algunas consideraciones que sugieren por qué esta postura no parece deseable y, por ello, una teoría de la RCE más conservadora es normativamente más deseable. De hecho, ya se han mencionado posibles objeciones relacionadas con el principio de igualdad, el Estado de derecho y el principio democrático, las cuales refuerzan el argumento sistemático que plantea Gardner en la moralidad contra la existencia de un deber de reparar, al tiempo que fortalecen su presencia en el derecho.

En el derecho y en los modelos de RCE, una forma de concebir cómo ciertas razones importantes y de peso, aunque no imperativas —razones *pro tanto*—, pueden ser consideradas para establecer deberes de reparación y posibles responsabilidades, es imaginar que los jueces cuentan con una amplia discreción para determinar dichos deberes en el momento posterior al daño, es decir, en T2. En otras palabras, para que la propuesta de Boonzaier sea válida, no basta con que el legislador haya tomado en cuenta estas razones *pro tanto* al crear deberes jurídicos, ni que los jueces evalúen el caso identificando retrospectivamente un deber jurídico —razones categóricas e imperativas— que el legislador o el precedente debería haber considerado. Es necesario que existan razones *pro tanto* antes del incumplimiento, en T1, que persistan después de este y permitan a los jueces fundamentar un deber de reparación en T2.

Una facultad institucional de este tipo podría implicar que los jueces afecten el principio de igualdad cuando la utilicen. Si ciertas personas se ven sometidas a razones *pro tanto* para reparar daños después del incumplimiento, otras personas probablemente también lo estarán. Tal vez Lluc es el sujeto que está más cerca causalmente al evento dañoso sufrido por Enric, pero también es posible que Pau haya contribuido en alguna medida al mismo. Si se asume que hay razones para no causar un daño, entonces, la contribución causal podría ser una razón *pro tanto* que continúa después del daño y permite justificar un deber de reparar el daño en *T2*. ¿Por qué el juez no debería condenar también a Pau, e incluso buscar en la sociedad a todos los sujetos que causalmente hayan contribuido a ese estado de cosas y que se vean sometidos por estas razones *pro tanto*, u otras que quizá tengan el mismo peso? Si la respuesta es que Enric ha demandado a Lluc y no Pau, esta respuesta no parece muy satisfactoria. Todavía parece que Lluc puede levantar la mano y quejarse, ¿por qué yo sí, y Pau, no, por qué los demás no?

Otra consideración para tener en cuenta estaría relacionada con el Estado de derecho. Si las razones son hechos que cuentan a favor de hacer algo, en este caso, a favor de un comportamiento determinado y una posterior reparación, de qué forma los posibles obligados a reparar por dichas razones *pro tanto* las podrían conocer. Tal vez existan algunos eventos señalados por el precedente, los reglamentos administrativos, o algún reglamento técnico que les dé la oportunidad a sujetos como a Lluc y Pau para conocer que están en una situación en la que eventualmente podrían adquirir una posterior obligación de reparación, aunque en ese mismo momento no estén sometidos a un deber. Pero sostener que el incumplimiento de un deber es suficiente (de forma derrotable), y, por tanto, no necesario, para imponer responsabilidad, implica aceptar que habrá casos en los que los sujetos sólo se enterarán en T2 que dichas razones *pro tanto* les exigían conformidad, que hacían de su actuación no optativa. No parece que en una situación así se hayan precisado con claridad y estabilidad aquellos comportamientos no optativos. Por definición, estas razones *pro tanto* no han sido establecidas con mecanismos autoritativos como las normas jurídicas y pueden variar significativamente entre diferentes individuos y contextos.

Finalmente, el principio democrático, que se basa en parte en el consenso social expresado a través de procedimientos democráticos y autoridades representativas para regular la conducta, también enfrenta desafíos con la idea de permitir que los jueces utilicen razones *pro tanto* para fundamentar la responsabilidad de reparar.

Si cualquiera de las objeciones que se ha presentado es convincente, esto es suficiente para aceptar que un modelo de RCE que posibilita jurídicamente fundamentar las obligaciones de reparar y las declaraciones de responsabilidad en razones *pro tanto* es injusto. Así, una teoría de la RCE tendría que considerar que las ocasiones en las cuales los jueces utilizan así su modelo de RCE, su decisión es *prima facie* incorrecta o no hace parte de la RCE, si es que esta decisión se puede considerar justificada dadas otras razones. Este argumento soporta la estipulación que se hizo en el capítulo 1, en el valor de la justicia correctiva entendida en términos de la tesis de la continuidad. Así, se puede sostener con seguridad que el propósito que se le está atribuyendo a la responsabilidad civil extracontractual (RCE) es establecer un marco normativo interpersonal justo.

III. El propósito y la justificación de la RCE

Hasta ahora, se ha sostenido que el propósito de la RCE es establecer un marco normativo interpersonal justo. Esto no implica que sea obligatorio implementar la RCE en un determinado ordenamiento jurídico o que esté justificada; simplemente significa que se reconoce que su propósito de hacer justicia correctiva no sólo se ajusta a sus aspectos relevantes, sino que es valorable racionalmente. Entre otras cosas, hacer justicia ayuda a que las personas actúen en consonancia con las razones que tenían para actuar. Así, y dado este carácter constitutivo, se puede decir que este propósito subyace a todas las normas que componen los modelos de RCE como una justificación relevante. Sin embargo, esta justificación no tiene que ser, y se ha sostenido que no es suficiente que sea, la única.

Entonces, si el hecho de que la RCE permita establecer un marco normativo interpersonal justo no la justifica, ¿qué lo hace? Esta cuestión será el objetivo del siguiente capítulo, pero su respuesta puede comenzar distinguiendo entre tener un propósito y alcanzarlo. Si un área del derecho puede interpretarse racionalmente como un artefacto para alcanzar un propósito valorable o razonable, que tiene una función parcialmente constitutiva de una norma moral, esto no implica que lo alcance; ni que en el proceso de alcanzar ese propósito no pueda tener otros efectos positivos o negativos en virtud de los cuales debe evaluarse.

Siguiendo a Gardner en este punto, esta función constitutiva de la norma moral de justicia correctiva no se puede desempeñar apropiadamente si esta área del derecho no cumple también una función instrumental en relación con la misma norma moral. En sus palabras, «Una norma jurídica no puede desempeñar su papel parcialmente constitutivo en relación con una norma moral, a menos que también desempeñe algún papel instrumental en relación con esa misma norma moral, es decir, a menos que la conformidad con la norma jurídica ayude a garantizar la conformidad con la norma moral de la cual se supone que la norma jurídica es parcialmente constitutiva»[629] De hecho, cabe la posibilidad de que la RCE cuya estructura es apropiada para alcanzar la justicia correctiva sea contraproducente para ello.

[629] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 46)

Hay dos casos en los que las normas de la RCE serían contraproducentes para alcanzar su propósito, que se podrían considerar errores. El primero sucede cuando la norma jurídica es directamente contraproducente porque «fracasa como instrumento de su propio propósito moral, aunque (y quizá incluso porque) la gente se conforme con ella»[630]. Imaginemos un modelo de RCE que propicie que las personas que sigan sus vagas indicaciones causen más daños de los que harían sin este. Quizá en esa sociedad, las personas reparan menos de lo que lo harían sin sus normas secundarias de reparación, porque los montos de las indemnizaciones sean cifras muy pequeñas, basadas en los salarios mínimos irrisorios establecidos por un Estado mezquino, o porque demostrar que alguien es responsable en un proceso es extremadamente difícil o costoso. En este caso, las personas podrían ajustarse mejor a las razones que tenían para actuar en sus relaciones interpersonales sin su modelo de RCE.

El segundo caso de error ocurre cuando la norma jurídica de RCE es indirectamente contraproducente, porque «sería un instrumento apropiado de sus propios propósitos morales, sólo si fuera cumplida por las personas. Pero fracasa como instrumento de su propio propósito moral porque establece incentivos perversos que tienden a animar a la gente a violarla»[631]. Piénsese nuevamente en un modelo de RCE en el que las personas reparan mucho menos de lo que lo harían sin sus normas, dadas las altísimas indemnizaciones a las que se condena en dicha jurisdicción.

Todo lo demás igual, si se interpreta un área del derecho como un artefacto, las normas contraproducentes para alcanzar su propósito deberían eliminarse de la legislación, del

[630] El ejemplo que Gardner utiliza para explicar este caso es el de normas que regulan la actividad de tránsito vehicular. Ellas sirven a la obligación moral de no manejar peligrosamente. El derecho la hace más concreta al establecer reglas de seguridad, señalización y semáforos. Si lo hace de forma correcta, sus autoridades habrán modificado la aplicación apropiada de la norma moral. Algo que no contaría como una maniobra peligrosa sin la regulación jurídica, lo hace después de que se ha proferido. En cambio, si las normas que regulan el tránsito son absolutamente confusas, las reglas de seguridad hacen más inseguro el vehículo, la señalización causa accidentes, extravíos, etc., la norma estará siendo indirectamente contraproducente (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 46-47).

[631] Gardner usa el ejemplo de la prohibición de las drogas para explicar cómo las leyes ayudan a definir de forma acertada lo que es moralmente correcto. Producir y vender drogas que generan adicción y graves daños físicos es inmoral porque afecta la salud pública. Ahora, aunque en este caso el derecho ayuda a hacer más específicas las normas morales, aún pueden ser criticadas. La prohibición de las drogas, por ejemplo, genera un mercado negro difícil de controlar, lo que puede tener consecuencias no deseadas. Es una ley indirectamente contraproducente (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 47).

precedente, o, en los términos de la tesis, del modelo de RCE. Pero tal afirmación no descarta la posibilidad de que, a pesar de ser contraproducentes para su propósito, estas normas logren otros efectos positivos, por ejemplo, porque permiten aumentar la riqueza, productividad, aumenten la prudencia de las víctimas, etc. Ni de que, pese a que sea productiva para su propósito, tenga otros efectos negativos, porque afecta una distribución justa de la riqueza o sanciona en ocasiones en las que no hay justificación para ello. Entonces, es la disposición de conseguir estos estos efectos valorables positiva y negativamente, lo que parece permitir sostener que un determinado modelo de RCE está, en últimas, justificado.

Tal como se presentó en la sección 2, además de la justicia correctiva existen otros fines morales que deberían considerarse en la regulación, modificación o cambio de la RCE. Uno de estos principios es la justicia distributiva, que está implícita en la estructura correctiva de la RCE[632]. Aunque la justicia correctiva tenga prioridad explicativa en la RCE [633], la justicia distributiva inevitablemente se manifiesta de las formas que se explicaron en la sección II.2.B.

Conclusiones

En este capítulo, se argumentó que el propósito de la RCE, consistente en establecer un marco normativo interpersonal justo, posee un valor inherente. Este valor se fundamenta en la tesis de la continuidad propuesta por Gardner, según la cual la justicia correctiva refleja la capacidad racional de los sujetos para reconocer obligaciones recíprocas y conformarse a ellas, incluso después de incumplirlas. Este marco normativo, apoyado en la racionalidad humana, permite que los deberes de comportamiento y reparación se comprendan como elementos esenciales para sostener el respeto en las relaciones interpersonales.

Sin embargo, el capítulo también establece una distinción fundamental entre el propósito racional de la RCE y su justificación normativa. Aunque el propósito de la RCE pueda considerarse razonable y valioso, ello no implica que cualquier modelo diseñado para

[632] En palabras de Cane: «la justicia correctiva proporciona la estructura del derecho de daños dentro de la cual la justicia distributiva funciona» (P. '. Cane 2001, 413). Esta es la tesis que Gardner desarrolla en su trabajo (Gardner, What is tort law for? The place of distributive justice 2019, 82).
[633] (Gardner, What is tort law for? The place of distributive justice 2019, 82).

implementarla logre efectivamente la justicia correctiva. Es más, ciertos modelos podrían resultar contraproducentes, ya sea directa o indirectamente, para cumplir dicho propósito. Incluso en el caso de que un modelo específico de RCE logre efectivamente satisfacer las exigencias de la justicia correctiva, esta contribución solo formaría parte de su justificación global, la cual requeriría una evaluación exhaustiva de otros efectos, tanto positivos como negativos, que dicho modelo podría generar bajo diversas condiciones.

Finalmente, se plantea que el análisis de estos efectos, así como la elaboración de una tesis normativa adecuada para identificar las disfunciones o errores de los modelos de RCE, serán los objetivos de los capítulos siguientes.

CUARTA PARTE: FUNCIONES Y ERRORES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Capítulo 8: La justificación de la responsabilidad civil extracontractual y sus funciones

Introducción

En esta parte de la tesis se presenta una teoría sobre la justificación de la responsabilidad civil extracontractual (RCE) centrada en sus funciones. Inicialmente se explica porque las funciones permiten justificar adecuadamente el uso de un artefacto jurídico. Posteriormente, se propone un principio que rige el correcto diseño, implementación o modificación de los modelos locales de RCE. Finalmente, se explican los distintos casos de error que pueden darse al aplicar este principio según las funciones que se le atribuyen a la RCE.

La justificación de la RCE está vinculada a las funciones que desempeña en una sociedad. Estas funciones operan como razones normativas que las autoridades deben tener en cuenta al definir el contenido específico de las normas estructurales de esta área del derecho. En principio, si dichas razones son debidamente consideradas, la RCE podrá orientar adecuadamente la conducta de los ciudadanos y contribuir a la obtención de los resultados valiosos que se buscan. Con el fin de esclarecer esta relación, el capítulo sostiene que el análisis funcional constituye una herramienta metodológica útil para evaluar la justificación tanto del sistema de RCE como de sus normas particulares.

En capítulos anteriores, se ha explicado que la RCE tiene una estructura que se compone de normas bilaterales primarias que regulan el comportamiento interpersonal y normas secundarias que regulan la reparación. Las normas bilaterales asignan derechos y deberes de indemnidad para regular las relaciones interpersonales de los sujetos. A su vez, tiene normas terciarias de facultad que permiten a las víctimas exigir responsabilidades por el incumplimiento de los deberes asignados la RCE. Todas estas normas y sus relaciones guían el comportamiento de los ciudadanos en ciertas circunstancias, de forma más o menos general o específica. En virtud de estos aspectos relevantes de los modelos de RCE, puede sostenerse que su propósito es establecer un marco normativo interpersonal justo entre los miembros de una sociedad o, dicho de forma más concisa, realizar justicia correctiva.

Sin embargo, que el propósito de la RCE sea razonable no implica, por sí solo, que este artefacto jurídico ni su empleo en una práctica jurídica estén justificados. En el capítulo anterior se distinguió entre tener un propósito y alcanzarlo. La realización de un propósito supone la producción de un efecto —un cambio en el mundo— que, en virtud del compromiso con ese propósito, se valora positivamente. En parte, un modelo local de RCE está justificado si efectivamente logra establecer un marco normativo interpersonal justo; es decir, si cumple con su propósito. Por tanto, si en países como España o Colombia esta área del derecho contribuye a que los ciudadanos mantengan relaciones respetuosas, adopten medidas de precaución razonables, eviten causar daños por culpa o riesgo, y reparen cuando y del modo en que corresponda, puede afirmarse que su modelo de RCE no solo posee la estructura adecuada para establecer justicia interpersonal, sino que efectivamente la realiza.

En el marco de la justificación de un modelo de RCE, la distinción entre propósitos y efectos permite argumentar la existencia de errores normativos, es decir, disposiciones que resultan contraproducentes para la realización del propósito en determinados contextos. Asimismo, esta distinción habilita la consideración de otros efectos relevantes para una evaluación más integral: efectos positivos o negativos que la RCE tiene la disposición de producir mediante sus normas en ciertas condiciones. Resulta plausible sostener que un modelo de RCE verdaderamente justificado será aquel que, de manera equilibrada, contribuya a maximizar los efectos positivos y minimizar los negativos, sin asumir que todos puedan lograrse o evitarse por completo en todos los casos[634]. Considérense, por ejemplo, ciertas normas que, aunque efectivamente promueven la justicia correctiva, podrían calificarse como errores si, en el contexto en que se aplican, tienden de forma sistemática, general o disposicional a generar efectos distributivos, compensatorios o disuasivos gravemente indeseables.

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en Nueva Zelanda, donde se sustituyó la RCE en ciertas circunstancias por un fondo de compensación[635]. Así, aunque el ordenamiento

[634] En el siguiente capítulo se defenderá un argumento normativo más detallado a favor de esta aseveración. En este capítulo, por ahora, bastará con defender una teoría funcionalista de la justificación y análisis de la RCE.

[635] Palmer, por ejemplo, sostiene que el aspecto más importante de la reforma es el abandono de la RCE para estos casos (New Zealand's Accident Compensation Scheme: Twenty Years On 1994, 223).

jurídico neozelandés mantiene un modelo local de RCE, sus autoridades han implementado un fondo de compensación que otorga compensaciones a las víctimas siempre que demuestren que su daño ocurrió en alguno de las circunstancias donde aplica, por ejemplo, en los accidentes automovilísticos. Mientras que la RCE, por su estructura, permite hacer justicia correctiva y garantiza necesariamente la compensación como un efecto positivo de su aplicación, también puede resultar ineficaz o contraproducente en ciertos contextos para cumplir esta función. Por ejemplo, en los accidentes automovilísticos donde el responsable huye, la RCE no tendrá la disposición a compensar. Por contraste, el fondo de compensación elimina la necesidad de probar una relación causal vinculada a la infracción de un deber de conducta imputable a un victimario, lo que lo hace más adecuado en este contexto particular. Se podría concluir que, dado que, en esta circunstancia específica, la RCE genera sistemáticamente resultados negativos, sería errado aplicarla. Si lo anterior es correcto, es razonable afirmar que el ordenamiento jurídico neozelandés ofrece un artefacto jurídico más efectivo para compensar a las víctimas, aunque sacrifique la justicia correctiva en algunos casos en los que sería relevante. Lo que, a su vez, se traduce en un modelo de RCE más justificado, que aplica en aquellas ocasiones donde realmente cumple apropiadamente sus funciones.

El caso neozelandés permite sostener que el propósito de la RCE es hacer justicia correctiva, pero que en ciertas circunstancias su disposición a causar estos efectos negativos relativos a la compensación de las víctimas hace injustificada su aplicación. Tal aseveración se fundamenta en un compromiso normativo con la idea de que los efectos que tiende a producir una práctica jurídica son fundamentales para justificarla. En otras palabras, se puede decir que los efectos son necesarios, aunque no suficientes, para explicar por qué las autoridades de un Estado deberían mantener o modificar un modelo de RCE y ciertas de sus normas pues pueden considerarse disfuncionales o erradas. El foco central del capítulo será explicar este compromiso normativo que se puede llamar instrumentalista y la forma como facilita la evaluación de un modelo de RCE.

El capítulo se organiza en tres secciones. En primer lugar, se expone la necesidad de justificar la RCE, al igual que cualquier modelo local que la implemente. Para ello, se

analiza la desiderata que debe cumplir un argumento capaz de demostrar la justificación de la RCE o de un caso particular de esta. En segundo lugar, partiendo de esta desiderata, se propone que el análisis funcional permite realizar evaluaciones sobre un modelo de RCE, estableciendo en qué medida está justificado según su contexto. En particular, este análisis resulta crucial para determinar si el modelo contiene normas disfuncionales o erradas. Para fundamentar esta propuesta, se exploran la definición de las funciones y el análisis funcional, destacando su relevancia como herramienta teórica para evaluar el derecho y las prácticas jurídicas, y se resalta su utilidad en el análisis del cumplimiento de las funciones atribuidas a la RCE. Finalmente, se aplica esta metodología al ámbito específico de la RCE mediante una clasificación detallada de las funciones que desempeña. Este enfoque permitirá identificar en el capítulo siguiente posibles disfunciones o errores. Con ello, se busca desarrollar una herramienta conceptual que, además de evaluar la RCE desde una perspectiva teórica, sirva como guía para que las autoridades adopten decisiones orientadas a su mejora o reforma.

I. Una desiderata de la justificación de la responsabilidad civil extracontractual

La justificación de una acción, una creencia o un sentimiento es una cuestión normativa. Cuando alguien justifica cualquiera de estas actitudes intencionales, expresa razones que, en ciertas circunstancias, explican por qué puede o debe actuar de determinada forma, creer algo o experimentar un sentimiento[636]. Quien sinceramente da razones considera que ciertos hechos, debidamente sopesados o ponderados, justifican la adopción de una actitud intencional específica[637]. La justificación jurídica comparte esta característica. Si alguien —una autoridad, un teórico o un ciudadano— pretende justificar una institución, práctica o norma de este tipo tiene que dar razones para implementarla, practicarla o cumplirla. Sin embargo, en general, la justificación jurídica es más exigente que la que se debe ofrecer para las actitudes intencionales mencionadas porque su

[636] Ver (Gardner, Justifications and Reasons 2007). En sus palabras: «Estrictamente hablando, la justificación es solo un tipo de explicación racional» (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 28. N3).
[637] Respecto la justificación y las razones se puede consultar (Scanlon 2003, Cap 1.)

implementación y aplicación tendrá consecuencias importantes o graves en la vida de las personas.

Piénsese que los modelos de RCE forman parte de los ordenamientos jurídicos. Sus normas son la base sobre la cual se toman decisiones judiciales. Si un victimario incumple su deber de reparación, una autoridad judicial podrá determinar que ha cometido un ilícito extracontractual y atribuirle responsabilidad civil, siempre que la víctima lo solicite. Para el victimario, esto conlleva múltiples consecuencias graves, como la posibilidad de que la autoridad judicial ordene la venta forzosa de sus bienes para garantizar la indemnización de la víctima.

Este escenario muestra que la RCE, en ciertas circunstancias, requiere el ejercicio de coerción estatal sobre los individuos, lo que, en principio, afecta su autonomía, prerrogativas o derechos[638]. Además, pone en evidencia que el ejercicio de este poder coactivo demanda infraestructura y personal, lo cual implica un costo significativo y el uso de recursos públicos. Ambos aspectos, como señala Jiménez, «[…]plantean una pregunta inmediata sobre por qué es moralmente justificable coaccionar a las personas y utilizar recursos escasos para los propósitos del derecho privado»[639].

Dado que estas implicaciones tocan cuestiones fundamentales de legitimidad, cualquier autoridad que decida implementar un modelo de RCE debe ofrecer razones sólidas para justificar su decisión frente a la población. Es razonable afirmar que, para abordar esta cuestión, dicha autoridad, o quienes defiendan su postura, deberán considerar cuidadosamente los efectos de la implementación del modelo de RCE, evaluarlos con rigor y determinar el peso que les otorgan. Solo mediante este análisis podría formularse una respuesta satisfactoria a la pregunta sobre su justificación.

En este sentido, Jiménez ha propuesto que una justificación apropiada para el derecho privado —y que, por tanto, es aplicable a los modelos de RCE— debería centrarse en la idea de *ciudadano razonable.* Dado que todas las partes del proceso se verán afectadas por las decisiones judiciales coactivas tomadas en virtud de un modelo de RCE y que todos los que pagan impuestos contribuirán a implementarlas, «la justificación del

[638] (Jiménez 2023, 6)
[639] (Jiménez 2023, 6)

derecho privado se debe a todos, no solo a los juristas ya familiarizados con sus prácticas»[640].

Lo anterior se refuerza, sostiene Jiménez, cuando se piensa que un ordenamiento jurídico bien ordenado requiere el compromiso de los ciudadanos en general, ya que su efectividad no puede descansar únicamente en la coerción, sino que depende de que las personas perciban el derecho como una guía legítima para la acción[641]. Así, para que la RCE cumpla sus propósitos, necesita ser valorada y respaldada por actitudes y compromisos de esos ciudadanos. Estas actitudes y compromisos pueden ser una fuente clave de razones no prudenciales para cumplir con el derecho, haciendo que la legitimidad del derecho privado dependa en parte de este apoyo[642].

Todas estas consideraciones en principio parecerían llevar a una conclusión distinta de la que se quiere sostener. Se pensaría que la justificación de la RCE dependería de su aceptación por una cantidad suficiente de ciudadanos, de sus actitudes y compromisos, porque los números garantizarían su seguimiento, disponibilidad recursos y efectividad. En otras palabras, dependería del *ciudadano* y no del *ciudadano razonable.*

Pero si esta fuera la conclusión, no sería convincente. Hay fundamentos para sostener que el hecho de que una institución, práctica o norma jurídica sea aceptada por una cantidad determinada de ciudadanos, no dice nada sobre su corrección o justificación moral, desde una perspectiva crítica. Por presentar un ejemplo, en algún momento, la esclavitud, la segregación o el machismo fueron prácticas ampliamente aceptadas por la población, y no se diría fácilmente que esta aceptación las hizo correctas[643]. Justo por ello, Jiménez considera que el foco de atención de cualquier argumento justificativo tiene que estar en el ciudadano razonable y no sólo en el ciudadano (o la suma o promedio de ellos). En el ciudadano que, entendido en el marco de una sociedad liberal y democrática,

[640] (Jiménez 2023, 7)
[641] (H. L. Hart 1963, 110-112)
[642] (Jiménez 2023, 7)
[643] La afirmación realizada muestra que esta tesis se alinea con una posición más cercana al realismo que al antirrealismo moral. Se trata de una discusión amplia que ha sido desarrollada extensamente en la literatura, y no es el objetivo de este texto detallar las razones que respaldan dicha postura. Una excelente defensa del realismo puede encontrarse en la tesis del objetivismo moral robusto (Enoch, Taking Morality Seriously. A Defense of Robust Realism 2011). Para una reconstrucción de esta discusión, véase (Sayre-McCord 2023).

delibera de buena fe, tiene buen juicio y acepta las *cargas del juicio* de Rawls[644]. Para él, cualquier ejercicio justificativo basado en razones posiblemente tiene que compartir esta característica[645]. Así, la justificación de una institución, práctica o norma jurídica no depende en este enfoque del hecho de la aceptación, sino de una posible aceptación o una aceptación razonable, lo que implica la idealización del modelo de ciudadano.

La justificación centrada en el ciudadano razonable anterior concuerda con compromisos centrales en el liberalismo político. En este marco, una noción moral ampliamente compartida y fundamental es la del igual respeto para todos los ciudadanos. Conforme a esta idea, los aspectos básicos de la estructura social deben ser aceptables para todos los ciudadanos razonables en una sociedad liberal. Entre estos aspectos se incluyen el derecho privado y la RCE, y el cumplimiento de este deber, que recae en las autoridades, requiere la posibilidad de ofrecer una justificación pública[646].

En virtud de lo anterior, se puede sostener, como hace Jiménez, que una justificación centrada en el ciudadano razonable debe satisfacer el desiderátum planteado por Benson: por un lado, *ser pública*, en el sentido de que resulte aceptable para todos los sujetos afectados por esta área del derecho; por otro lado, *ser jurídica*, es decir, derivar del discurso normativo jurídico —que abarca derechos, deberes y facultades— inherente a la práctica y reconocido por abogados, jueces y juristas en general[647].

Sin embargo, se tiene que notar que el aspecto jurídico genera una tensión con el aspecto público. Justo por ello, Jiménez piensa que no es posible cumplir con el aspecto jurídico de la desiderata sin recurrir a un ejercicio de *traducción*. Justificar una práctica implica utilizar los conceptos, el lenguaje y las prácticas inferenciales propias de sus practicantes, ya que esto es necesario para explicar esa práctica jurídica en particular y no otra. Sin embargo, utilizar exclusivamente los términos técnicos y especializados de quienes dominan el lenguaje arcano de la dogmática —y lo asumen con seriedad—

[644] Para Jiménez, estas cargas reflejan cómo factores como la complejidad de la evidencia, la vaguedad de los conceptos y la diversidad de valores relevantes pueden llevar a desacuerdos razonables, incluso entre individuos bien intencionados que deliberan sólidamente. Al respecto (Jiménez 2023, 9. N. 44)
[645] Aquí (Jiménez 2023, 7) sigue las ideas de Peter Benson (Benson 2019).
[646] Al respecto: (Jiménez 2023, 7). También puede observarse este compromiso en (Dworkin 2014); (Rawls 1971), entre otros.
[647] (Benson 2019, 305).

podría llevar a una justificación aceptable únicamente para juristas o profesores de derecho. Esto ocurre porque la población en general utiliza un lenguaje vernáculo que dificulta comprender el valor de dicha práctica, lo que, a su vez, les impide aceptarla[648].

Por tanto, la RCE y otras prácticas de atribución de responsabilidad propias del derecho privado pueden promover, como su propósito, ciertos valores intrínsecos, pero es necesario explicarlos en términos de valores más amplios que sean comprensibles para el público en general para que puedan justificarse. En palabras de Jiménez: «Una justificación exitosa no solo debe ser inteligible, sino también ofrecer razones que demuestren el valor del derecho privado en términos que puedan conectarse con las motivaciones, los compromisos y los valores de las personas razonables y comunes. Sin embargo, el ejercicio de justificación no puede siquiera iniciarse si permanecemos limitados a las tecnicidades del lenguaje jurídico»[649].

Todo lo expuesto no quiere decir que el ejercicio de justificación propuesto por Jiménez, y que se tomará como base de lo que se hará en lo que sigue de la tesis, esté centrado exclusivamente en el liberalismo, en las sociedades, Estados, u ordenamientos jurídicos que acepten los valores típicos de esta ideología. Después de todo, el liberalismo mismo podría no ser convincente. De hecho, muchas sociedades liberales cuentan con desigualdades, pobreza e injusticias de todo tipo. En este sentido, convencer a un ciudadano razonable liberal, puede ser insuficiente para que la práctica esté realmente justificada. Se requiere que realmente haya hechos que bien ponderados en cierto contexto justifiquen mantener dicho aspecto jurídico, sea una institución, práctica o norma jurídica.

Ahora, el modelo de justificación pública traducida al lenguaje vernáculo propuesto por Jiménez no implica necesariamente que las razones deban entenderse como creencias y deseos o motivaciones de algún tipo sostenidas por los sujetos. Este modelo es perfectamente compatible con la idea de que las razones sean hechos que, una vez conocidos y ponderados adecuadamente, cuentan a favor de una actitud intencional o de un aspecto jurídico. Así, estas razones pueden entenderse en sentido externo, porque

[648] (Jiménez 2023, 22-23)
[649] (Jiménez 2023, 22)

existen independientemente de los valores o motivaciones del agente, y su fuerza normativa no depende de que el agente las reconozca o las acepte.

A pesar de lo anterior, las razones —especialmente en el contexto político y jurídico— necesitan tener la disposición de convencer a los ciudadanos razonables en términos que ellos puedan comprender y aceptar, para que tengan injerencia en el derecho privado o en el modelo de RCE. En palabras de Jiménez: «Incluso si existen razones externas, estas razones solo son apropiadas como justificaciones si están conectadas de algún modo con los valores, perspectivas y compromisos ya existentes del agente»[650].

En suma, la justificación del derecho privado debe ser pública, jurídica y traducida; es decir, debe dirigirse no solo a los juristas, sino también a personas razonables en general. Esta justificación pública debe vincular el derecho privado —su lenguaje, conceptos y prácticas inferenciales— con valores, razones y preocupaciones comprensibles y aceptables para personas razonables en una sociedad democrática liberal. Por tanto, las razones invocadas para justificar el derecho privado y la RCE solo pueden desempeñar su rol al justificar si el ciudadano afectado por la aplicación de una norma tiene la disposición de concluir, tras una deliberación de buena fe, que las razones por las cuales se verá afectado tienen fuerza justificativa.

En las siguientes secciones del capítulo, se argumentará que la justificación centrada en los efectos que la RCE está dispuesta a producir, y que pueden ser valorados positivamente en las sociedades liberales, cumple con este requisito.

II. Dos formas de justificación: estructura o funciones

Tal como se ha mostrado en la tesis existen al menos dos formas de justificar las instituciones del derecho privado[651]. La primera es la perspectiva instrumentalista, que valora al derecho privado por los fines externos que logra, como maximizar el bienestar social o reducir costos. Desde esta perspectiva, si otra institución pudiera cumplir mejor estos fines, habría razones para reemplazar el derecho privado. Se le llamará perspectiva funcional. Priel considera que «una concepción funcional de [la RCE] […] busca explicar el derecho en términos de un objetivo que se busca promover, por

[650] (Jiménez 2023, 12)
[651] Así también lo argumenta (Jiménez 2023)

ejemplo, la igualdad de género o el bienestar general»[652]. En contraste, la perspectiva no instrumentalista sostiene que el derecho privado se justifica por los valores intrínsecos que encarna, como la justicia correctiva, los cuales son únicos e insustituibles. Mientras que esta perspectiva se denominará estructural. Tal como se ha presentado que sostiene Weinrib[653].

Según lo expuesto hasta ahora en este capítulo, la justificación del derecho privado debe ser pública, jurídica y traducida. En este sentido, las justificaciones estructurales, basadas en los conceptos empleados por los practicantes y las relaciones que establecen entre ellos para fundamentar normas o decisiones, resultan problemáticas. Incluso para el ciudadano razonable no es sencillo comprender el significado de los conceptos utilizados cotidianamente por juristas y dogmáticos como las culpa, el nexo causal, el daño, o la fundamentación del deber de reparar; tampoco comprenden los ciudadanos la relación entre normas primarias y secundarias, ni el valor que estas tienen. Es aún menos evidente el propósito de la RCE, entendido en términos de justicia correctiva.

Las justificaciones funcionales, en cambio, recurren a valores comúnmente aceptados o presentes en el discurso público. Por ejemplo, para comprender una determinada práctica social o jurídica, el análisis funcional utiliza argumentos relacionados con la promoción de objetivos, el logro de propósitos o la realización de funciones, que hacen referencia a los efectos que el modelo de RCE puede generar en la sociedad y que son socialmente valorables. Los teóricos instrumentalistas, que aceptan este tipo de justificaciones, «comprenden que justificar una institución jurídica requiere apelar a razones que no solo los abogados, sino potencialmente todos, puedan respaldar»[654].

El argumento puede fortalecerse aún más si se teoriza sobre las posibles motivaciones de los distintos agentes relevantes en el marco de la práctica de la RCE, demostrando cómo las funciones podrían integrarse tanto en el discurso jurídico como en el público en general. No se trata de sostener que las motivaciones de estos agentes justifiquen la

[652] (Priel 2018, 300-301).
[653]Obsérvese (Weinrib, La idea del derecho privado 2017). Una reconstrucción de sus tesis se puede encontrar en el capítulo 6 de esta tesis.
[654] (Jiménez 2023, 23)

práctica, ya que la justificación depende de la existencia de hechos que, adecuadamente ponderados, la fundamenten. Sin embargo, si las motivaciones de funcionarios públicos o ciudadanos pueden reflejar los valores que la perspectiva instrumentalista utiliza para argumentar el valor de la práctica, esto aumenta la plausibilidad de su aceptación.

Por ejemplo, si los ciudadanos valoran la reducción de accidentes y la compensación por daños, y estas finalidades coinciden con los argumentos instrumentales en favor de la RCE, se genera una conexión más intuitiva entre la práctica jurídica y las preocupaciones sociales. De manera similar, si los funcionarios públicos, como jueces o legisladores, orientan sus decisiones considerando incentivos, costos y consecuencias, esto puede evidenciar que las funciones ya están integradas en el razonamiento práctico que guía la implementación de la RCE. Así, estas motivaciones no solo fortalecen la aceptación social de la práctica, sino que también la legitiman como coherente con los valores que subyacen a su justificación instrumental.

Al respecto, Priel sostiene que la elección entre analizar el derecho en términos de su estructura o de sus funciones no es una cuestión meramente metodológica, sino «es *política* […] es una decisión *normativa*»[655]. Según él, dicha elección depende de cómo esta práctica se manifiesta en la realidad de las creencias y acciones de los practicantes, autoridades y ciudadanos[656], sin asumir de antemano una supuesta “esencia” del derecho[657]. Por ello, argumenta que cualquier tipo de análisis —estructural o funcional— debe identificar el «modo en que la gente piensa el derecho»[658] si pretende explicar algo de manera no circular. Este enfoque recurre al punto de vista interno, un método orientado a inferir la autocomprensión del derecho o, en sus términos, a comprender lo que la gente piensa que es el derecho[659]. En palabras del autor: «los conceptos jurídicos usados son una evidencia confiable de cómo las personas piensan esa área, y ello se debe a que el modo en que la gente piensa el derecho moldea la práctica, y la doctrina jurídica refleja la realidad de lo que el derecho de daños es»[660].

---

655 (Priel 2018, 322-323).
656 (Priel 2018, 306).
657 (Priel 2018, 300-301).
658 (Priel 2018, 307).
659 (Priel 2018, 316).
660 (Priel 2018, 307).

Priel observa que al utilizar el punto de vista interno se tiende a equipararlo con los conceptos jurídicos y las relaciones estructurales que emplean las altas cortes y la dogmática para interpretar la RCE. Sin embargo, desde la perspectiva de los abogados, señala que estos recurren al análisis estructural solo de manera limitada[661]. Con mayor frecuencia, los abogados adoptan un enfoque funcional, centrado en «las estimaciones del probable impacto de una u otra decisión sobre el bienestar general, en términos de sus costes, los incentivos que crea y sus potenciales efectos colaterales indeseables»[662].

Priel aplica un razonamiento similar al analizar la perspectiva del reformador jurídico[663], como es el caso del legislador o el juez encargado de modificar la estructura de la RCE. Según él, estos actores emplean el punto de vista interno únicamente para aplicar correctamente los conceptos internos de la práctica, garantizando que los practicantes actúen conforme a lo esperado[664]. De manera análoga, desde la perspectiva pública —la de los ciudadanos—, el autor sostiene que a estos «les importa poco los entresijos de la causalidad, probablemente ni siquiera sepan qué significa ilícito extracontractual, [aunque] sí les importa reducir los accidentes y compensar a quienes resultaron dañados en ellos»[665].

A partir de estas observaciones, Priel concluye que las metodologías de análisis estructural y funcional son incompatibles. Desde su perspectiva, si se concibe la RCE en términos funcionales, la estructura se convierte en un medio para cumplir dichas funciones. En cambio, desde el análisis estructural, las funciones carecen de relevancia e incluso se consideran efímeras. Por ello, argumenta que, al justificar un cambio en la RCE, se puede optar por mantener constante la estructura o la función y ajustar el otro elemento, dependiendo del interés del intérprete[666].

La anterior posición se comparte hasta cierto punto. Parece acertado argumentar a partir de las mismas fuentes jurídicas que el análisis estructural utiliza que, en las motivaciones de abogados, autoridades y ciudadanos, las funciones de la RCE cumplen un rol

[661] (Priel 2018, 307-311).
[662] (Priel 2018, 308).
[663] (Priel 2018, 311-315).
[664] (Priel 2018, 312).
[665] (Priel 2018, 315-317).
[666] (Priel 2018, 320; 322).

relevante. En este sentido, la justificación pública podría recurrir a las funciones para satisfacer la desiderata que se propuso en la sección anterior, especialmente la posibilidad de traducir su aspecto jurídico a los ciudadanos razonables. Pero ello no significa que se acepte que el punto de vista interno de quien pertenece a la práctica y la acepta para guiar su conducta dependa de las motivaciones reales que las personas tengan. Ni que se acepte que las metodologías son incompatibles.

Por un lado, el punto de vista jurídico o interno es el de quien decide seguir o aplicar las normas de la RCE con la expectativa de que le permitirán actuar correctamente en sus relaciones interpersonales[667]. Se trata de un sujeto que posee la disposición práctica de guiar y evaluar su conducta conforme a las normas del sistema jurídico que le es aplicable[668]. Este punto de vista constituye una condición necesaria para la existencia e inteligibilidad de las normas sociales[669]. No obstante, en su análisis de las perspectivas de abogados, reformadores y del público, Priel parece confundir el punto de vista interno con el del practicante "nativo".

En realidad, el punto de vista interno se refiere a la actitud práctica de aceptación de normas[670]. Aunque los conceptos jurídicos y sus relaciones estructurales pueden ofrecer una idea de las razones que los agentes usan para aceptar ciertas reglas como guía para su acción, el punto de vista interno no puede limitarse a estos elementos. Un individuo puede aceptar el derecho y emplearlo por razones de carácter moral distintas a las que suelen expresarse en el discurso jurídico expuesto en textos dogmáticos o sentencias judiciales, algo que Priel parece pasar por alto, y que también constituiría una clase de punto de vista interno[671].

---

667 De acuerdo con Finnis los sujetos que aceptan el derecho como guía para la acción lo pueden hacer por razones prudenciales, medios-fines, no-morales o morales. Sin embargo, el caso del sujeto que cumple el derecho en sus propios términos, porque lo considera como un mecanismo para resolver problemas morales, es un caso más central de los seguidores del derecho (J. Finnis 1980, 13-14) (J. M. Finnis 2000, 47). Una reconstrucción del argumento en (Gardner, El derecho como un salto de fe. Ensayos sobre el derecho en general. 2022, 157-158).

668 Esta critica la dirige Shapiro contra Perry y Postema (S. J. Shapiro, What is the internal point of view 2006, 1158-1159).

669 (H. L. Hart 1963, 110-112) (S. J. Shapiro, What is the internal point of view 2006, 1165).

670 Veáse (H. L. Hart 1963, 110-112); (S. J. Shapiro, What is the internal point of view 2006, 1157).

671 Esta omisión se observa claramente en la siguiente afirmación que sostiene Priel: «el presupuesto asumido por prácticamente todos aquellos que hablan de la importancia del punto de vista interno es que mientras no todas las personas ven el derecho desde un punto de vista interno, todos aquellos que sí lo

De hecho, un agente puede utilizar tanto el análisis estructural como el funcional para identificar deficiencias en las razones expuestas por los practicantes en el discurso jurídico y que los llevan a aceptar las normas de la RCE. Aun así, dicho agente podría aceptar y emplear estas normas por otras razones que, al reflexionar sobre ellas y sus consecuencias, considera correctas y deseables. Esto demuestra que el punto de vista interno incluye una dimensión más compleja y rica que la que se limita al razonamiento jurídico típico, incorporando una multiplicidad de razones que pueden motivar la aceptación del derecho más allá de las expresadas en el discurso jurídico.

Por otro lado, el hecho de que en algunos casos de RCE una u otra metodología resulte especialmente útil o explicativa no implica, por sí solo, que la elección entre ellas sea siempre de naturaleza política o normativa. Desde la perspectiva del reformador jurídico el uso de los conceptos jurídicos y del análisis estructural puede ser útil para alcanzar ciertos fines, propósitos o funciones. Si el legislador (o excepcionalmente el juez) persigue que la RCE cumpla una nueva función (o mejorarla), puede intentar modificar su estructura y, para ello, hacer un uso instrumental de los conceptos jurídicos al redefinirlos[672]. Tal como Priel alega que sucedió con la evolución de la negligencia en el *common law*, que amplió su definición para cumplir la función de compensar los daños que ocurrían en todo tipo de actividades en el contexto industrial[673].

Entonces, no es necesario elegir entre el análisis de propósitos y estructura y el análisis funcional; ambos pueden complementarse. La elección entre ellos es de naturaleza metodológica y depende del enfoque del estudio. En esta tesis, por ejemplo, se utiliza el análisis de los propósitos de la práctica y de su estructura —es decir, las normas y sus relaciones— para proponer un concepto de RCE que permita describir una amplia variedad de modelos locales de RCE. Por otro lado, las funciones de la práctica, entendidas como los efectos que genera o busca generar, se consideran relevantes para abordar cuestiones justificativas. En la siguiente sección, se explicará qué implica el análisis funcional y por qué resulta pertinente su aplicación en el ámbito jurídico, detallando de qué forma se utilizará para la justificación del uso de la RCE.

---

hacen, lo ven del mismo modo» (Estructura, función y las naturalezas del derecho de daños 2018, 307).
[672] (Priel 2018, 312).
[673] (Priel 2018, 320-321).

III. El análisis funcional en el derecho

No todos los efectos generados por el derecho o por un modelo de RCE pueden considerarse razones que las autoridades deban tomar en cuenta al modificar dicho artefacto y su aplicación. Algunos efectos pueden ser lejanos, aleatorios o incluso inocuos. Por ejemplo, si la existencia de normas de RCE y su aplicación por funcionarios estatales lleva a un ciudadano a decidir no salir más de casa para evitar el riesgo de ser civilmente responsable, no sería razonable sostener que la RCE debe modificarse simplemente por haber contribuido, en parte, a generar este efecto negativo. Del mismo modo, si de todas las interacciones sociales reguladas por la RCE solo una resulta satisfactoria para ambas partes porque han sido guiadas por sus normas, no se podría afirmar que la RCE, en términos generales, cumple su propósito de hacer justicia correctiva. Se necesitan criterios más precisos para delimitar qué tipo de efectos deben considerarse al evaluar la RCE o un modelo específico de RCE y determinar si está justificado o no. Una forma de establecer límites frente a qué efectos serán considerados y cuales no, es el análisis funcional.

El análisis funcional permite identificar las funciones que ciertas prácticas o artefactos desempeñan en un contexto determinado, destacando los efectos que se les pueden asociar apropiadamente, tanto positivos como negativos. Por ejemplo, el dinero en una sociedad capitalista cumple funciones esenciales como ser depósito de valor, facilitar el intercambio de bienes y servicios, y servir como unidad de cuenta. Sin embargo, también puede generar efectos adversos, como la acumulación excesiva de riqueza en manos de unos pocos, la mercantilización de las relaciones humanas y la exacerbación de desigualdades económicas. Empero, no se diría que estas últimas son funciones del dinero.

De manera similar, la RCE en una sociedad liberal no se limita a una única función. Además de establecer un marco para la conducta interpersonal, la RCE desempeña múltiples roles, como compensar a las víctimas, disuadir conductas negligentes, distribuir derechos y deberes, reducir los costos asociados a los accidentes y prevenir daños futuros. Estas múltiples funciones reflejan la complejidad y la importancia de la RCE en

la regulación de las interacciones sociales y en la promoción de una convivencia armoniosa.

Es importante destacar que las afirmaciones sobre las funciones de una práctica jurídica pueden variar según la interpretación del término "función" y el tipo de análisis empleado para determinar dichas funciones. Por ello, en el siguiente apartado, se precisa su significado y se muestra su utilidad en el derecho y las prácticas jurídicas.

A. El análisis y los enunciados funcionales disposicionales

El análisis funcional produce enunciados con la estructura: «Y es la función de X en S». Entre sus distintas corrientes, se ha optado por el modelo de explicación funcional disposicional[674], por su amplitud metodológica. Este tipo de análisis recurre a explicaciones teleológicas[675], y no sólo causales, lo cual resulta útil para comprender la amplia variedad de efectos que artefactos jurídicos como la RCE pueden tener en la vida social y que permiten justificar su existencia o rediseño. Esta característica adquiere particular relevancia en decisiones legislativas o normativas orientadas a modificar o mejorar un modelo de RCE, donde deberían considerarse todos los efectos que puedan atribuirse racionalmente a su funcionamiento.

En el análisis funcional disposicional, el teórico estudia una capacidad del sistema *S* y se pregunta de qué manera el ítem *X* contribuye a realizarlas con *Y*. Cuando se formulan enunciados funcionales, se contribuye a explicar por qué una práctica social X es resistente a la desaparición; por qué debería modificarse para mantenerla; y por qué las

[674] Algunos ejemplos del modelo de análisis funcional disposicional son los seguidos por autores como (Nagel y Vázquez 1989) y (Cummins 1975).

[675] Otra corriente de la explicación funcional se centra en la relación y la historia causal de un ítem dentro de un sistema determinado. Un ejemplo de esta perspectiva es el modelo nomológico-deductivo (Hempel 1996, 407-408). Sin embargo, esta corriente resulta irrelevante para el argumento justificativo del capítulo. Considérese el siguiente ejemplo: si reducir eficientemente el costo de los accidentes es una función de la RCE en una sociedad, la manera en que esta institución surge por primera vez y se perpetúa en el tiempo puede ser interesante para la historia del derecho, pero no cumple ningún papel en su justificación ni contribuye significativamente a explorar formas de optimizar su cumplimiento. Según Papayannis, exigir a una explicación funcional que incluya un mecanismo causal que explique la presencia del rasgo sólo tendría sentido para quienes consideren que las explicaciones evolutivas en biología u otras ciencias naturales deben ser rigurosamente seguidas en otros campos del conocimiento, lo cual no aplica en este caso (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 364-365).

personas en una comunidad la perciben como «virtualmente seleccionable» entre otras opciones posibles[676].

En esta corriente, Papayannis ha reconstruido una teoría que considera apropiada para la RCE, el derecho y otras prácticas sociales, argumentando que una parte importante de la literatura sobre la RCE —el análisis económico del derecho privado— se puede interpretar como una teoría de carácter funcional, que no puede contraponerse con el análisis en términos de propósitos de la práctica[677]. Siguiendo su modelo, la estructura «Y es la función de X en S» significa que «X tiene *la disposición* a hacer Y; y que Y es *beneficioso* para S»[678]. En otras palabras, una función de la RCE se entenderá como una disposición valorada como beneficiosa en una sociedad liberal.

Un primer aspecto para resaltar de esta reconstrucción o modelo de análisis funcional disposicional sería que la función puede ser opaca, pero no es necesario que lo sea. En otras palabras, no exige que los practicantes no tengan la intención de conseguir la función ni siquiera indirectamente. En el análisis funcional en general, los requisitos de este tipo persiguen un espacio conceptual que permita distinguirlo del análisis estructural de la práctica y de sus propósitos racionales, es decir, de análisis teleológicos-intencionales. Sin embargo, de acuerdo con Papayannis, una exigencia tan fuerte como esta no se requiere para lograrlo. Para él, solo se necesita exigir para lograr esta independencia conceptual que las acciones realizadas en la práctica no se motiven exclusivamente por la función; o que la razón que se da para explicar el actuar de quienes la ejecutan no sea exclusivamente lograr la función[679]. En ese sentido, si los practicantes y la sociedad implementan una práctica con un propósito, y conociendo sus efectos colaterales positivos los persiguen indirecta e intencionalmente, el análisis funcional sigue siendo pertinente.

En el derecho, distintos autores concordarían con la posibilidad de que la función sea opaca para sus practicantes, distinguiendo, como hace Green y Ehrenberg, entre

[676] Al respecto de este requisito, se puede consultar (Pettit 1996, 298).
[677] (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 364; 370 y ss; 378 y ss.).
[678] (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 368).
[679] (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 364-365).

consecuencias manifiestas o esperadas de acuerdo con sus propósitos, y latentes o inesperadas y/o escondidas, pero que explican su desarrollo y mantenimiento[680]. A su vez, aceptarían que el valor de la práctica jurídica para la sociedad puede ser consciente como con el uso de artefactos o inherente en un proceso inconsciente como las funciones que cumplen el dinero, o la religión[681].

Así, un cuerpo legislativo consiente de que la RCE cumple la función de reducir el costo de los accidentes sociales[682], puede perseguir una reducción mayor en alguna circunstancia concreta, y para ello utilizar las normas que regulan los comportamientos de ciertos sujetos, y que permiten considerar que la conducta de alguien que ha dañado es incorrecta. En el ámbito médico, por mencionar un caso, el legislador puede ordenar que una determinada precaución sea obligatoria, so pena de considerar el actuar del médico culpable, incluso en los casos en los que es innecesaria. Puede ser por todos conocido que la nueva obligación más que determinar la conducta correcta en una relación médico-paciente, persigue evitar ciertos accidentes a bajos costos. Si la norma es apropiada para el fin, tendrá incidencia en las relaciones interpersonales, evitará ciertos daños en los casos en los cuales la conducta era necesaria, al precio de medidas óptimas de precaución. La norma se fundamenta en la función de reducir el costo de los accidentes y ello es conocido por la sociedad, pero los practicantes la usarán para determinar que una conducta fue incorrecta desde el punto de vista de la RCE. Así cumplirá su función, sin que se tenga que sostener que ese es el propósito racional de quienes la utilizan.

Un segundo aspecto relevante del modelo es el significado de *tener una disposición*. En filosofía, una disposición es una propiedad de un objeto o sujeto que le permite reaccionar o comportarse de cierta manera en ciertas condiciones. Por ejemplo, un vaso de vidrio tiene la disposición a romperse cuando se golpea. O, un hombre mentiroso tiene la disposición de mentir cuando se le pregunta que ha ocurrido o hecho. Hay varias interpretaciones diferentes del término "disposición". Una interpretación común es que

[680] (K. M. Ehrenberg 2009, 92, Green, The Functions of Law 1998, 117).
[681] (K. M. Ehrenberg 2009, 92-93, Green, The Functions of Law 1998, 117).
[682] Al respecto, (Calabresi, El Coste de los accidentes : análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil 1984).

una disposición es una propiedad o actitud potencial, es decir, una propiedad que un objeto o sujeto tiene el potencial de exhibir, pero que no está exhibiendo en este momento. El vaso de vidrio que no está roto tiene la disposición a romperse, pero no está rompiéndose en este momento. El hombre mentiroso tiene la disposición de mentir, pero no está mintiendo en este momento. Otra interpretación frecuente del término es que una disposición es una propiedad habitual, es decir, una propiedad que un objeto o sujeto exhibe con regularidad, pero no siempre[683]. Una más, sería que la disposición propicia causalmente en ciertas circunstancias que ciertos eventos ocurran. En la tesis se considera que un modelo de RCE es un artefacto abstracto que se usa en una práctica jurídica para cumplir un propósito y que tiene efectos colaterales, tanto positivos como negativos. Por ello, al interpretar "disposición" en este ámbito, se adopta una perspectiva amplia que se aplica a un objeto abstracto. El término se refiere a una propiedad del modelo de RCE que posibilita ciertos efectos beneficiosos para una sociedad liberal. Esta propiedad facilita dichos efectos porque, sumada a otras condiciones, potencialmente contribuye a causarlos, los presenta habitualmente o, junto a otras circunstancias, los genera causalmente.

Así entendido, el contenido disposicional de los enunciados funcionales hace pertinente que quien quiera sostenerlos pueda utilizar distintas herramientas metodológicas para fundamentarlos. Si se dice que un modelo de RCE tiene una función, se hace referencia a que tiene una disposición. Esto último no sólo significa que sus normas cambian el estatus normativo de las acciones de los sujetos en el marco de sus relaciones interpersonales, también implica que el modelo de RCE dadas otras condiciones de forma potencial, habitual o causal tiene ciertos efectos valorados positivamente. Esto se debe a que el modelo guía los comportamientos de los ciudadanos, dando razones para comportarse de una forma determinada y logrando que una cantidad de ciudadanos cumplan ese comportamiento, lo cual se traduce en efectos en el mundo. Por ejemplo, la reducción de la cantidad de accidentes, de víctimas sin compensación, o la disminución de pobreza, y, más paradigmáticamente, el aumento de las muestras de respeto interpersonal, etc. Por todo ello, y según el tipo de efecto que se esté analizando

[683]Al respecto se puede consultar (Sungho y Fara 2021).

distintas herramientas metodológicas pueden ser pertinentes. Se podrían utilizar el análisis moral de las reglas, principios, o normas, que componen la RCE, hasta la modelación y la recolección de datos de su aplicación o eficacia u otras herramientas empíricas.

Una interpretación tan amplia de las disposiciones es la que posiblemente Papayannis tiene en mente cuando utiliza el término[684]. Pues las disposiciones permiten que los enunciados funcionales aborden además de los casos en los que el ítem tiene la función *Y* porque es verdad que contribuye causalmente a *Y* o *Y* es su efecto, los casos en los que «*X* tiene la función *Y* pero es incapaz de realizarla»[685] porque no se han dado todas las condiciones para ello.

Finalmente, vale la pena destacar el requisito de que *Y* sea beneficioso para *S.* El análisis funcional requiere identificar una capacidad del sistema *S* y establecer de qué forma el ítem *Y* contribuye a su realización. Piénsese en la siguiente afirmación: producir el sonido de la diástole es la función del corazón en el cuerpo humano. Esta afirmación es intuitivamente incorrecta, aun cuando un corazón de hecho causa dicho sonido y, por tanto, tiene la disposición a causarlo. Papayannis sostiene que la razón de ello es que los enunciados funcionales sostienen un beneficio para el sistema *S.* Así, el sonido del corazón, aunque podría cautivarnos poéticamente[686] (o no), funcionalmente es indiferente, si alguien se pregunta por la capacidad del cuerpo humano de sobrevivir.

El anterior ejemplo permite concluir que se requiere una teoría de *S* para sostener que *Y* es la función de *X* en *S.* En virtud de dicha teoría, se podrá establecer un interés en una capacidad de *S,* para hacer un juicio evaluativo cuya conclusión sea que *Y* es beneficioso. Así, una teoría que sostenga que el cuerpo humano tiene la capacidad de estar vivo, y que ello es bueno, permite sostener que impulsar la sangre es la función del corazón en el cuerpo humano, mientras que los sonidos diástole y sístole que éste causa no lo son[687].

---

[684] (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 368-369).
[685] (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 368).
[686] Por ejemplo, en el poema «Me sobra el corazón» Miguel Hernandez escribe: «Si no fuera ¿por qué?… no sé por qué, // mi corazón escribiría una postrera carta, // una carta que llevo allí metida, // haría un tintero de mi corazón, //una fuente de sílabas, de adioses y relatos, // y ahí le quedas, al mundo le diría.».
[687] (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 368).

En este tipo de explicación funcional, la exigencia del beneficio que debe producir la institución o práctica social es mínimo. Sólo se requiere argumentar que el beneficio explica en parte la resistencia a desaparecer del ítem *X*[688]. Siguiendo a Durkheim, Papayannis afirma que si bien el estado generalizado de una práctica y su relación con un beneficio concreto da razones para suponer que es más útil que los estados excepcionales que no la producen, ello no permite asumir que sea el medio más útil que existe o que pueda existir para lograrlo. Así, decir que la reducción del costo social de los accidentes explica funcionalmente la RCE, no requiere demostrar que sea el único mecanismo en una sociedad que permite hacerlo o que sea el mejor para ello.

La exigencia de un beneficio, comprendido en el marco de una teoría del sistema, puede llevar a una conclusión apresurada. En últimas, quien realiza un análisis funcional de una práctica jurídica determina qué son funciones y qué no, a la luz de su teoría político-moral favorita de la sociedad. Aquella que le permite atribuir una capacidad a la sociedad liberal en la que está realizando dicho análisis. A la luz de esta conclusión, algunos teóricos conciben el análisis funcional, en términos generales, como parte de las metodologías normativas o de fundamentación moral, y han argumentado que su rechazo es necesario para mantener enfoques descriptivos[689]. Estas posturas teóricas afirman que realizar un análisis funcional sin comprometerse con lo que se califica normativamente como una función es prácticamente imposible[690].

---

[688] (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 364).
[689] Esta interpretación de la discusión también se encuentra en (K. M. Ehrenberg 2009, 103).
[690] Una afirmación así podría tener un lugar en teorías muy diferentes. Por un lado, se puede encontrar en posiciones *ius naturalistas* o *cuasi-ius naturalistas* que considerarían que el análisis funcional es la mejor metodología, la más interesante, o tal vez la única relevante. Mencionaré solo algunos ejemplos. Finnis sostiene que, para comprender plenamente las acciones y prácticas en el derecho, es necesario captar su fin u objetivo y el caso paradigmático que lo alcanza (Natural Law and Natural Rights 1980, 3) y (Ley natural y derechos naturales 2000, 37-38). A su vez, Perry argumenta que, en el proceso de formular cualquier teoría del derecho, el teórico debe tomar decisiones sobre qué aspectos incluir o excluir de su teoría, implicando juicios normativos sobre su valor (Hart's Methodological Positivism 1998, 442). Juicios que se fundamentarán en última instancia en las funciones que se le atribuyen al derecho y cómo estas funciones nos ofrecen razones para seguirlo (Hart's Methodological Positivism 1998, 457). Un último ejemplo sería Moore, quien sostiene que el derecho se define por su objetivo funcional, su propósito esencial (Law as a functional kind 1992, 210), en lugar de sus características estructurales específicas. Así, cualquier elemento necesario para cumplir esa función constituye el derecho, independientemente de su estructura o forma particular (Law as a functional kind 1992, 218). Por otro lado, se puede pensar en una posición escéptica que considere que la única forma de realizar una teoría del derecho es describirlo o conceptualizarlo, y que para ello se requiere abandonar el estudio de sus funciones.

Sin embargo, si bien el análisis funcional se puede emplear como una forma de evaluar la corrección o incorrección del derecho, esto no necesariamente es así. Las afirmaciones del tipo *«Y es la función de X en S»* pueden formularse de manera neutral, incluso si *Y* es calificado como algo beneficioso para *S*. Ehrenberg, por mencionar un caso, aborda el concepto de funcionalismo neutral como un enfoque que describe al derecho mediante sus funciones sin comprometerse con evaluaciones normativas. Afirma que este método es útil para entender al derecho como un artefacto humano cuya explicación funcional no requiere asumir que las leyes deben ser exitosas en su desempeño o que cualquier práctica que cumpla las mismas funciones deba ser considerada derecho. Este enfoque busca una comprensión descriptiva del derecho que reconozca sus funciones sin emitir juicios sobre el valor moral de estas[691].

Cuando se utiliza el análisis funcional para realizar evaluaciones normativas de prácticas jurídicas o sociales, se argumenta que la capacidad de una comunidad o sociedad para subsistir en el tiempo es beneficiosa, o algo equivalente, por determinadas razones. En este contexto, la manera en que uno de sus elementos —ya sean prácticas o artefactos— contribuye a esa capacidad puede definirse como su función. Este compromiso metafísico permite analizar un elemento o componente dentro del contexto de un todo, identificando cómo dicho todo se beneficia a través de la función del elemento en relación con un concepto específico de "bien".

En conclusión, este tipo de análisis funcional puede ser valorativamente neutral o estar comprometido con un beneficio particular. Por ello, se comprende su pertinencia en el ámbito legislativo o en la creación de normas en el marco de la RCE. Proporciona herramientas útiles para quienes deseen evaluar prácticas y artefactos con el objetivo de optimizar el cumplimiento de una meta, ya sea cualquiera o una que tengan razones para considerar valiosa.

B. El análisis y los enunciados funcionales en el derecho

Desde el enfoque que se asume del análisis funcional, los enunciados funcionales son herramientas metodológicas que no necesariamente implican una adhesión a las metodologías descriptivas, normativas, o interpretativas, sino que, en principio, son útiles

[691] (K. M. Ehrenberg 2009, 91) y (K. Ehrenberg 2013, 453)

para cualquiera de ellas. Un ejemplo de este uso dentro del primer tipo de metodología es el recurso que hace Hart a los enunciados funcionales al elucidar el concepto de derecho, aun cuando su enfoque metodológico tenga una orientación más conceptual que normativa. En su argumentación sobre la racionalidad del paso desde sistemas premodernos de reglas primarias hacia sistemas jurídicos complejos que incorporan reglas secundarias, Hart asume un compromiso pre-teórico con la función de guiar la conducta humana. La solución de problemas como la falta de certeza, la naturaleza estática y la ineficiencia[692], contribuiría, en este sentido, a la función de guiar la conducta humana en un sistema jurídico moderno. Es importante destacar que Hart no ofrece un argumento sobre el valor de guiar la conducta humana en un contexto de teoría moral o política más amplia, ni suscribe compromisos normativos al respecto[693].

Sin embargo, incluso entre quienes consideran que el análisis funcional es una herramienta metodológica neutral, su utilidad en el estudio del derecho y las prácticas jurídicas ha sido objeto de debate. Este debate se centra en la naturaleza del derecho: si debe definirse por sus funciones, por el modo en que las realiza, o por una combinación de ambos aspectos. La utilidad del análisis funcional depende, en última instancia, de la posición adoptada frente a esta cuestión.

Green, por mencionar un caso, sostiene que, aunque es posible distinguir entre el funcionalismo normativo, descriptivo o explicativo[694], esta herramienta resulta insuficiente para captar plenamente el fenómeno jurídico en una teoría general del derecho. Según él, el derecho es una clase modal más que una clase funcional, lo que significa que no «se identifica por sus funciones»[695]. Lo distintivo del derecho como práctica social, allí donde sea que esté, argumenta, no radica en lo que hace, sino en cómo lo hace[696].

Desde esta perspectiva, cualquier derecho u ordenamiento jurídico concreto —ya sea un ordenamiento competo o una de sus áreas, como la RCE— puede cumplir múltiples

[692] (H. L. Hart 1963, 114-117).
[693] Así también lo ha interpretado (K. M. Ehrenberg 2009, 108), (S. Shapiro 2001, 153).
[694] Ver (Green, The political content of legal theory 1987, 5). El término que utiliza es: *explanatory functionalism* (Green, The Functions of Law 1998, 116).
[695] (Green, The Functions of Law 1998, 119).
[696] (Green, The Functions of Law 1998, 120).

funciones, pero centrarse en ellas no es útil para comprenderlo ni para distinguirlo de otras prácticas sociales[697]. Además, Green advierte que este enfoque funcional compromete al teórico con una posición moral al seleccionar las funciones consideradas apropiadas para el derecho u área del ordenamiento jurídico, lo cual no contribuye a una explicación adecuada de su naturaleza[698].

En síntesis, Green sostiene que el análisis funcional no puede ofrecer criterios relevantes para identificar qué constituye el derecho o qué pertenece a él. Esto se debe a que el derecho no se caracteriza por las funciones que cumple, sino por la forma en que las realiza. En última instancia, el análisis funcional refleja más un compromiso normativo del teórico que una herramienta analítica eficaz para comprender el fenómeno jurídico.

Otros autores, en cambio, consideran que el análisis funcional es útil para estudiar y analizar el derecho y las prácticas jurídicas. Ehrenberg rechaza la idea de que el derecho sea una clase modal y que este rasgo lo haga distintivo. Según él, no está claro que el derecho sea la única práctica social que opera creando y aplicando reglas para dirigir la conducta humana, ya que otras instituciones, como las organizaciones empresariales, también generan y aplican reglas, incluidas sanciones[699]. Tampoco considera que el derecho sea una clase funcional, es decir, que todo aquello que cumpla (o sea necesario para cumplir) una función concreta —aunque esta sea la función del derecho— deba calificarse como derecho[700]. Ehrenberg argumenta que es implausible sostener que, si la función del derecho fuera garantizar la supervivencia de la especie, entonces todas las prohibiciones contra el homicidio serían necesariamente normas jurídicas. Esto se debe a que tales prohibiciones también están presentes en la moral o en las comunidades humanas, sin que por ello se consideren normas jurídicas[701]. Por tanto,

---

[697] (Green, The concept of law revisisted 1996, 1710-1711, Green, The political content of legal theory 1987, 12).
[698] (Green, The concept of law revisisted 1996, 1709).
[699] (K. M. Ehrenberg 2009, 97).
[700] Autores como Moore distinguen entre clases naturales, clases nominales y clases funcionales, como los tipos de conceptos posibles en el mundo. Para Moore, dado que en el derecho damos razones y hacemos argumentos fundamentados en sus funciones y no en sus características estructurales, entonces, es claro que éste es una clase funcional (Law as a functional kind 1992, 218). Ehrenberg rechaza la división conceptual del mundo en clases naturales, nominales y funcionales, considerando que no hay razones para sostenerla y, en cambio, prefiere pensar que el derecho como una clase social (K. M. Ehrenberg 2009, 99-100).
[701] (K. M. Ehrenberg 2009, 98).

para Ehrenberg, lo que hace único al derecho puede no ser ni su forma (modalidad) ni su función, sino el modo particular en que ambos elementos se combinan[702].

De hecho, cuando un teórico o una autoridad utiliza el análisis funcional, describe el derecho y sus áreas como «comprendidas por la función que cumplen»[703]. Sin embargo, esto no implica que los enunciados funcionales sobre las prácticas jurídicas constituyan una definición conceptual, ni que el cumplimiento de la función sea un requisito necesario para formar parte de la clase "derecho"[704].

Ehrenberg manifiesta que considerar algo como una clase funcional significa entender el desempeño de la función como suficiente para pertenecer a dicha clase, aunque haya fallos en su cumplimiento[705]. Por ejemplo, la RCE puede evaluarse según su capacidad para constituir un marco de justicia interpersonal. Sin embargo, si un modelo concreto de RCE no cumple plenamente ese propósito, no deja de pertenecer a la categoría de prácticas jurídicas denominadas RCE. Esto se debe a que, como se argumenta en otros apartados de la tesis, el criterio para considerar que un conjunto de normas pertenece a la clase RCE en un ordenamiento jurídico concreto radica en su disposición a hacer justicia correctiva, dado que su estructura lo permite. Esta disposición se considera valiosa porque permite a los sujetos ajustar su conducta a las razones que tenían para actuar en sus relaciones interpersonales.

En relación con esto, Papayannis añade que el análisis funcional ilumina aspectos relevantes para una comprensión multidisciplinar del derecho[706]. Afirma que resulta interesante examinar los efectos, tanto positivos como negativos, que generan los hechos sociales cuya existencia depende de las creencias y actitudes de los miembros de una comunidad[707].

---

[702] (K. M. Ehrenberg 2009, 97).
[703] (K. M. Ehrenberg 2009, 96).
[704] Algunos autores sostienen esto. Green, por ejemplo, considera que una clase funcional es un tipo de cosa identificada por sus funciones que le son únicas (Green, The concept of law revisisted 1996, 119). Moore afirma que una función debe ser propia de algo y constituir su esencia, lo que incluye todos los componentes necesarios para desempeñar esa función en el sistema (Law as a functional kind 1992, 210).
[705] (K. M. Ehrenberg 2009, 96).
[706] (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 351).
[707] (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 378).

Ahora, Ehrenberg sostiene que la metodología funcional además de ser relevante para estudiar el derecho no requiere necesariamente un compromiso normativo; porque puede ser neutral y centrarse en el estudio de los aspectos específicos de las prácticas jurídicas, como sus normas, doctrinas y sus aplicaciones[708]. Este análisis permite identificar sus efectos, comprender por qué estas prácticas tienden a generarlos y evaluar tanto positiva como negativamente dichos efectos. Por ello, considera que el análisis funcional puede ofrecer explicaciones útiles sobre las prácticas jurídicas.

Así, una explicación funcional del derecho tiene que ir más allá de los conceptos jurídicos, las normas o las doctrinas para ser plausible y explicativa, esto implica recurrir, por ejemplo, a los efectos positivos o negativos que producen las prácticas jurídicas. Sin embargo, esto no significa que una explicación funcional necesariamente implique una fundamentación moral de dichas prácticas al recurrir a estos efectos externos al derecho. En esta línea, tanto Papayannis como Ehrenberg coinciden en que la metodología funcional puede ser útil en la medida en que identifica un valor instrumental que el derecho parece servir.

Dado que este valor es de naturaleza instrumental, el teórico no está obligado a aprobar ni a apoyar dicho valor. Lo que se requiere, siguiendo las palabras de Ehrenberg, es que «solo tiene que tratar el derecho como si tuviera una función o un conjunto de funciones útiles para explicarlo»[709]. En otras palabras, la explicación funcional se puede limitar a describir y esclarecer el papel que el derecho desempeña en un contexto social determinado, sin comprometer al analista con una evaluación normativa o moral sobre los fines que dicho sistema jurídico persigue.

Empero, lo anterior no implica que el análisis funcional no pueda estar comprometido normativamente con una capacidad del sistema en el que se aplica. Se ha dicho que la función de una práctica jurídica debe generar un beneficio para la sociedad, y que este beneficio depende de una capacidad de la sociedad que explique la resistencia de dicha práctica a desaparecer.

[708] (K. M. Ehrenberg 2009, 113).
[709] (K. M. Ehrenberg 2009, 106).

Los autores discrepan respecto al nivel de exigencia frente a este beneficio mínimo que la práctica jurídica debe brindar a la sociedad. Green y Ehrenberg sostienen que no es necesario que el ítem explicado sea la mejor o única forma de realizar la función, pero consideran que la función debe ser la mejor explicación de la presencia de dicha práctica. Por su parte, Papayannis, como se ha señalado, no está de acuerdo. Según él, no solo es irrelevante cuán bien la práctica jurídica cumple la función, sino que tampoco resulta determinante si la mejor explicación de su presencia radica en esa función. Lo crucial, para Papayannis, es que la práctica cumpla la función, o al menos tenga la disposición para hacerlo, y que esto explique su resistencia a desaparecer.

Para ilustrar estas posturas, se puede usar como ejemplo la reducción de los costos sociales de los accidentes. Supóngase que la RCE se explica funcionalmente por su eficiencia. En los términos de Green y Ehrenberg, la presencia de la RCE en una comunidad liberal se debe explicar por su función de reducir los daños ineficientes, incluso si no es la práctica que mejor cumple esta función. Esto podría parecer irracional. Por una parte, la explicación histórica de la RCE podría arrojar que esta práctica desde el inicio ha tenido como propósito hacer justicia correctiva, o compensar a las víctimas. Por otra, si existiera otra práctica social o jurídica que lo hiciera mejor, ¿por qué no abolir y reemplazar la RCE? Sumado a la posibilidad de imaginar una práctica que lo haga mejor.

En contraste, desde la perspectiva que acepta la presencia de la RCE en una comunidad liberal, explicada, entre otras cosas, por su función de reducir los daños ineficientes, no se exige que sea la práctica que mejor cumpla con esta finalidad ni que sea la única que la cumpla. Lo relevante es que efectivamente desempeñe dicha función, ya que este hecho constituye una razón para no eliminarla.

Además de las anteriores, existe otra preocupación metodológica sobre la aplicación del análisis funcional al derecho: la posible confusión entre una disposición funcional y una explicación causal. Muchas veces, en la literatura, se asemejan propósitos y funciones, especialmente para artefactos y, bajo este presupuesto, la mejor explicación del ítem *X* es intencional. Así, la razón por la cual un artefacto tiene cierta característica es porque su diseñador esperaba que tuviera la capacidad —entendida en términos causales— de

generar ciertos estados de cosas en el mundo, así no la tuviera. Ehrenberg ilustra esta idea con el ejemplo de las máquinas voladoras diseñadas antes de los hermanos Wright. Estas máquinas se concibieron con el propósito de volar, incorporando elementos racionales dirigidos a ese propósito o función, pero fallaron debido a errores de diseño que las hicieron incapaces de cumplirlo[710]. Aunque estas máquinas no tenían la disposición efectiva de volar, es posible evaluarlas funcionalmente porque había la intención de que lo hicieran.

Este principio es relevante para los sistemas artefactuales, en general. En estos contextos, el efecto causal imaginado del artefacto impulsa su diseño o implementación, aun si no logra concretarse plenamente[711]. Por ello, en este tipo de análisis, no es indispensable que exista una causalidad efectiva o directa para evaluar las disposiciones de un ítem para cumplir una función en un sistema. Lo esencial es analizar si su estructura interna está orientada de manera racional hacia ciertos efectos, incluso cuando los resultados prácticos puedan ser fallidos o aparentes.

Sin embargo, frente a los artefactos jurídicos, dada la dificultad de hablar de propósitos específicos o intencionales por parte de un diseñador, cuando contribuyen distintos actores a lo largo del tiempo, o hay agencia concertada[712], equiparar propósitos y funciones se considera más difícil e innecesario. En la tesis se ha restringido la idea de propósito al análisis conceptual. Bajo este último, se le atribuye a los modelos de RCE, una clase de artefactos jurídicos, un propósito que hace racional su estructura y que se considera valorable. Mientras que las aseveraciones funcionales dependen de las disposiciones que tiene el artefacto en unas condiciones concretas. De esta forma, si bien el análisis funcional examina la disposición estructural que hace posible —o no— la

[710] (K. M. Ehrenberg 2009, 94-95).
[711] (K. M. Ehrenberg 2009, 93).
[712] Empero, aquí no se considera inviable hablar de intenciones colectivas. Así, se puede sostener que un cuerpo legislativo tiene la intención de cambiar el derecho cuando produce un nuevo texto legislativo, aunque no tuviera la intención concreta del cambio que efectivamente se produjo. En palabras de Gardner, que sostiene esta tesis: «Descartando las fallas ocasiones […], todos quienes participan en el cambio que el Parlamento efectúa sobre el derecho intentan participar en él» (Gardner, El derecho como un salto de fe. Ensayos sobre el derecho en general. 2022, 65). Esto permite hablar de agentes concertados artificiales (Gardner, El derecho como un salto de fe. Ensayos sobre el derecho en general. 2022, 67-68). A su vez, se considera que se puede sostener de forma no elíptica que el derecho es un sujeto que afirma tener autoridad moral a través de sus funcionarios (Gardner, El derecho como un salto de fe. Ensayos sobre el derecho en general. 2022, 128-129).

generación de dichos efectos, proporcionando una comprensión más profunda de las prácticas jurídicas como sistemas artefactuales, no se limita a describir los efectos que de hecho ocurren en el mundo gracias al artefacto jurídico.

En virtud de lo anterior se puede observar que las aseveraciones hechas en el marco de explicaciones funcionales no son necesariamente explicaciones causales, aunque pueden serlo. Por ello, una de las formas de sostener apropiadamente que un artefacto cuenta con una disposición funcional requiere identificar los mecanismos estructurales que le permiten posibilitar ciertos efectos esperados, o que expliquen por qué no lo hace.

Si bien existen varios argumentos que intentan demostrar que las disposiciones no son causales ni explicativas de sus manifestaciones, estos dependen de presupuestos controvertidos y no ofrecen una conclusión definitiva sobre el tema. Algunos sostienen que la posesión de una disposición implica conceptualmente la manifestación de la disposición bajo ciertas condiciones, pero esta implicación no tiene carácter causal ni explicativo. Un ejemplo clásico de este enfoque es la afirmación de que el opio tiene la función inducir el sueño por su *disposición dormitiva*, lo cual no explica realmente el por qué el opio provoca el sueño. Otro argumento relevante sostiene que, si una disposición tiene una base causal suficiente, como la fragilidad de un vaso de vidrio, entonces no queda espacio para que la disposición misma sea causalmente relevante, ya que la manifestación del objeto roto está plenamente explicada por su base causal. Sin embargo, se ha objetado que las causas sobredeterminantes, donde varias condiciones suficientes coexisten, son comunes y legítimas, lo que refuerza la idea de que una disposición sí puede ser causalmente relevante. A pesar de estos debates, algunos sostienen que, al analizar las teorías existentes sobre la eficacia causal, no se encuentra una razón clara para pensar que las disposiciones son irrelevantes causalmente respecto a sus manifestaciones[713].

Con base en las anteriores razones, se puede concluir que una explicación funcional es interesante para evaluar las prácticas, artefactos o fenómenos jurídicos. Siguiendo a Ehrenberg, se puede decir que el hecho de que una teoría completa del derecho tenga que incluir un criterio de membresía, un requisito para determinar que algo es derecho,

[713] Una reconstrucción de este debate en (Sungho y Fara 2021, N. 6.)

no quiere decir que las explicaciones funcionales sean las encargadas de aportar tales criterios. Es verdad, que una desiderata para una teoría completa del derecho requiere que ofrezca unicidad, criterios de pertenencia y diferenciales, pero ella no se aplicaría para cada una de sus partes[714]. En efecto, hablar de una función que el derecho o una práctica jurídica cumple puede ser extremadamente importante para lograr una teoría del derecho con unicidad, que dé criterios de corrección frente a otras prácticas sociales[715]. Por ejemplo, si se quiere formular una teoría completa sobre lo que es una universidad, se debería indicar que una de sus funciones es enseñar, y ello no implica que quien formule la explicación funcional se esté comprometiendo con la afirmación insostenible que sea la única institución que lo hace o que es lo más importante que hace. Esto se debe a que los enunciados funcionales no tienen la pretensión de definir o conceptualizar una clase de objetos, sino de evaluarlos a través de un criterio de éxito que es pertinente para ellos

Nuevamente, las explicaciones funcionales *no* sirven para establecer un criterio de pertenencia de una práctica social a la clase “derecho” u otras similares como la RCE. En cambio, dan una explicación del *explanandum* —las prácticas jurídicas, los artefactos, las normas, ítems, etc.— que está pensada para proveer una comprensión sobre su operación y de qué forma contribuye a un beneficio. Contribuye a explicar cuán exitoso, correcto, o libre de errores es aquello que se está evaluando[716].

Así las cosas, parece seguro sostener que el análisis funcional es pertinente para el legislador que quiere hacer modificaciones a una práctica jurídica, o el teórico o dogmático que esté interesado en evaluarla para mejorarla, y superar errores a partir de las funciones o disfunciones que está produce. Sea que el legislador esté comprometido (o no) moralmente con algún valor, tiene la posibilidad de recurrir al análisis como una elección metodológica.

[714] (K. M. Ehrenberg 2009, 97).
[715] (K. M. Ehrenberg 2009, 97).
[716] (K. M. Ehrenberg 2009, 94-95).

C. Análisis funcional y las distintas metodologías

Como se ha señalado, el análisis funcional es neutral y puede emplearse en proyectos investigativos de distinta naturaleza. En investigaciones descriptivas —como ocurre en los estudios de derecho comparado— puede utilizarse para describir el derecho vigente en distintos Estados y comparar la forma en que estos logran efectos similares mediante artefactos normativos diversos. En proyectos normativos —como los propios del análisis económico del derecho— el análisis funcional permite identificar los efectos que produce la RCE, con miras a reformarla o sustituirla por otra institución que genere resultados más eficientes. En proyectos interpretativos, orientados a comprender una institución y ofrecer una interpretación que la muestre en su mejor luz, el análisis funcional puede desempeñar un papel tanto en la fase descriptiva como en la evaluativa. Por ello, en este punto, se requiere aclarar el tipo de uso que se le dará en la investigación.

Una forma común de utilizar la explicación funcional de una institución o artefacto jurídico es el enfoque causal. A su luz, si una práctica o institución ha de explicarse realmente por un resultado que se encuentra fuera de las intenciones de quienes la desarrollaron y mantuvieron, entonces debe demostrarse un tipo particular de relación causal[717]. Siguiendo a Coleman en esta desiderata, el tipo de relación causal que debe figurar en una explicación funcional causal formalmente adecuada debe respaldar una gama de contrafácticos teóricamente relevantes. Debe ser el caso que, si los resultados que produce la institución o el artefacto hubieran sido sustancialmente distintos, la práctica no existiría o sus aspectos relevantes serían diferentes. Salvo que se recurra a las intenciones o metas de un agente, solo una relación causal puede sostener esos contrafácticos y, por tanto, justificar la afirmación de que el resultado constituye el propósito o la función de la institución o el artefacto[718].

Sin embargo, el análisis funcional que se adopta en esta investigación no se limita a examinar los efectos y mecanismos causales que podrían explicar empíricamente ciertos aspectos relevantes de la RCE, aunque no los excluye por completo. En su lugar, se recurre a una explicación disposicional, según la cual esta área del derecho posee la

[717] (J. L. Coleman, The Practice of Principle: In defence of a pragmatist approach to legal theory 2001, 26).
[718] (J. L. Coleman, The Practice of Principle: In defence of a pragmatist approach to legal theory 2001, 26).

capacidad de establecer, en circunstancias apropiadas, un marco normativo interpersonal justo, en virtud de su estructura normativa. Como se argumentó anteriormente, esta explicación se apoya en la atribución de un propósito que resulta razonable a la luz de aquellos aspectos estructurales del artefacto jurídico. Y que, dado el contenido de sus normas primarias, secundarias y terciarias, es plausible pensar en un escenario en el que estas reglas orientan la conducta de los ciudadanos —al menos de aquellos buenos ciudadanos comprometidos con el derecho— en sus relaciones interpersonales, promoviendo un trato respetuoso y justo. Puede decirse, en ese sentido, que tales aspectos comunican ese propósito y que, además, prescriben ciertos contenidos obligatorios y prohibidos, en un sentido moral, al dotar a dichas normas de contenido[719]. Esta concepción de la RCE, en palabras de Coleman, «no invoca un objetivo opaco u oculto como la eficiencia. [L]a justicia correctiva puede ser en sí misma una finalidad de la práctica, pero no es una finalidad externa a ella ni hacia la cual se dirijan las prácticas de la RCE. Más bien, esta área del derecho […] expresa, incorpora o articula la justicia correctiva»[720].

En la literatura, una de las versiones más relevantes de este tipo de explicaciones es la que defiende Dworkin, denominada interpretación constructiva. En esta versión del análisis funcional, el concepto de función es empleado de una manera distinta a como lo utilizan las explicaciones funcionales-causales. En el centro de la interpretación constructiva subyace la idea de que las funciones del derecho «(o de un cuerpo del derecho) puede tener implicaciones prescriptivas»[721]. Las teorías interpretativas buscan mejorar nuestra comprensión del derecho revelando su significado o importancia. Según Smith, «esto se logra explicando por qué ciertos aspectos del derecho son importantes o irrelevantes y revelando un orden inteligible en el derecho, en la medida en que tal orden exista»[722]. Con ellas, como sostiene Lifante, se busca la mejor versión de la teoría en su conjunto[723].

---

[719] La sección I del capítulo 10 desarrolla esta afirmación de forma extensa.
[720] (J. L. Coleman, The Practice of Principle: In defence of a pragmatist approach to legal theory 2001, p. 28. N8).
[721] (J. L. Coleman, The Practice of Principle: In defence of a pragmatist approach to legal theory 2001, p. 29).
[722] (S. A. Smith 2004, 5).
[723] (I. Lifante Vidal El derecho como una práctica interpretativa 2015, p. 162)

Dicho en términos generales, la interpretación constructiva evalúa las interpretaciones de las prácticas sociales (incluidas las prácticas interpretativas) según dos dimensiones: una descriptiva, relativa a su congruencia con la práctica, y otra normativa, relativa a su valor o justificación[724]. En primer lugar, la interpretación debe lograr que la práctica tenga sentido mostrando cómo sus aspectos relevantes encajan entre sí. Sin embargo, muchas interpretaciones posibles pueden satisfacer este criterio. Por tanto, en segundo, la mejor interpretación será aquella que no solo sea coherente con la práctica, sino que también la muestre "a su mejor luz", esto es, que la muestre como la mejor versión del tipo de cosa que pretende ser. Este último es el componente de valor o de justificación.

En el marco de una interpretación constructivista, el análisis funcional puede ser parte tanto de la dimensión de la congruencia, al aportar los datos que una teoría interpretativa debe hacer inteligibles, como de la evaluativa, al indicar cómo esos datos reflejan un valor jurídico normativamente defendible. Así, el propósito o función propuesto de una práctica —por ejemplo, promover la justicia correctiva— sirve como lente interpretativa que permite observar cómo sus componentes se articulan mutuamente. Al mismo tiempo, dicha función debe evaluarse tanto por su capacidad de revelar la coherencia de la práctica, como por su defendibilidad moral independiente.

A pesar del paralelo que puede trazarse con este tipo de explicaciones funcionales, hay diferencias importantes frente a la que se utiliza en esta tesis. Ese paralelo surge, sobre todo, de los argumentos presentados en los capítulos 6 y 7: en el primero se atribuye un propósito a la RCE a partir del material jurídico identificado en la primera parte como relevante, y en el segundo se defiende su solidez moral. Por una parte, aquí no se propone una teoría centrada en la adjudicación judicial del derecho, sino en su creación. Y, por supuesto, la creación de normas de RCE implica una idea de qué cuenta y qué no como esta área del derecho.

Por otra parte, atribuirle a la RCE el propósito de realizar justicia correctiva no basta para justificarla, sino que es una idea que permite comprenderla[725]. Este argumento permite

[724] Respecto las etapas de esta metodología en general se pueden observar, entre otros trabajos: (R. Dworkin, Justicia con Toga 2007, 189); (R. Dworkin, 2014, Ch. 19); Una aplicación de esta metodología en el ámbito del derecho privado en (S. A. Smith 2004, Ch. 1).

[725] Las diferencias entre la teoría de la RCE que se está implementado y la teoría interpretativa de Dworkin

esclarecer la estructura general del artefacto normativo en cuestión y clarificar su vinculación con otros elementos del ordenamiento jurídico. Al hacerlo, ofrece también una justificación *prima facie* de su defensabilidad moral, esto es, de su capacidad para generar razones genuinas para actuar de una u otra manera dentro de una relación interpersonal, siempre que se den las circunstancias apropiadas. No obstante, dicha justificación preliminar no basta para presentar el artefacto "a su mejor luz", ya que ello exige también considerar los efectos positivos y negativos que produce su utilización en contextos específicos. Como se argumentó en las secciones I y II, esta presentación debe articularse en términos que puedan ser comprendidos y aceptados por un ciudadano razonable. De ahí la importancia de las explicaciones funcionales disposicionales con implicaciones normativas. En el siguiente apartado se expondrán distintas clasificaciones de las funciones que cumple la RCE, y se adoptará una tipología que se considera especialmente adecuada para este propósito.

IV. La responsabilidad civil extracontractual y sus funciones

Las funciones de la RCE hacen referencia a los efectos que un modelo de RCE tiene la disposición de alcanzar y que, además, se valoran positivamente cuando se logran. Así, si se afirma que *Y* es una función de la RCE en una sociedad liberal, se hace una clase de atribución. No solo se emite un juicio teórico sobre cómo es la RCE y qué efectos tiene (o tiene la disposición de causar) en el mundo, sino que también se le atribuye un beneficio que no necesariamente implica un compromiso con una teoría moral, aunque esto podría ser el caso.

Las teorías que recurren al análisis funcional para explicar la RCE —y, posteriormente, para justificarla o evaluarla— formulan enunciados funcionales de muy diversa índole. Además, difieren significativamente en la manera en que clasifican este tipo de afirmaciones. Por ello, para evaluar la RCE o sus eventuales reformas desde esta perspectiva, será necesario exponer dichas teorías y adoptar una posición frente a ellas.

---

son muchas y se intensifican si se contrasta con la versión que defiende en *Justicia para Erizos.* Aquí por ejemplo se distingue entre el derecho y la moral, aceptando abiertamente la tesis de los dos sistemas que él crítica en este último libro (Dworkin 2014, p. 428-430). En este sentido, el material jurídico descrito en la primera parte de la tesis, que se explica de forma congruente en la tercera, depende en una parte importante de hechos sociales que determinan la validez del derecho con independencia de sus méritos.

A. Sus funciones tradicionales

La dogmática de la RCE ha atribuido tradicionalmente a esta área del derecho las funciones de compensar y disuadir [726]. Como señala Benatti, en la actualidad se ha abandonado esa visión reduccionista en favor de «la tesis de su multifuncionalidad»[727]. Según Benatti, las funciones de la RCE no son estáticas, sino que varían en función del contexto social, económico y político, del método interpretativo adoptado y de la teoría de la RCE que se asuma. En su análisis de los daños nominales, por ejemplo, identifica funciones compensatorias, disuasorias, punitivas, expresivas y simbólicas, que podrían llegar a justificar la existencia de tales remedios [728].

No obstante, las tesis dogmáticas rara vez ofrecen una aproximación sistemática al concepto de función ni al papel que este cumple en la justificación de la RCE. Sus propuestas suelen limitarse a enumerar ejemplos del derecho positivo, sin esclarecer qué se entiende por función en el ámbito jurídico ni, en particular, en el de la RCE.

B. Sus funciones intrínsecas y extrínsecas

En *Anatomy of Tort Law,* Peter Cane sostiene una teoría que explica y justifica la RCE y para ello usa tanto el análisis estructural como el funcional. Para él «orientar a las personas sobre cómo pueden y deben comportarse en sus interacciones con los demás» es una función de la RCE en una comunidad liberal. También afirma que «compensar por las pérdidas», «reforzar el cumplimiento contractual», «preservar la libertad de competencia», «proteger la propiedad» son funciones de la RCE para las partes del proceso y para la comunidad liberal en la que se encuentran[729].

De acuerdo con Cane, las anteriores funciones de la RCE hacen referencia a fines o funciones que las personas pretenden fomentar o alcanzar a través de dicha área del derecho[730]. Área que se puede reconocer por su estructura, conformada por un set de

[726]Entre otros (Scognamiglio 2010, 487)
[727] Autores como Barros Bourie aceptan los fines clásicos y agregan los fines de hacer justicia correctiva y distributiva (Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I. 2020, 38 y ss; 45; 49; 57-58). Incluso afirma que: «Es inevitable la impureza de la justificación de la responsabilidad civil» (Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I. 2020, 60).
[728] (Benatti 2023, 53-61).
[729] (P. Cane, The anatomy of tort law 1997, 206-207).
[730] (P. Cane, The anatomy of tort law 1997, 206).

reglas éticas y principios sobre la responsabilidad personal. Normas que establecen casos de responsabilidad en los que se protege un interés, se regula deónticamente una conducta y se establece una sanción[731].

Las funciones, sostiene Cane, se pueden clasificar en intrínsecas y extrínsecas. Las intrínsecas son aquellas que están implícitas en la idea de RCE, como la ya citada función de orientar a las personas en sus relaciones interpersonales[732]. Si se quiere seguir considerando a la RCE como tal debe cumplirlas mínimamente[733]. A su vez, las funciones extrínsecas son las que fomentan objetivos humanos y sociales deseables. Estas funciones pueden ser directas e indirectas. Las funciones extrínsecas *directas* sirven a los intereses de las partes en el caso concreto, son los remedios concedidos por el juez. Mientras que *las indirectas* son útiles a la sociedad en general y a terceros, tienen una relación con fines más amplios sociales o de política pública[734]. Los enunciados relacionados con compensar a las partes y proteger el cumplimiento contractual son ejemplos de una y otra categoría. En sus términos, tal clasificación pretende ser exhaustiva y excluyente.

Obsérvese que en esta clasificación hay una relación muy estrecha entre estructura y funciones. De hecho, Cane sostiene que la RCE se justifica o tiene valor, por una parte, en la medida en que encarna principios éticos sólidos de responsabilidad personal y, por otra, en la medida en que fomenta objetivos humanos y sociales deseables[735]. En virtud de ello, de acuerdo con su teoría, la justificación de la RCE es una cuestión gradual.

En la teoría de Cane, una justificación gradual de la RCE implica dos cosas. Por una parte, que las reglas de RCE instancien compromisos más o menos razonables entre las distintas visiones de dichas normas. Cane afirma que si bien las reglas de comportamiento sólo estarían justificadas si son correctas, las personas razonables siempre podrán desacordar respecto de cuales son aquellas normas “correctas”. De manera que sólo un acuerdo más o menos amplio puede lograr que estén gradualmente

[731] (P. Cane, The anatomy of tort law 1997, 1; 205).
[732] (P. Cane, The anatomy of tort law 1997, 206).
[733] (P. Cane, The anatomy of tort law 1997, 213).
[734] (P. Cane, The anatomy of tort law 1997, 1; 205).
[735] (P. Cane, The anatomy of tort law 1997, 205; 210).

justificadas desde esta perspectiva. Por otra parte, que la RCE y sus normas alcancen en un grado alto sus propósitos. Dado que es un artefacto humano diseñado para ciertos fines, no siempre los cumplirá plenamente. Si algún otro artefacto pudiera realizar mejor la función con el mismo o menor coste, no utilizaríamos la RCE; o, si no pudiéramos imaginar ningún artefacto alternativo, podríamos considerar aceptable la RCE que tenemos, aunque no cumpla su función tan bien como nos gustaría[736].

Cane sostiene los anteriores enunciados funcionales sin asumir ningún tipo de compromiso moral. Él deja al lector decidir si en efecto son deseables o si su persecución y alcance son más o menos aceptables[737].

En últimas, la teoría de Cane pretende comprender de forma *más profunda* la práctica jurídica de la RCE y, gracias a ello, organizar sistemáticamente sus conceptos típicos y relacionarlos con otras áreas del derecho y de la vida pública. No le interesa explicar la RCE exclusivamente en los términos que usan los abogados y demás practicantes de la RCE, sino que le importa redescribirla de una forma reconocible por ellos, y que al mismo tiempo les dé a esos practicantes ciertas nociones sobre las razones que se deberían utilizar para justificarla, si es que no lo hacen ya en un determinado caso de RCE.

Una de las formas en las que Cane argumenta la utilidad explicativa de su teoría es afirmar que da cuenta de la relación entre las reglas de comportamiento de la RCE y las funciones sociales que el área cumple[738]. Esta, sostiene, es una relación compleja, porque las razones prácticas que suelen utilizar los abogados litigantes para lograr sus objetivos parecen entrar en conflicto con razones de orden moral, aquellas a las que una persona razonable no renunciaría por versar sobre lo que es correcto. Hay, en sus palabras, una «relación simbiótica entre las reglas y principios de la RCE y sus funciones y efectos»[739].

Si lo que es la práctica de la RCE depende en parte de sus propósitos, reconocibles por quienes crean o utilizan sus normas estructurales, entonces, parece intuitivo decir que dichos propósitos y estructura cuentan al momento de justificarla tanto como lo hacen

[736] (P. Cane, The anatomy of tort law 1997, 211-212).
[737] (P. Cane, The anatomy of tort law 1997, 212).
[738] (P. Cane, The anatomy of tort law 1997, 2-3).
[739] (P. Cane, The anatomy of tort law 1997, 2).

sus funciones. Piénsese que los propósitos de una práctica pueden ser razonables y aun así tener efectos totalmente negativos, o disfunciones. Un ejemplo de ello fue el desangrado para curar a los enfermos en la edad media, que tenía el propósito de curar al enfermo pero que sus efectos eran los contrarios. A su vez, los propósitos de una práctica pueden ser malvados e incorrectos mientras que algunos de sus efectos calificarse como funciones. Por presentar un ejemplo, el narcotráfico, no se necesita mencionar los múltiples efectos nefastos que trae consigo, pero este contribuye al incremento de la riqueza en una población. Así, si todas las razones cuentan al momento de determinar que una institución, o práctica social está justificada, entonces, es claro que una teoría más comprensiva de la misma será más adecuada que una más limitada.

Así las cosas, hay una relación compleja entre estructura, propósitos y funciones, y todas son importantes para evaluar y justificar un modelo local de RCE. Pero incluso si lo anterior parece tener sentido, no parece suficiente para aceptar la clasificación que hace Cane de sus afirmaciones funcionales. De hecho, se tienen razones para rechazar la distinción entre funciones intrínsecas y extrínsecas. Porque esta no sólo parece ser una distinción cuyas categorías colapsan, también se fundamenta en una teoría problemática sobre el análisis y las clases funcionales, distinta a la que se ha argumentado hasta ahora.

Las funciones intrínsecas y extrínsecas colapsan constantemente. Así las cosas, se hace difícil analizar con esta distinción de forma precisa qué razones se tienen para tener un modelo de RCE, determinar si está justificado o evaluar si tiene errores. Por ejemplo, la función intrínseca de coordinar la conducta humana sería necesaria para cumplir las funciones extrínsecas indirectas de proteger la propiedad y reforzar el cumplimiento contractual. Pero utilizar las tres funciones en el mismo análisis con pretensiones justificativas parece engañoso. Entonces, ¿cuál se debería preferir? ¿qué diferencia hay entre proteger la propiedad y garantizar el cumplimiento contractual, si se asume que el contrato tendrá efectos patrimoniales? ¿Podría cumplirse alguna función extrínseca si las intrínsecas son incumplidas? Todos estos problemas llevan a pensar que la distinción no es demasiado útil[740].

[740] Un argumento similar es expresado por (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad

Sin perjuicio de lo anterior, me parece más preocupante el compromiso teórico que fundamenta la distinción. Cane sostiene que cumplir con las funciones intrínsecas es un requisito necesario para que se pueda decir que una norma o un determinado grupo de normas se puede denominar RCE. En sus palabras: «podemos decir que a menos que la RCE ejecute sus funciones intrínsecas hasta el mínimo de una extensión, no será RCE». Entonces, a la luz de lo anterior, parece plausible decir que un caso de RCE necesita cumplir al mínimo con sus funciones intrínsecas para seguir siéndolo.

De acuerdo con lo anterior, Cane se aleja de las explicaciones funcionales para acercarse a una definición basada en clases funcionales, lo que plantea numerosos problemas. Si, en su definición, cumplir con las funciones intrínsecas es un requisito necesario para denominar apropiadamente algo como RCE, se generan consecuencias absurdas. Considérese un reloj decorativo expuesto en un museo. Aunque se sabe que es un reloj, no cumple su función de medir el tiempo, ¿dejaría entonces de ser un reloj? Según este enfoque, el objeto sería y no sería un reloj al mismo tiempo, lo cual resulta problemático. Lo mismo ocurriría con la RCE. Si se tiene un área del derecho con la misma estructura, pero que por su aplicación sistemáticamente ha dejado de hacer justicia correctiva, según Cane, sería y no sería RCE al mismo tiempo.

C. Sus funciones distintivas, necesarias y contingentes

Diego Papayannis sostiene que hacer «justicia interpersonal», «compensar» y «la prevenir», entre otras, son funciones de la RCE[741]. Según él, se pueden formular enunciados funcionales sobre la RCE a partir de las funciones que comúnmente se le atribuyen en la literatura, partiendo del supuesto de que cualquier otra función derivaría del conjunto que allí se analiza[742]. Esto implica que el teórico que lleve a cabo el análisis funcional debe establecer por qué la RCE tiene la capacidad de generar los efectos considerados funcionales y proporcionar razones que respalden los beneficios que producen dichos efectos.

civil 2022, 47. Nota 115).

[741] Ver (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022).

[742] (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 47-48; Nota 115).

Papayannis considera que el concepto que se tenga de RCE y las funciones que se le atribuyan tienen una relación estrecha. Quien utiliza el término RCE se refiere a una práctica jurídica que instancia principios de justicia correctiva y distributiva, que tiene el propósito de atribuir responsabilidad personal por la violación de ciertas normas a partir de la demanda presentada por la víctima, y que tiene una estructura apropiada para distribuir derechos y deberes de indemnidad[743]. Para él, así entendida, la RCE tiene un valor intrínseco: la realización de la justicia interpersonal. Les permite a los sujetos exigirse con autoridad reciproca, desde el punto de vista de la segunda persona, comportamientos interpersonales respetuosos o reparativos[744]. A su vez, trae ciertos efectos y consecuencias al mundo calificados como funciones.

A partir de lo anterior, Papayannis hace una clasificación exhaustiva y excluyente de las funciones de la RCE, considerando que existen funciones distintivas, necesarias y contingentes. Las funciones distintivas serían aquellas que no podrían conseguirse con igual o mayor éxito mediante otras instituciones jurídicas. Para él, la RCE sólo cuenta con una función de este tipo: hacer justicia interpersonal[745]. Mientras que las funciones necesarias serían aquellas que se derivan del concepto de RCE. Aun cuando otras instituciones jurídicas cumplan con estas funciones, no sería posible que se implemente una práctica jurídica de RCE, tal como se ha definido estructuralmente, sin que tenga la disposición a que se realicen las mismas. Ejemplos de funciones necesarias, serían la compensación y la disuasión[746].

Asimismo, se encuentran las funciones que no son distintivas, ni necesarias, que denomina “contingentes”. Estas funciones no son exclusivas de la RCE, no se siguen de las normas estructurales de la RCE, y se requiere la creación de otras normas para que la RCE tenga la disposición a cumplirlas, además de las normas estructurales que están

[743]Justo por ello se adscribe a un punto intermedio entre el monismo y pluralismo teórico (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 3-4). También se pueden observar (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, Cap. IV.; pp. 317-ss) (D. M. Papayannis, Derechos y deberes de indemnidad 2013).
[744] (Darwall y Darwall 2011).
[745] En el capítulo siguiente argumentaré que hay un espacio conceptual para otra función distintiva: la función expresiva.
[746] (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 48).

implicadas en su concepto. Este sería el caso de la función de prevención o de función sancionatoria.

En la teoría de Papayannis hay una diferencia metodológica entre el análisis estructural y funcional[747]. Para él «el estudio del propósito de una práctica es compatible con el estudio de los beneficios sociales que produce y cómo los produce»[748]. Entonces, ambas herramientas de forma conjunta permitirían explicar y comprender la RCE de una forma más amplia[749]. Así, parece plausible afirmar que bajo esta perspectiva alguien interesado en justificar una práctica de RCE, o mejorarla para que lo esté, podría utilizar ambos tipos de herramientas. No solo basta comprender qué es la práctica en los términos de sus propósitos y estructura, sino que también es esencial comprender los efectos beneficiosos que producen en la sociedad. En este punto, sus ideas serían compatibles con las de Cane.

Sin embargo, Papayannis difiere de Cane en muchos otros aspectos. Él no distingue entre funciones intrínsecas y extrínsecas, sino que organiza los enunciados funcionales a partir de su distintividad, necesidad y contingencia. Una razón por la que sostiene esta diferencia es que Papayannis no establece un desempeño mínimo de la función como un requisito para considerar que la práctica es RCE. En cambio, indica que los propósitos y estructura de la RCE, le dan a esta práctica la disposición de establecer un marco de justicia interpersonal y hacer justicia correctiva. Dicha función nos permite reconocerla y distinguirla de otras prácticas jurídicas, aun cuando no se cumpla con ella en ningún caso. Por ejemplo, en el caso de una sociedad donde no se aplica la RCE porque carece de jueces interesados en utilizar las normas jurídicas.

En su teoría, las funciones que la RCE satisface necesariamente no son tampoco un requisito necesario, ni suficiente, para usar el término “RCE” apropiadamente. Dada la estructura de aquello a lo que se está llamando RCE, ésta cuenta con normas secundarias que ordenan la reparación por parte del victimario en ciertas circunstancias. Así, por definición, tiene la disposición para compensar. Sin embargo, tal como en el

[747] (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 378).
[748] (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 378).
[749] (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 379).

ejemplo del anterior párrafo, incluso en una sociedad donde la RCE no cumpla con dicha función por razones externas a su estructura, seguirá siendo RCE.

Vale la pena mencionar un requisito metodológico que Papayannis establece implícitamente en su propuesta. Los enunciados funcionales deben ser claros, precisos y no repetitivos[750]. Este requisito se observa en su análisis de la función sancionadora de la RCE. Para él, si dichas sanciones se pueden interpretar como mecanismos de disuasión, entonces tendremos que elegir uno u otro uso, según el interés del análisis. Pero se debe evitar hablar de la misma función dos veces en términos distintos[751].

Finalmente, obsérvese que los enunciados funcionales en la teoría de Papayannis se pueden usar con múltiples fines. Desde análisis empíricos relacionados con la disposición a desincentivar ciertos comportamientos, hasta análisis morales que permitan evaluar la RCE y sus normas de acuerdo con la satisfacción de la justicia correctiva o distributiva que se logra con la modificación de los estatus normativos de las conductas de los sujetos. Esta versatilidad parece ser una razón apropiada para utilizar sus tipologías y categorías al momento de evaluar una práctica de RCE, modificarla, o identificar errores. Porque ella permite cumplir con la desiderata de una teoría justificativa, esto es: producir enunciados funcionales dirigidos al público, en términos que estos pueden entender y apreciar, sin desprenderse de su estructura jurídica. En virtud de todo ello, se hablará de funciones que tienen distintividad, necesidad o contingencia.

Hasta este punto, no se ha defendido una tesis sobre cómo estas funciones inciden en la evaluación de la RCE. En otras palabras, no se ha precisado cómo se ponderan unas funciones frente a otras para determinar si la RCE y sus normas están justificadas o contienen errores.

Conclusiones:

La conclusión central del capítulo es que la responsabilidad civil extracontractual se justifica, en gran medida, por las funciones que desempeña. Estas funciones hacen

[750] Estas exigencias se pueden interpretar de su argumento en contra de Cane (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 47-48; Nota 115).
[751] (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 69).

referencia a los efectos que la RCE tiene la disposición de generar en una sociedad liberal y que son valorados positivamente. Si una autoridad jurídica, un teórico o dogmático busca evaluar la práctica de la RCE para decidir si mantenerla o modificarla, la relación entre justificación y funciones brinda razones sólidas para emplear el análisis funcional.

En el capítulo se indica que la justificación del derecho privado, y en particular de la responsabilidad civil extracontractual allí donde se implemente, debe cumplir con un triple requisito: ser pública, jurídica y traducida. Esto implica que la justificación debe dirigirse tanto a los juristas como a ciudadanos razonables, empleando un lenguaje y razones que puedan ser comprendidos y aceptados en una sociedad democrática liberal. Para lograrlo, es necesario conectar los conceptos y prácticas del derecho privado con valores y preocupaciones accesibles a la ciudadanía en general, asegurando así su legitimidad y efectividad. Por ello, cualquier modelo justificativo se debe centrar en los efectos positivos que la RCE puede generar y en la disposición de los ciudadanos razonables a reconocer la fuerza normativa de las razones presentadas. Tal como se expone en el capítulo, se sostiene que el análisis funcional cumple esta desiderata.

Los enunciados funcionales indican que una práctica social, de forma habitual, potencial o causal, produce ciertos efectos que pueden ser valorados positiva o negativamente según el juicio de quien los formula. El teórico, dogmático o autoridad puede considerar que estos efectos son buenos o correctos debido a que proporcionan beneficios mínimos para la comunidad, los cuales podrían explicar la persistencia de la práctica. Esto puede ser así porque una teoría moral los respalda o simplemente porque los presupone. No es necesario que los practicantes de la RCE sean conscientes de estos efectos ni que actúen deliberadamente con el propósito de lograrlos, aunque tampoco se excluye la posibilidad de que lo hagan.

Como se ha analizado, aunque los enunciados funcionales aplicables al derecho puedan extenderse a otras prácticas sociales que logren efectos similares, siguen siendo relevantes para explicar aspectos específicos de las prácticas jurídicas. Además, aunque no proporcionen una teoría completa sobre el derecho, las funciones ofrecen razones para mantener o reformar dichas prácticas. Estas razones pueden ser neutrales o estar

comprometidas con principios morales específicos, lo que hace que el análisis funcional sea particularmente útil en el ámbito legislativo.

En el caso de la RCE, el análisis funcional tiene una utilidad metodológica. Esto se debe, entre otras razones, a que la explicación en términos de propósitos y estructura representa solo una parte de lo necesario para comprender y justificar esta práctica jurídica.

En este capítulo se han examinado las categorizaciones de los enunciados funcionales en la RCE propuestas por Cane y Papayannis. Aunque ambos comparten varios presupuestos teóricos, discrepan en cuanto a si es necesario que esta práctica cumpla con su función intrínseca o distintiva para seguir considerándose tal. Establecer dicho requisito resulta problemático —contraintuitivo y generador de consecuencias absurdas—, por lo que existen buenas razones para preferir la versión de Papayannis, que clasifica las funciones de esta práctica jurídica en distintivas, necesarias y contingentes.

El capítulo presupone que la RCE tiene como propósito realizar justicia correctiva y que su estructura le otorga la capacidad para cumplir con este objetivo. En virtud de lo expuesto, se puede considerar que esta es su función distintiva. Esto, a su vez, implica la existencia de funciones necesarias y otras contingentes.

Por lo tanto, evaluar un modelo específico de RCE requerirá identificar sus funciones y disfunciones. Las normas que pretendan cumplir alguna función sin lograrlo, o que interfieran con otras funciones, serán consideradas contraproducentes o erradas. Sin embargo, el desarrollo de esta última idea será objeto de análisis en los capítulos siguientes.

Capítulo 9: La prioridad de la justicia correctiva y el cumplimiento equilibrado de las distintas funciones

Introducción

En este capítulo, se argumenta que la función que tiene la RCE de establecer un marco normativo interpersonal justo tiene una prioridad *prima facie* frente a las demás. Esto, sin embargo, no excluye que, al crearla o modificarla, las autoridades deban procurar que cumpla de manera equilibrada sus diversas funciones. Así, las normas de RCE que carezcan de la disposición para ajustarse a este principio, generando en ciertos casos efectos disvaliosos y desequilibrados, se pueden calificar como errores atribuibles a las autoridades al momento de producirlas. Para sostener lo anterior, se analizan las distintas teorías normativas que se encuentran en la literatura sobre el contenido que debería tener la RCE, a la luz de las funciones que cumple y se toma una posición pluralista al respecto.

El argumento central del capítulo busca contribuir a la formulación de posibles reformas en este ámbito. En este sentido, puede servir como herramienta para que autoridades, teóricos y dogmáticos evalúen el contenido de las normas de RCE. Asimismo, en el marco de la tesis, permitirá identificar aquellas normas que se consideran errores por incumplir dicho principio.

Antes de empezar su desarrollo, se harán algunas aclaraciones sobre su alcance. El análisis se centrará en el ámbito de creación de normas de RCE, sea por parte del legislador, excepcionalmente por los tribunales o jueces, o cualquier otra autoridad. Así las cosas, el principio que se propone aplicará en una pequeña sección de la cadena de actividades que permiten que la RCE cumpla una función. Una cadena que inicia con la identificación de un problema que la RCE puede ayudar a solucionar, sigue con la expedición de una norma por parte del legislador, su cumplimiento por los ciudadanos, la adjudicación por los jueces en casos de incumplimiento, y finaliza con la obtención de los efectos esperados y/o de otros que también puedan evaluarse como valiosos[752]. El

[752] Otra forma de comprender esta cadena es como la implementación de una política pública para solucionar una necesidad en la población. Al respecto (Fernández Blanco, Tesis doctoral: un aporte jurídico

análisis se simplifica al centrarlo en las normas que componen los distintos modelos de RCE y a su relación con las funciones que cumplen. Ello no obsta para que, después de un análisis riguroso, sea aplicado también en la adjudicación de estas normas.

No se expondrán las razones por las cuales un legislador debería optar por dar valor a la justicia correctiva e implementar un modelo de RCE. Previamente, se ha argumentado que la RCE tiene como propósito establecer un marco normativo interpersonal justo, orientado a guiar a los ciudadanos en el cumplimiento de sus deberes interpersonales. Así, se presupone que implementar un modelo de RCE es razonable en un Estado cualquiera. No obstante, también es posible afirmar que el legislador cuenta con otras alternativas para regular las relaciones interpersonales y los daños derivados de la agencia humana, incluso en aquellos casos en los que, de manera intuitiva, se atribuye un valor particular a la justicia correctiva. Por ejemplo, en estos casos, una autoridad podría cumplir con funciones similares si implementa un esquema jurídico en el que instituciones como un fondo de compensación, seguros obligatorios y autoridades administrativas con potestades sancionatorias trabajen conjuntamente. Sin embargo, aquí se simpatiza con la tesis normativa de que optar exclusivamente por dicho esquema menoscabaría un valor relevante para la calidad de vida de los individuos[753].

Igualmente, se dejará de lado el análisis de las normas que de forma clara son incorrectas o disfuncionales. Por mencionar uno, una norma de RCE que impida a una raza o género determinado de personas exigir a otros sujetos que se comporten respetuosamente y/o que reparen cuando dejan de hacerlo sería un error fácilmente identificable. Una norma así impediría en los casos en los que sea aplicable establecer un marco normativo interpersonal justo, al tiempo que empeora la distribución de derechos y deberes de indemnidad, sin ninguna justificación aparente.

---

a los debates sobre instituciones y desarrollo. Aproximación desde problemáticas compartidas por paises de america latina. 2017, 184). Otros autores también han entendido la RCE como parte de una política pública: (D. M. Papayannis, El derecho privado como instrumento de la política pública 2021) y (Steele 2023).

[753] Argumentos en este sentido se pueden encontrar en (D. M. Papayannis, ¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza? 2021) y (D. M. Papayannis, Derecho privado, redistribución y calidad de vida manuscrito inédito).

Otras normas son más complejas de calificar como errores. Se podría dar el caso de que una norma de RCE además de contribuir a cumplir con ciertas funciones, contribuya a producir efectos calificables como disfuncionales, o que afecte el equilibrio con el que se cumplen las demás. Piénsese un caso en el que una norma secundaria de reparación contribuye a cumplir apropiadamente la función distintiva de la RCE, pero tiene un efeto distributivo injusto o es indeseable disuasivamente. Estos casos de errores complejos son los que parecen más interesantes y, por tanto, son los que pretende abordar el capítulo con el principio normativo propuesto. Sin perjuicio de lo anterior, la teoría normativa que se expone también puede explicar porque los errores claros, lo son.

El capítulo se divide en cuatro secciones. En la primera sección, se exponen las distintas funciones que los modelos de RCE tienen la disposición de cumplir. En la segunda, se exponen distintas teorías sobre el orden que se le debería dar a las funciones de la RCE al momento de crear o modificar un determinado modelo, dando razones para decantarse por una posición y un tipo de argumentos concretos. En la tercera, se defiende el principio que debería guiar la producción de normas relativas a la RCE. Aquel que ordena darle una prioridad *prima facie* a la función de establecer un marco de justicia interpersonal, sin dejar de regular equilibradamente las demás funciones que esta área del derecho cumple. En la cuarta sección, se explicitará que este principio permite evaluar las normas de un modelo de RCE para determinar si son o no disfuncionales, y si se pueden calificar como errores.

I. Las funciones de la responsabilidad civil extracontractual

En el capítulo anterior se dice que una función de la RCE hace referencia a aquellos efectos que la RCE tiene la disposición de cumplir en una sociedad liberal bajo ciertas circunstancias y que pueden ser valorados positivamente por esta. Esto implica que el teórico que lleva a cabo un análisis funcional tiene que establecer por qué la RCE tiene la disposición de generar ciertos efectos considerados funcionales y proporcionar razones que respalden los beneficios que producen dichos efectos. Una vez hecho esto, las funciones de la RCE pueden clasificarse en distintivas, necesarias y contingentes.

Siguiendo a Papayannis, las funciones distintivas son aquellas funciones que no se podrían conseguir con igual o mayor éxito mediante otro artefacto distinto de la RCE.

Incluso, si una sociedad implementa un artefacto abstracto que no se denomine “RCE”, pero que comparte los aspectos centrales que se han discutido previamente y que dan la estructura de la RCE, entonces, ese artefacto jurídico necesariamente cumplirá esta función distintiva y a efectos de la tesis se podrá denominar RCE o contar como un modelo de esta clase.

Aquí se puede agregar que cumplir una función distintiva implica alcanzar el propósito que se le atribuye racionalmente a la RCE. Así, parece que implementar un modelo de RCE es condición necesaria, pero no suficiente para que las funciones distintivas se cumplan. Un modelo de RCE puede contar con una estructura apropiada para regular las relaciones interpersonales, pero hacerlo injustamente, tal como ocurriría en un modelo de RCE que establezca una norma que se pueda calificar como un error claro. En este sentido, se puede decir que el cumplimiento de las funciones distintivas también depende del contenido del modelo.

La RCE distintivamente define *un marco de justicia interpersonal*. En ciertas circunstancias y de determinados modos, define correctamente los deberes de comportamiento y reparación que los individuos se deben entre sí, permitiéndoles exigir a través de las instituciones jurídicas responsabilidades mutuas. Esta función no puede lograrse con igual o mayor éxito mediante otras instituciones jurídicas como fondos de compensación, seguros obligatorios y sanciones administrativas, porque estos omiten la posibilidad de que sea el mismo individuo el que haga algo por las razones que ha dejado atrás o que muestre respeto interpersonal. Se observa que esta función también es necesaria, ya que surge del concepto de responsabilidad civil extracontractual, de su estructura y propósito, pero se agrega una calificación normativa a la capacidad que tiene este artefacto para cumplirla: ningún otro artefacto jurídico podría cumplirla con igual o mayor éxito.

Una vez se ha establecido un marco de justicia interpersonal las víctimas pueden *hacer algo de valor expresivo* en contra de sus victimarios. Cuando una víctima presenta una demanda civil, puede expresar su propia estima y ratificar su estatus moral en la sociedad frente al victimario[754], gracias a la argumentación que reconoce el injusto civil al cual se

[754] Según Hershovitz, la RCE tiene un valor expresivo porque protege la autoestima de la víctima en función

sometió[755] y a los remedios que le sean reconocidos[756]. Esta función no se podría lograr con igual o mayor éxito mediante otras instituciones jurídicas como el derecho penal, el derecho administrativo, u otras áreas del derecho que no dependen, en mayor medida, de la actuación e impulso procesal de la víctima. La función expresiva de la RCE se puede interpretar como un subproducto del establecimiento de un marco de justicia interpersonal, y es especialmente deseable que se cumplan en algunos casos de responsabilidad como los injustos civiles cometidos a personas naturales con culpa grave o dolo[757].

Por su parte, las funciones necesarias son aquellas que también se derivan del mismo concepto de RCE, de su estructura y propósito. De tal suerte, si se implementa una práctica jurídica de RCE, esta tendrá la disposición a que se realicen las mismas, sin importar que otras instituciones jurídicas también las cumplan con igual o mayor éxito. En este caso, una vez se implementa un modelo de RCE, estas funciones necesariamente estarán presentes.

Entonces, la RCE tiene la disposición de cumplir, al menos, tres funciones *necesarias*, aunque *no distintivas*. Bajo las circunstancias apropiadas, la RCE *compensa, disuade, y distribuye* o demarca derechos y deberes recíprocos, derechos y deberes de indemnidad[758]. Dado que cuenta con normas secundarias que atribuyen deberes de reparación y terciarias que conceden a las victimas la facultad de presentar demandas, la RCE tiene la disposición de compensar y disuadir. Las víctimas son compensadas por los victimarios, y estos disuadidos de los comportamientos que los llevarán, después de

---

de su estatus social. Observar (Hershovitz, Treating Wrongs as Wrongs: An Expressive Argument for Tort Law 2017). Y (Steel, On the Moral Necessity of Tort Law: The Fairness Argument 2021, 215).

[755] (D. M. Papayannis, El Derecho privado como cuestión pública 2016, 286).

[756] (Hershovitz 2017).

[757] Papayannis propone que en la RCE la función expresiva es un subproducto de la función de establecer un marco de justicia interpersonal (D. M. Papayannis, The Morality of Compensation Through Tort Law 2023, 17). Ello no quiere decir que la función expresiva se reduzca o quede comprendida en la función distintiva. De hecho, no en todos los casos en los que se establece un marco de justicia interpersonal entre dos tipos de sujetos es deseable que se cumpla la función expresiva, ni que necesariamente se cumpla cada vez que la RCE guía a los sujetos en sus relaciones interpersonales. Tal como sostiene Steel, el valor expresivo de la RCE no parece justificado en los casos en los que se aplican regímenes objetivos de responsabilidad o cuando la víctima es una entidad jurídica que carece de sentido de autorrespeto (Steel, 2021, p. 215). A su vez, en los casos de daños rutinarios, que se resuelven normalmente por el derecho de seguros, no parece que se cumpla la función expresiva de la RCE.

[758] (D. M. Papayannis, Derechos y deberes de indemnidad 2013).

un proceso, a pagar una compensación más costosa que un comportamiento diligente[759]. Se dice “en las condiciones adecuadas” porque ello dependerá, entre otras cosas, de que los ciudadanos conozcan las normas, de que los jueces las apliquen en casos de incumplimiento, etc.

Asimismo, al establecer que ciertos sujetos serán condenados a reparar el daño injusto causado a la víctima por realizar una conducta incorrecta u obtener un resultado incorrecto en el marco de una actividad en concreto, la RCE distribuye derechos y deberes. De forma inevitable y no neutral, la RCE ubica a ciertos grupos o sujetos en una mejor posición que otros[760]. Todas estas funciones no son distintivas porque otras áreas del derecho como el derecho penal o el administrativo pueden cumplirlas y, de hecho, constantemente lo hacen. A veces, lo hacen con mayor o igual éxito que la RCE.

Finalmente, las funciones contingentes son aquellas que no son exclusivas de la RCE y no tiene que realizarlas, pero la autoridad puede modificar la RCE para dotarla de la disposición a cumplir con estas funciones a través de normas introducidas en el modelo[761]. Aquí, la RCE es condición contribuyente a esas funciones.

En algunos modelos de RCE, existen normas que permiten *precaver ciertos daños*, que causan que se *reduzcan los costes sociales secundarios de los accidentes*, y que *sancionan la conducta* del victimario. Las normas que le dan la disposición a la RCE para cumplir con estas funciones no están presentes de forma general en los distintos modelos de RCE. Tampoco hacen parte de la estructura que deriva del concepto de RCE, tal como lo he definido en la primera parte de la tesis. Aunque dichas normas podrían interpretarse como una clase particular de norma secundaria o terciaria, dadas sus particularidades, estas funciones no son necesarias, solo *son contingentes* y, por implicación, tampoco *son distintivas*[762].

---

[759] Al respecto de la función disuasoria de la RCE se puede observar (Shavell 1987, 5-6) (Kornhuaser 2022).
[760] (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 317) (D. M. Papayannis, El Derecho privado como cuestión pública 2016, 203) (Keren-Paz 2016, 5-8).
[761] Sigo en esta clasificación a (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022). En el capítulo 5 ofrecí un argumento para sostener esta clasificación de las funciones en contra de clasificaciones como las de (P. Cane, The anatomy of tort law 1997).
[762] (D. M. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 47-48 y ss).

II. Un orden para las funciones de la responsabilidad civil extracontractual

La RCE tiene una estructura compuesta por distintos niveles normas y las relaciones internas entre estas, y su propósito es hacer justicia correctiva. Ello no impide que la autoridad que determina el contenido de las normas de la RCE no disponga de un amplio margen para regular el comportamiento humano vinculado al daño interpersonal. Se puede regular una cantidad más amplia o reducida de casos de responsabilidad civil, definiendo un régimen como general y supletorio, y el otro como especial. Es factible regular el comportamiento humano con regímenes de culpa o de riesgo, asignando deberes de diligencia o de resultado. La autoridad tiene margen para describir la conducta ordenada de forma abierta o cerrada. Finalmente, se puede usar o no normas terciarias para incentivar el cumplimiento de algunas de estas normas por sus obligados o beneficiarios. Hay muchas opciones disponibles que son formas racionales de hacer justicia correctiva y satisfacer las demás funciones de la RCE.

Si la RCE cumple múltiples funciones, debe cumplirlas de forma equilibrada. Sería ideal que todas las funciones se pudiesen cumplir al máximo en todas las circunstancias posibles. Así, la RCE establecería un marco normativo interpersonal, permitiendo que las víctimas expresaran cuando correspondiera la indignación que sienten por el trato recibido. Al mismo tiempo, compensaría y disuadiría tanto como sea razonable y necesario. A su vez, distribuiría los derechos y deberes de indemnidad, contribuyendo a la asignación justa de la riqueza. Además, cumpliría cualquier otra función que contingentemente las autoridades del Estado le atribuyan. Pero esto no es posible.

Cuando una autoridad —legislador o, excepcionalmente, un juez— persigue un beneficio concreto utilizando la RCE, lo más probable es que afecte otros, ya sea reduciéndolos o maximizándolos. La afección de otras funciones en favor de una puede ser significativa e injustificada. En estos casos, las disposiciones que contribuyen a estos efectos no debieron promulgarse o debieron ser promulgadas con un contenido distinto. En este sentido, lo que se quiere sostener es que, en el marco de la práctica y el uso de la RCE, la norma que tiene la disposición a causar tal desequilibrio (o que efectivamente lo causa) podría ser evaluada como un error.

Todo lo anterior se sigue del principio que ordena tal equilibrio funcional, y este supone que es posible considerar algún contenido de un modelo de RCE más equilibrado que otro. Y el argumento normativo que lo fundamenta, se centra en una clase de razones normativas, de razones que justifican: las funciones. Como se ha argumentado, las funciones se pueden ofrecer como razones que las partes, la sociedad y, especialmente, el ciudadano razonable puede entender, apreciar y aceptar fácilmente. Y, dado que la RCE tiene funciones distintivas, necesarias y contingentes, si una autoridad debe satisfacer una función sobre otras en un contexto determinado, o mejorar el cumplimiento de alguna en un caso concreto, esto le dará razones para crear, modificar o eliminar ciertas normas.

Ahora, teorizar que una función es relevante o no, o tiene más fuerza que otras, al momento de calificar cierta norma como un error, requiere justificar alguna clase de teoría normativa, una teoría sobre cómo debería ser la RCE. Una teoría que permite fundamentar el principio que se defiende en este capítulo. En el capítulo 4 se dieron razones para preferir una teoría justificativa funcional antes que una estructural. Por ello, en lo que sigue, se expondrán distintas teorías normativas que utilizan las funciones como fundamento de sus aseveraciones, para seleccionar aquella que parezca más convincente.

A. Las teorías normativas funcionales

Una autoridad puede preguntarse: ¿qué funciones son relevantes al momento de establecer el contenido de las normas que integran la RCE en un determinado contexto?, y ¿cuál, si es que alguna, tendría más fuerza o peso cuando es incompatible con otras? Puede preguntarse por su *relevancia* y su *fuerza o peso.*

Existen múltiples enfoques para abordar estas cuestiones. Se podría sostener que las funciones distintivas son las únicas relevantes y las que tienen una fuerza superior a las demás. También que las funciones distintivas y necesarias son relevantes, pero que las distintivas tienen una prioridad frente a estas. Y así sucesivamente. Sin embargo, no se tienen que explorar todas las opciones aquí. Se presentan dos perspectivas

diametralmente opuestas, y dos intermedias, argumentando qué razones tenemos para descartar algunas y/o elegir otra[763].

El contraste que se hace a continuación entre monismo y pluralismo en la RCE se inspira en un debate filosófico clásico, pero adopta una forma propia al trasladarse al ámbito jurídico. En filosofía moral, el monismo —representado por teorías como el utilitarismo o el enfoque kantiano— sostiene que todos los conflictos normativos deben resolverse mediante la aplicación de un único principio fundamental, como la maximización del bienestar o el respeto a la autonomía racional. Frente a ello, el pluralismo moral —asociado a figuras como Isaiah Berlin— reconoce la existencia de múltiples valores irreductibles (justicia, libertad, igualdad, etc.) que pueden entrar en conflicto sin posibilidad de resolución mediante una jerarquía abstracta[764].

Esta distinción resulta útil para pensar el diseño o reforma de los modelos de RCE, pero con importantes matices. Las categorías que se emplean para describir los distintos enfoques de justificación funcional no reproducen exactamente los compromisos de sus equivalentes en la moral. A diferencia de esta última, las categorías de funciones en la RCE no se construyen solamente para identificar qué valores son dignos de promoción (como la justicia correctiva, la justicia distributiva o la equidad), sino también para especificar cómo deben ser perseguidos mediante estructuras institucionales concretas o artefactos jurídicos. Esto introduce una diferencia crucial: el interés por los medios institucionales transforma la naturaleza del pluralismo y del monismo funcional en este ámbito.

Primero, porque las funciones que se atribuyen a la RCE —correctiva, distributiva, expresiva, disuasiva— no son valores abstractos, sino efectos que dependen de mecanismos jurídicos específicos: normas primarias y secundarias, regímenes de responsabilidad objetiva o subjetiva, facultades procesales disponibles, etc. Así, aunque

[763] La mayoría de estas discusiones se da sobre el valor moral de la práctica en términos de justicia distributiva, correctiva, generación de bienestar, eficiencia, etc. Dado que en las consideraciones funcionales este análisis también se realiza, asumiré que es posible usar dichos argumentos apuntándole a lo que he denominado “funciones”. Aunque podrían aplicar a más conceptos relacionados con lo valioso. La clasificación del espectro de posiciones en torno al valor que gobierna la RCE se encuentra en (Enoch, There is Nothing Tort Law is About: Comment on Goldberg and Zipursky’s Recognizing Wrongs 2023, 27-28).

[764] Dos reconstrucciones de estas discusiones en (Mason, 2023) y (Schroeder, 2024).

un pluralista moral pueda valorar simultáneamente la justicia correctiva y la equidad distributiva, un diseño institucional de RCE debe resolver cómo articular ambas sin que sus instrumentos —como la atribución de deberes de reparación— se anulen mutuamente.

Segundo, porque las instituciones jurídicas operan bajo restricciones prácticas que no afectan del mismo modo a la moral crítica. En algunas versiones del pluralismo, los valores morales pueden coexistir en el plano ideal, pero en la práctica jurídica deben ser priorizados, balanceados o incluso sacrificados para lograr un diseño institucional viable. Por ejemplo, una norma que persiga una compensación integral y ajustada a los fines que una víctima aprecia puede tornarse inviable en contextos de producción masiva de riesgos, donde debe atenderse también la función distributiva o la sostenibilidad económica del sistema.

Tercero, porque la implementación de funciones en la RCE no solo debe ser normativamente defendible, sino también políticamente legítima. A diferencia de la deliberación moral, que puede limitarse a considerar qué valor o valores merecen reconocimiento, la justificación funcional en la RCE debe argumentar públicamente por qué ciertas combinaciones de normas son aceptables para una comunidad política y especialmente para un ciudadano razonable.

En últimas, la regulación de las instituciones transforma los conflictos entre valores abstractos en problemas de diseño institucional. Este es precisamente el desafío de la justificación funcional en la RCE: no se trata solo de argumentar qué fines son normativamente relevantes, sino de diseñar un artefacto apropiado para perseguirlos. En este sentido, el funcionalismo en la RCE no es un simple reflejo de la teoría del valor, sino una respuesta estructurada a la necesidad de traducir el valor o los valores en soluciones jurídicas idóneas. A continuación, se desarrolla esta discusión en el marco de la RCE de forma más detallada.

1. La posición monista

En las teorías funcionales, se encuentra la posición monista, la cual puede presentarse en versiones más fuertes o débiles. Las primeras argumentan que la RCE tiene una única función. Las segundas sostienen que la RCE cumple varias funciones, pero que, en los

casos de conflictos entre ellas, relacionados con la regulación de una clase de casos, una de ellas siempre tendrá mayor fuerza o peso que las demás.

Los monistas fuertes dirían que la RCE está gobernada entera y exclusivamente por la función de establecer un marco de justicia interpersonal[765], por su función necesaria de distribuir bienes y derechos básicos[766] o por su función disuasoria[767], etc. Para estos teóricos, las autoridades deben mirar con indiferencia que la RCE no compense, entre otros efectos o consecuencias nocivas; siempre que cumpla con la función que consideran relevante desde su teoría normativa.

La pregunta que surge frente a estas tesis es: ¿Por qué se defendería que la RCE tiene una única función o presta un único beneficio para la sociedad? ¿Por qué tendría tanta importancia sobre las demás funciones que tiene la RCE? Dudo que una sociedad esté dispuesta a sacrificar la justicia en la distribución de los recursos o a elevar los costos de las transacciones a niveles desproporcionados para establecer un marco de justicia interpersonal o para garantizar la compensación en todos los casos imaginables. Y si lo hiciera, la autoridad no estaría justificada para tomar tales decisiones, al menos no en todos los casos posibles. Sería extremadamente difícil para la autoridad justificar, frente a la población relevante o ante cualquier persona razonable, la decisión de implementar un determinado modelo de RCE a cualquier costo.

En ese sentido, si una autoridad decide implementar la RCE pensando en una función determinada como objetivo, y se evidencia que la RCE tiene efectos inesperados —deseables o no—, ¿por qué estos no contarían para reformar, modificar o incluso abolir la RCE? Dada la diversidad de lo bueno y de los fines que puede perseguir esa autoridad en representación de su sociedad, así como su peso variable en cada tipología de casos, no veo razones suficientes para defender ese determinado modelo de RCE.

---

[765] Si bien Weinrib no aceptaría que su teoría se reconstruya en términos de funciones, creo que sus argumentos podrían utilizarse para sostener una fundamentación de la RCE de este tipo, enfocada en la función de hacer justicia correctiva o constituir un marco de justicia interpersonal (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 40-42).

[766] Esta es la posición que Papayannis describe como distributivismo fuerte, en la cual «el derecho privado debe promover la justicia distributiva» y «debería estar enteramente gobernado por consideraciones relativas al reparto de las cargas y los beneficios que resultan de la aplicación de sus normas» (D. M. Papayannis, Derecho privado, redistribución y calidad de vida manuscrito inédito, 72.)

[767] Por mencionar algunos casos representativos: (Shavell 1987) y (R. A. Posner 2014) .

Ahora bien, si se acepta que la RCE cumple varias funciones, tampoco considero viable diseñarla persiguiendo exclusivamente una de ellas. Ni aceptable sostener que una sola función tendrá una prioridad normativa absoluta frente a las demás en todas las situaciones posibles. Por ejemplo, si se mantuviera que cualquier contenido de las normas de la RCE es correcto si no empeora la justicia distributiva o afecta la justicia correctiva[768].

En este punto, comparto el argumento de Enoch, hay muchas consideraciones instrumentales, deontológicas, funcionales, o de otro tipo, que aplicarían en el diseño institucional de la RCE, de manera que es arbitrario elegir una sobre todas las demás, y aún más, estar dispuesto a sacrificar todas las demás por conseguirla. Si hay un sin número de disfunciones o funciones desbalanceadas que son el precio por pagar por cumplir una sola función, por ejemplo, la de establecer un marco de justicia interpersonal, la decisión adecuada parece ser reformar la RCE o abandonar la práctica[769].

Una versión más débil del monismo no defendería en los anteriores términos la idea de que la RCE debe perseguir una única función. Los teóricos que asuman una posición monista débil argumentarían que la RCE se debería diseñar o interpretar para que cumpla una única función, para que la alcance efectivamente. No argumentan que la RCE tenga una única función o que una de estas tiene mayor fuerza por su valor, sino que así la autoridad logrará los resultados esperados de mejor forma.

El argumento tendría la siguiente forma: Iniciaría mencionando que existen múltiples áreas del derecho e instituciones en una sociedad. Luego defendería que cada una tiene una estructura apropiada o más racional para cumplir con una determinada función. Bajo este tipo de argumentos, se diría que la RCE establece un marco de justicia interpersonal y tiene un valor expresivo, entre otras cosas, gracias a la facultad de la víctima para

[768] En este sentido, Papayannis presenta lo que él denomina como distributivismo débil. En esta categorización, incluye autores como Scheffler, quienes defienden que los principios de justicia distributiva tienen la capacidad de vetar las regulaciones del derecho privado, en lugar de promover un tipo específico de regulación. Además, sitúa a Benbaji, a quien atribuye una teoría semi-kantiana del derecho privado en la cual la justicia correctiva tiene una perspectiva particular (D. M. Papayannis, Derecho privado, redistribución y calidad de vida manuscrito inédito, 72.). Ambas teorías normativas podrían ser ejemplos de esa segunda forma de posiciones extremas, según mi criterio.

[769] Este argumento lo construye Enoch criticando una visión de la RCE que sostenga que establecer un principio del recurso civil tiene absoluta relevancia y prioridad en cualquier diseño de la RCE (Enoch, There is Nothing Tort Law is About: Comment on Goldberg and Zipursky's Recognizing Wrongs 2023, 27).

demandar una reparación por el incumplimiento de deberes de comportamiento que le adeudaban. A su vez, se sostendría que otras áreas del derecho se pueden encargar de las demás funciones que también se consideran valiosas y que podría llegar a cumplir la RCE, aquellas que acá se han denominado “necesarias” y “contingentes”. Así, sostendría que el derecho público, el derecho tributario y la seguridad social son medios más apropiados para mejorar la justicia distributiva a través del recaudo de impuestos y la redistribución. Que el derecho penal tiene mejores herramientas para sancionar y disuadir las conductas. Y así sucesivamente.

Por lo tanto, en lugar de debilitar una herramienta que es eficaz para cumplir ciertas funciones o elegir un método inapropiado para lograr un objetivo, las autoridades deberían diseñar la RCE para lo que es especialmente útil. Este tipo de argumentos concluyen que, dada la estructura de la RCE, sus normas deberían diseñarse pensando en cumplir con una sola función. Esto maximizaría las probabilidades de que la consiguiera exitosamente. A un argumento así, se le podría denominar “de especialización del trabajo institucional”.

Así presentados, los argumentos de especialización del trabajo institucional sostenidos por el monismo débil parecen ir demasiado rápido. Asumen que algunas áreas del derecho sólo tienen una estructura adecuada para cumplir con ciertas funciones. Pero la realidad es que estas áreas del derecho pueden contribuir a cumplir o, incluso, cumplir directamente varias funciones al mismo tiempo.

Obsérvese el caso de la RCE, les indica a las posibles víctimas y victimarios el tipo de comportamientos que deberían realizar y que, por tanto, pueden esperar de sus contrapartes. Establece deberes de reparación en los casos en los que el comportamiento debido sea incumplido y, por ello, se causa un daño. E indica las ocasiones y requisitos para que la víctima exija el incumplimiento, si a bien lo tiene. Todo ello sumado le permite cumplir su función de establecer un marco de justicia interpersonal y tener un valor expresivo.

Pero, al mismo tiempo, gracias a la RCE, los posibles victimarios también conocen que hay una posibilidad latente de ser demandados y, luego de un proceso judicial, obligados a reparar, si incumplen sus deberes de comportamiento. La RCE los disuade. A su vez,

no todos los casos en los que cotidianamente se pueda hablar de daño serán reconocidos jurídicamente. Las víctimas que estén en el caso que lo es, y que por ello puedan acceder a un proceso judicial, tienen a su disposición una clase de bien valioso con el que no cuentan todas las víctimas. Es claro que la RCE también distribuye.

Este último punto, puede ilustrar aún más sobre la asunción errada de que la RCE tiene una estructura que solo sirve para cumplir una determinada función. Algunos modelos de RCE cuentan con reglas secundarias que establecen el deber de reparar con la mayor exactitud posible a la víctima. Dichas reglas indican que para calcular el monto de una clase de reparación por daños morales, personales, fisiológicos o algún otro tipo de daño extrapatrimonial o inmaterial, las circunstancias personales del sujeto deben tenerse en cuenta caso a caso. Esto quiere decir, tener en cuenta la raza, el género, la riqueza, las opciones de vida, actividades usuales, hobbies, entre otros, de las víctimas. En una sociedad racista y machista, si el sujeto dañado es un hombre blanco y poderoso, una regla así perpetúa y/o contribuye con un legado de discriminación de género, raza y pobreza[770]. Ello se debe a que parte de la riqueza de ese sujeto no está justificada, pues se asume que se ha producido gracias a dicho contexto distributivamente injusto. En esta sociedad, sostener que tal regla está justificada porque la RCE cumple la función de establecer un marco de justicia interpersonal, y que el mantenimiento del *estatus quo* injustificado es sólo un efecto colateral que debe abordarse con otra área del derecho, es exagerado. Si esa sociedad desea disminuir y superar su lamentable estado de cosas, como parece razonable exigirle, al lado de todo tipo de políticas y normas redistributivas, puede modificar esta regla para que la RCE además cumpla un rol redistributivo.

Argumentando en ese sentido, Papayannis sostiene razones extras por las cuales la RCE es apropiada para cumplir una función distributiva, por ejemplo, al hacer parte de una política pública redistributiva. Alega que el derecho privado —incluida la RCE— tiene un impacto inmediato en la vida de las personas que no está tan sujeta a las variables decisiones políticas. A su vez, que, en algunos casos, las reglas del derecho privado serán más eficaces para alcanzar los estados de cosas deseados que las reglas del

[770] (Keating, Torts and the Paradox of Conservative Justice: A Response to Avraham and Yuracko 2017, 29-30). También ver (Avraham y Yuracko 2017).

derecho público. También que el derecho privado no es neutro a las políticas públicas, no solo porque tiene la disposición a generar desigualdades, sino porque tiene un fuerte potencial para anular las políticas redistributivas[771]. En el caso expuesto, si una mujer de raza negra, en condición de pobreza, daña a un hombre blanco poderoso, y el juez le asigna una obligación de reparar el equivalente económico de lo que la víctima ha perdido, lo más probable será que ella, al reparar al sujeto, pierda parte de las ayudas sociales económicas que se le han asignado.

En últimas, la probabilidad de que la RCE se convierta en un instrumento irracional para satisfacer diversas funciones se incrementa si se acepta que debe regularse enfocándose exclusivamente en una función, aun cuando su estructura le dé la disposición de cumplir con múltiples funciones. Una posición más racional sería aquella que note que la RCE puede producir otros efectos valorados como positivos y negativos, además de aquellos que son considerados su propósito principal. Esto permite alegar, en contra de esta defensa del monismo normativo, que una autoridad racional debería tener en cuenta todas las funciones de la RCE y su disposición para desarrollarlas al momento de diseñarla o reformarla.

2. La posición pluralista

En el otro extremo de las teorías normativas funcionales se encuentra una posición pluralista[772]*.* Quienes la defienden sostienen que todas las funciones son relevantes al momento de diseñar la RCE[773]. Para estos teóricos, al momento de crear una norma de RCE, las autoridades no sólo deben tener en cuenta si la RCE funciona para establecer un marco de justicia interpersonal, sino que deben analizar las funciones disuasorias, distributivas, sancionatorias, entre otras que se le puedan atribuir al modelo de RCE. Al

[771] (D. M. Papayannis, El derecho privado como instrumento de la política pública 2021, 68-70).
[772]La clasificación tiene inspiración en las que Enoch denomina posiciones extremas e igualitarias respecto la normatividad en general. Puede observarse (Enoch, There is Nothing Tort Law is About: Comment on Goldberg and Zipursky's Recognizing Wrongs 2023, 28).
[773] Papayannis se adhiere a estas posiciones al afirmar que «rechaz[a] ambas ideas, porque cre[e] que en el diseño institucional todas las consideraciones cuentan.» (D. M. Papayannis, Derecho privado, redistribución y calidad de vida manuscrito inédito, 74). Aquí suscribe una posición pluralista. Bernal Pulido también parece simpatizar con las teorías funcionales pluralistas, al defender la relevancia de distintos principios, además de la justicia correctiva, para justificar el derecho de daños, principios de justicia distributiva, retributiva, prevención, y precaución (Bernal Pulido 2013, 97-98).

igual que las posiciones monistas, las posiciones pluralistas se pueden clasificar entre fuertes y débiles.

a. Las versiones fuertes

Las versiones fuertes de este tipo de teorías además defienden que ninguna de las consideraciones funcionales tiene mayor fuerza normativa que las demás. Esta tesis parece plausible, porque en abstracto ninguna función tiene una fuerza mayor que las otras, es decir, que ninguna tiene un estatus privilegiado. Si se quiere sostener lo contrario, se requiere un argumento. Por ejemplo, se podría sostener respecto la RCE que, si bien establecer un marco de justicia interpersonal es su función distintiva, los ordenamientos liberales que cuentan con un alto nivel de pobreza le deben dar un rol más importante a la igualdad en el diseño de todas sus instituciones jurídicas. Por tanto, en ocasiones así, la RCE debería usarse antes que nada como un instrumento redistributivo.

De tal suerte, bajo las versiones fuerte del pluralismo, cuando una autoridad establece una clase de deberes para ciertas interacciones personales a través de las reglas primarias, secundarias y terciarias, debe atender todas las funciones que la RCE cumple, compensatorias, disuasorias, distributivas, y cualquier otra[774]. Siguiendo la interpretación de Enoch de estas teorías, aplicada a este tema, a la hora de evaluar un modelo de RCE se debe considerar que todas las funciones tienen un estatus igualitario *pro tanto* y que en cada caso específico el balance de razones le permitirá a la autoridad determinar correctamente cuál se seleccionará.

A pesar de lo anterior, aún en el marco de esta posición teórica, se puede afirmar que hay razones excluyentes que implican que la posición pluralista no es aplicable en algunas ocasiones excepcionales. Algunos ejemplos de esta idea se pueden encontrar en los diversos ámbitos de la normatividad en general. Por mencionar algunos casos: “pese a que no me apetece debo llegar a tiempo, porque lo he prometido”, “no puedo juzgarlo, porque soy su amigo”, “debo cumplir con la norma jurídica, aunque va en contra de mis intereses y deseos, porque la autoridad es legítima”, etc. En todos ellos, se

[774] Un estudio de la relación entre deberes que surgen en la moralidad, en las relaciones especiales y latamente relaciones, y los deberes jurídicos en (Gardner, From personal life to private law 2018, Cap. 1. 41-46).

observa que hay razones de segundo orden para no hacer un balance completo de todas las razones que se tiene a disposición para comportarse de una forma determinada o proferir una norma de conducta. Asimismo, en la RCE, desviarse de la posición pluralista requiere algún tipo de argumento. Y, dado que se está pensando en un escenario de creación de normas de RCE, especialmente en el escenario legislativo, en principio no se observan razones para darle mayor fuerza a una función sobre las demás y priorizarla, al momento de diseñar un determinado modelo de RCE. En otras palabras, esta tesis suele ser correcta en general.

Por otro lado, no se puede afirmar que las teorías pluralistas sean triviales, porque no se determina fácilmente cuáles consideraciones serán relevantes al momento de diseñar la RCE para aplicarla a una clase de casos. Así, si una teoría pluralista argumenta que ciertas funciones son relevantes para elegir el contenido de las normas que componen la RCE antes que otras, y lo hace apropiadamente, le dará insumos o razones a la autoridad para tomar sus decisiones de forma justificada.

Ahora, a pesar de las razones para elegir este tipo de teorías normativas antes que otras, existen razones en contra del funcionalismo fuerte si se evalúa un modelo de RCE, en tanto modelo de RCE. Bajo las teorías pluralistas fuertes, una función tendrá mayor fuerza que otras según el contexto y las razones de segundo orden que sean relevantes, por ejemplo, los fines o políticas públicas que persigan las autoridades. Si esto es así, es posible imaginar un contexto y un tipo de casos en el que las autoridades persigan compensar en mayor medida antes que establecer un marco normativo interpersonal justo, disuadir, sancionar, u otras posibles funciones del modelo de RCE. Pero, en estos casos, también podría suceder que el contenido de las normas de RCE no satisfaga ni siquiera de forma mínima la función distintiva de esta área del derecho y que, por tanto, no se comprenda por qué las autoridades han seleccionado la RCE para tal fin.

El siguiente ejemplo ilustra la anterior idea. Imagínese que una autoridad establece que el Estado debe reparar los daños cometidos por terceros de forma objetiva, a pesar de no haber incumplido un estándar de comportamiento, o incluso sin que su actuar se pueda conectar causalmente con el daño. En estas ocasiones, las víctimas no estarán

facultadas para ejercitar sus derechos en contra de sus agresores. Se podrían denominar casos de responsabilidad fundamentados en la solidaridad social.

La responsabilidad civil fundamentada en la solidaridad sería enigmática, no se comprendería porque la autoridad ha decido aplicar un modelo de RCE en vez de utilizar otro artefacto jurídico para regular estos casos. En estos casos de responsabilidad, el Estado tiene un deber de comportamiento de una exigencia altísima: debe evitar que terceros cometan daños, incluso cuando no tiene un dominio de ningún tipo sobre su agencia. A su vez, existe un deber secundario de reparación que se aplicaría cada vez que el Estado incumple con esta obligación primaria. Y, las víctimas tendrían la facultad de demandar al Estado, si lo consideran apropiado, pero no de exigirle respeto a sus verdaderos agresores.

Se puede argumentar exitosamente que una regulación así sólo tendría aparentemente la estructura de un modelo de RCE. En el tipo de casos que ilustra este ejemplo, aun cuando se ha hecho una distribución de deberes y derechos de indemnidad, la estructura de la RCE se respeta sólo en apariencia. De hecho, no se podría sostener que las autoridades persigan con dichas normas hacer justicia correctiva. Las autoridades establecen un marco de comportamiento interpersonal que no se podría calificar como justo, porque está liberando a un tipo de sujetos “los terceros” de sus deberes interpersonales y está prohibiendo a otros sujetos “las víctimas” de la posibilidad de exigirles respeto. Así, se tendrían buenas razones para no llamar responsable al Estado por estos casos, parece más apropiada la etiqueta de “asegurador”. En consecuencia, evaluar esta regulación jurídica en tanto RCE parece desacertado. Sería más apropiado comprenderla como una clase de fondo de reparación y evaluar su éxito o fracaso desde esta perspectiva. Pero ello, claro, implica que el Estado pudo establecer de hecho un fondo de compensación.

El problema es que las teorías pluralistas fuertes permiten que casos como estos el artefacto utilizado por las autoridades para alcanzar ciertas funciones siga denominándose RCE, a pesar de que su propósito y función distintiva han quedado relegadas por el contenido de las normas primarias, secundarias y terciarias. Aun así, no todas las teorías pluralistas dejan de defender este contenido normativo mínimo. Como

se ve a continuación, se puede hablar de teorías pluralistas débiles que no cuentan con este problema.

b. Las versiones débiles: los argumentos constitutivos

Las versiones débiles de la posición pluralista sostienen que la RCE cumple varias funciones pero que, en los conflictos relacionados con la regulación de una clase de casos, una de ellas tendrá *prima facie* mayor fuerza que las demás. Este tipo de teorías podrían evitar el problema de la satisfacción mínima de la función distintiva, porque aceptan la relevancia y fuerza de todas las consideraciones funcionales, sin dejar de lado la importancia del propósito de los modelos de RCE en un sentido normativo, y dan distintos argumentos para ello.

Un primer tipo de argumento que podría dar un teórico que sostenga esta posición se puede denominar *constitutivo.* Se puede interpretar que autores como Goldberg & Zipursky defienden esta posición. Para ellos, al diseñar un modelo de RCE, las autoridades de RCE deben satisfacer el derecho que la víctima de un daño injusto tiene «a un recurso civil en contra de la persona que lo ha dañado»[775], y después sí pueden pensar en otros efectos positivos como la compensación o disuasión[776].

Una primera lectura de la teoría de Goldberg & Zipursky, interpreta que la RCE encarna el principio del recurso civil y, por ello, los Estados deben implementar tal artefacto con una estructura determinada[777]. Con ello, no quieren decir que exista un valor o principio subyacente en los modelos de RCE que tenga una fuerza absoluta en su diseño e implementación[778], ni que exista un principio unificador que abarque toda esta área del derecho y sus aspectos centrales o accesorios. En cambio, sostienen que hablar de este principio permite explicar porque estos aspectos de la RCE —sus normas y doctrinas

[775] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 3; 112-113.).
[776] Obsérvese que estos teóricos no sostienen que el valor constituido por la estructura de la RCE sea suficiente para justificar el uso de este artefacto en una práctica jurídica. Algo que los autores kantianos sostienen argumentando también que la justicia correctiva es valiosa. Por ello, Goldberg & Zipursky explican de qué forma se debe ponderar su propósito —en sus términos satisfacer el principio del recurso civil— con sus demás funciones —compensar, disuadir, entre otras—. En la tesis se han dado razones para elegir las justificaciones funcionales sobre las estructurales. Pero, además, se ha argumentado que apelar a la forma de la justicia correctiva es insuficiente para tal tarea, entre otras cosas, porque la RCE debe ser exitosa para alcanzar su propósito, no basta que tenga la forma de la justicia correctiva para que esté justificada.
[777] El término que utilizan *embodies* (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 113-114).
[778] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 56).

más relevantes— se relacionan con valores y compromisos aceptados tradicional y convencionalmente en las democracias modernas. Siguiendo a Goldberg & Zipursky, concederles a las víctimas la facultad de exigir de los victimarios una reparación por los injustos civiles propicia el valor de la igualdad, de la justicia y de la independencia o soberanía individual[779]. El recurso civil es algo que cualquier persona razonable desearía en un Estado moderno que le ha privado de la posibilidad de accionar por su propia cuenta sus derechos, pues carecer de la posibilidad de accionar dejaría a los sujetos en posiciones de vulnerabilidad. Esta relación permite interpretar que dicho principio es una buena descripción del área del derecho y hace referencia a aquello que le otorga valor, que justifica su implementación.

Así las cosas, en la RCE, el principio del recurso civil tiene «una legitimidad *prima facie»*[780]*,* porque es relevante en nuestras instituciones de derecho positivo y moralidad. Esto implica que una autoridad legislativa no puede emprender una reforma a esta área del derecho sin apreciar su concepto y valor. Por ejemplo, «prestando atención [sólo] a su capacidad para generar beneficios secundarios, como la disuasión y la compensación»[781]. Por tanto, cualquier intento de reforma «debe reconocer y acomodar el papel que desempeña la RCE en hacer que nuestro sistema legal sea justo y en avanzar en otros valores [al implementar dicho principio del recurso civil]»[782].

La legitimidad *prima facie* del principio del recurso civil implica que el Estado no debe restringir la posibilidad que tienen las víctimas de demandar ciertos daños que consideran injustos civiles, así las autoridades del Estado podrán evaluar caso a caso si estos daños tienen relevancia jurídica, si se les debe atribuir o no una consecuencia jurídica a la luz de la RCE. En palabras de los autores, esta tesis se denomina constructivismo dual y significa que «los injustos civiles reconocidos como ilícitos extracontractuales son "construcciones" (o "reconstrucciones") de injustos civiles

[779] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 138-142)
[780] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 138-142)
[781] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 271)
[782] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 271)

perjudiciales reconocidos explícita o implícitamente en la doctrina y en las normas sociales»[783].

Expuesta así, la teoría del principio del recurso civil tiene un carácter normativo funcional pluralista débil, y comienza a acercarse mucho las posiciones monistas débiles. Por un lado, Goldberg & Zipursky sostienen que las consideraciones relacionadas con el recurso civil aplican necesariamente al momento de diseñar un modelo de RCE, es decir, que son relevantes. Por otro, para ellos este tipo de consideraciones tienen una prioridad normativa frente a otras funciones por su valor moral y político que las hace aceptables por cualquier persona razonable, en otras palabras, tienen una fuerza especial. Dicha prioridad no significa que tal consideración no pueda quedar relegada en un segundo lugar en una clase de casos de RCE, pero sí que eliminarla del todo en una democracia liberal sería inaceptable porque dejaría injustificado el monopolio de la fuerza del Estado y las restricciones a las respuestas no civilizadas frente a estas clases de injustos[784]. A su vez, dicha prioridad tampoco significa que las autoridades no deban tener en cuenta ciertos efectos beneficiosos o negativos de la RCE, sino que al diseñarla o reformarla, la pregunta *prima facie* relevante que se tienen que hacer es si la RCE tiene la capacidad para satisfacer dicho principio.

La teoría de Goldberg & Zipursky no sólo les da un rol a las funciones de la RCE, también parece argumentar porque las consideraciones relacionadas con el principio del recurso civil tendrían una prioridad normativa justificada que evitaría los casos extremos como el del fondo de reparación instaurado por las autoridades a través de la interpretación o modificación significativa de las normas de RCE[785]. Empero, si se evalúa su argumento se observa que su justificación de la fuerza de este tipo de razones es problemática. De hecho, el argumento parece lograr mucho menos de lo que promete.

---

[783] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 233)
[784] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 130)
[785] Otros argumentos para descartar las teorías netamente estructurales o formales se encuentran en (Keating, Form and Function in Tort Theory 2022). En su texto, Keating interpreta que la teoría de Goldberg & Zipursky es formalista, antes que funcionalista, pues se enfoca en un aspecto relevante de la RCE para establecer y determinar el contenido adecuado de todas sus normas. Sin embargo, la interpretación que hago de la teoría normativa de estos autores, en términos de argumentos constitutivos, me aleja de la lectura de Keating y me permite seguir clasificándolos como funcionalistas. Especialmente, porque ellos consideran que el valor constituido por la RCE, el principio del recurso civil, puede entrar a competir con funciones como la disuasión o la compensación.

El argumento normativo de Goldberg & Zipursky de forma sucinta es el siguiente: en el Estado moderno los ciudadanos han sido privados de ciertos derechos morales que les permiten exigir sus propios derechos morales de forma previa a lo jurídico. A su vez, los ciudadanos tienen un derecho moral a un sustituto de esos derechos por parte del estado debido a consideraciones de igualdad, de justicia y de independencia o soberanía individual. Finalmente, el sustituto moralmente exigible es la RCE. Bajo estas condiciones, el estado tiene un deber *pro tanto* de establecer la RCE, esta sería su función principal[786].

Sin embargo, este argumento solo logra establecer que el Estado debe compensar esa pérdida de derechos, no necesariamente mediante la RCE. El argumento no es suficiente para justificar el deber del Estado de implementar los modelos de RCE que existen en los ordenamientos jurídicos modernos. Las autoridades podrían establecer múltiples fondos de compensación, incluso eliminar la RCE, y seguir protegiendo los valores liberales que se satisfacen con el principio del recurso civil. Según autores como Steel, si hay un deber moral de los ordenamientos jurídicos para proporcionar algún tipo de RCE, este deber proviene de otras razones más allá del argumento de Goldberg & Zipursky, el cual sólo parece justificar una intuición a su favor[787]. A su vez, de acuerdo con Enoch las consideraciones de igualdad, de justicia y de independencia o soberanía individual que ofrecen Goldberg & Zipursky sólo alcanzan a mostrar la relevancia del principio del recurso civil, pero no su fuerza, y menos esa fuerza *prima facie* que ellos argumentan.

Una segunda lectura de su argumento lo interpreta en términos constitutivos. Aquí se entiende que en el fondo estos autores implícitamente dan razones e intuiciones constitutivas para sostener la fuerza de principio del recurso civil[788]. Dado que este principio es uno de «los principios morales [convencionales] imbuidos en la RCE»[789], cuando una autoridad decide implementar un modelo de RCE, debe pensar en la

[786] Una reconstrucción similar en (Steel, On the Moral Necessity of Tort Law: The Fairness Argument 2021).
[787] Al respecto se puede observar (Steel, On the Moral Necessity of Tort Law: The Fairness Argument 2021).
[788] Esta es la lectura de (Enoch, There is Nothing Tort Law is About: Comment on Goldberg and Zipursky's Recognizing Wrongs 2023, 29-30).
[789] (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 80).

satisfacción de este principio antes que en el cumplimiento de cualquier otro objetivo, fin o propósito. Dicha consideración es necesaria, y difiere con otras que serán contingentes al diseñar un artefacto jurídico como este.

Empero aun aceptando en gracia de la discusión que el principio del recurso civil es una consideración constitutiva que aplica necesariamente a cualquier decisión y reflexión relacionada con la RCE, ello no implica que tenga una prioridad normativa sobre otras consideraciones contingentes. Según Enoch, las razones constitutivas son normativamente inertes, no son más pesadas que, más importantes que, o prioritarias frente a, razones no constitutivas[790].

Desarrollaré un poco más el argumento de Enoch en contra de la prioridad normativa de las consideraciones constitutivas, entendidas en estos términos alejados de la moral crítica. Enoch invita a pensar en una tostadora de pan. Un artefacto hecho con el propósito de tostar el pan, su estructura se lo facilita, tiene la disposición de conseguir ese resultado. Se puede argumentar que tostar el pan es una consideración constitutiva de dicho artefacto. Entonces, si alguien quiere comprar una, antes de tomar su decisión, tendrá que requerir un artefacto que tueste el pan, pero también podrá considerar otras razones variadas. Puede que esa persona quiera una tostadora que no sea tan costosa, que ocupe poco espacio, que se vea hermosa en su cocina al encajar con las demás decoraciones. Así, encontrar que una tostadora es la mejor en tostar el pan, no necesariamente tendrá una prioridad absoluta, ni siquiera relativa, sobre las demás consideraciones. Por ejemplo, podría ser el caso que esa persona prefiera su pan fresco en la mayoría de los casos y que en pocas ocasiones lo desee tostado, e incluso que en esas ocasiones lo prefiera poco tostado. También, podría ser que esa persona se tome muy enserio la estética de su cocina. En este caso, su decisión de comprar la tostadora que encaje mejor con su cocina, aunque no sea excelente o incluso deficiente al tostar el pan, será racional[791]. Su interés en tostar el pan no excluye la belleza o precio de la

[790] (Enoch, There is Nothing Tort Law is About: Comment on Goldberg and Zipursky's Recognizing Wrongs 2023, 30).
[791] (Enoch, There is Nothing Tort Law is About: Comment on Goldberg and Zipursky's Recognizing Wrongs 2023, 30).

tostadora, es racional pensar que para él sean más importantes algunas de estas razones antes que su capacidad para cumplir su función constitutiva.

De forma más general, el argumento de Enoch alega que en el momento en el que se decide utilizar en una práctica social un artefacto como el modelo de RCE todas las consideraciones relevantes —entre esas sus funciones distintivas, necesarias y contingentes— se deben tener en cuenta, constitutivas o no, excepto aquellos conjuntos de razones que se dejen de lado por razones excluyentes. Y, los argumentos constitutivos no parecen ofrecer este tipo de razones excluyentes.

En virtud de lo anterior, a pesar de los argumentos constitutivos, las autoridades podrían, por ejemplo, optar por establecer un deber estatal de reparar los daños causados por terceros de manera objetiva, incluso en ausencia de causalidad, siempre que ello contribuya a objetivos valiosos, por ejemplo, si hay razones para preferir compensar antes que hacer justicia correctiva o disuadir. Las razones constitutivas asociadas al principio del recurso civil carecerían de relevancia en este contexto o, incluso si la tuvieran, no poseerían la fuerza necesaria para oponerse a decisiones de este tipo.

Si las autoridades tienen permitido abandonar del todo la RCE, porque, como se mostró en la primera lectura del argumento de Goldberg y Zipursky, este no es suficiente para justificar el deber del Estado de implementar los modelos de RCE que existen en los ordenamientos jurídicos modernos. Por tanto, también podrían regular las relaciones intersubjetivas de respeto o daño mediante instituciones no distintas a la responsabilidad civil extracontractual, como seguros sin culpa, regulación estatal, derecho penal, o fondos de compensación financiados a través de impuestos[792].

Por lo expuesto, un argumento constitutivo como el que podrían defender Goldberg y Zipursky, que busca justificar la legitimidad *prima facie* del principio del recurso civil en un modelo de RCE, resulta insatisfactorio. Como se ha señalado, las consideraciones constitutivas, entendidas en estos términos, incluso si siempre son relevantes, no son más importantes, ni prioritarias en comparación con consideraciones no constitutivas[793].

[792] Así también argumenta Enoch (Enoch, There is Nothing Tort Law is About: Comment on Goldberg and Zipursky's Recognizing Wrongs 2023, 34-38)
[793] (Enoch, There is Nothing Tort Law is About: Comment on Goldberg and Zipursky's Recognizing Wrongs 2023, 30)

No logran cumplir con la promesa que presentan, por lo que no podrían resolver el problema del contenido normativo mínimo asociado a las tesis normativas funcionales pluralistas fuertes.

c. Las versiones débiles: los argumentos instrumentales

Un segundo tipo de argumento que podría dar un teórico que sostenga esta posición pluralista débil se puede denominar *instrumental.* Gardner, por mencionar un caso, acepta que «gracias a la norma de justicia correctiva de la RCE, las personas a menudo tienen obligaciones morales de reparación que son diferentes (y más determinadas) que las que tendrían sin la intervención del derecho de daños»[794]. Pero, consciente de las dificultades asociadas con los argumentos constitutivos, también sostiene que la RCE puede ser más o menos exitosa en esta constitución y que, además, se puede evaluar en virtud de otros efectos negativos o beneficiosos que produzca en la sociedad. En sus palabras: «cuando las personas hacen lo que están jurídicamente obligados a hacer y esto no les ayuda a hacer lo que están moralmente obligados a hacer, las normas a través de las cuales están legalmente obligados no ayudan a determinar —por tanto, a constituir— lo que están moralmente obligados a hacer»[795].

En capítulos anteriores de la tesis se han defendido esta clase de argumentos. Allí se ha sostenido que una interpretación racional de las normas y estructura de la RCE permite sostener que su propósito es establecer un marco normativo interpersonal justo. Esta conclusión se obtiene de una reconstrucción racional del discurso jurídico, es decir, de los conceptos, las normas y las relaciones entre sí que utilizan las autoridades, al crear o aplicar las normas de la RCE, y los ciudadanos, al guiarse por ellas. Pero lo anterior no implica que la RCE no se pueda evaluar según lo bien que alcance su propósito o que no se pueda contrastar con otros efectos relevantes que esta contribuye a producir.

Evaluar la RCE desde una perspectiva instrumental supone analizar de qué forma cumple sus funciones, independientemente de si estas responden a su propósito, o si por el contrario tiene disfunciones. Así, la RCE establece un marco de comportamiento interpersonal gracias a las normas estructurales que la componen, pero esto no se podrá

[794] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 45).
[795] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 47).

calificar como necesariamente razonable o justo. En primer lugar, se tienen que evaluar varias cuestiones para sostener justificadamente que la RCE permite hacer justicia correctiva. Entre otras, si los deberes de comportamiento interpersonales protegen los intereses y las opciones de los distintos miembros y clases de la sociedad, si los remedios ayudan a los victimarios a reparar a las víctimas, devolviéndoles algo cercano o semejante a lo que perdieron con el daño; si están dadas las condiciones y facultades necesarias para que las víctimas exijan respeto y expresen su valor personal. Todo ello contribuirá a determinar cómo se compatibilizan las libertades de los sujetos relevantes para que sean mutuamente independientes, es decir, que decidan sus propios fines y puedan utilizar sus medios a su disposición sin la intervención de terceros. De lo contrario, la RCE no definiría normas bilaterales que adecuadas para que los sujetos se desarrollen autónomamente, que establezca un marco de justicia interpersonal incorrecto desde el punto de vista de la justicia correctiva. Este punto relacionado con el cumplimiento apropiado de la función distintiva de la RCE se explicará con mayor detalle en el siguiente capítulo.

En segundo lugar, tal como se ha dicho en otros apartados, incluso sostener que la RCE permite realizar justicia correctiva no es suficiente para afirmar que está justificada. Porque la RCE puede cumplir su función distintiva afectando negativamente el equilibrio con el que desempeña sus demás funciones y estas, de acuerdo al contexto, tener un mayor impacto en la calidad de vida de la población. En este último caso, no se podrá considerar que el modelo local de RCE esté libre de errores. Un marco de justicia interpersonal puede ser distributivamente injusto, compensatoriamente insuficiente o disuadir de forma desproporcionada; en cualquiera de estos casos, las normas que generan dichos efectos deberían modificarse.

Así expuesto, el argumento instrumental no sólo permite dar relevancia a todas las consideraciones funcionales, sino que también otorga a las funciones distintivas una fuerza especial, una fuerza *prima facie* que evita el problema del contenido normativo mínimo. Esta última afirmación se desarrollará en el siguiente apartado[796].

[796] Enoch crítica las posiciones que el denomina exageradas -aquí monistas- y se presenta empático de las igualitarias -aquí pluralistas-, sin dejar de reconocer un espacio lógico entre ambas (Enoch, There is Nothing Tort Law is About: Comment on Goldberg and Zipursky's Recognizing Wrongs 2023, 28). Dicho

III. La prioridad *prima facie* de establecer un marco normativo interpersonal justo y el cumplimiento equilibrado de las demás funciones.

La función distintiva de la RCE es alcanzar el cumplimiento de su propósito: establecer un marco normativo interpersonal justo y, como subproducto de ello, permitir que las víctimas expresen su propia valía y su rechazo al comportamiento del victimario. Esta función es distintiva porque ningún otro ámbito del derecho logra cumplirla con igual éxito. La RCE, allí donde es implementada, es un artefacto jurídico especialmente útil para cumplir dicha función.

Se puede decir que el valor de la función distintiva se encuentra en que, al lograrla, la RCE contribuye a que los sujetos hagan algo por aquellas razones categóricas e imperativas que tenían para comportarse respetuosamente con sus pares y que dejaron atrás al incumplirlas. Así, en aquellos casos en los que las normas de RCE pueden guiar apropiadamente a los sujetos en sus relaciones intersubjetivas, las autoridades jurídicas tienen razones para implementar un modelo de RCE.

Ahora, aunque Enoch sostiene convincentemente que los argumentos constitutivos son normativamente inertes —es decir, que no poseen una fuerza normativa por ser funciones distintivas de un artefacto—esto no implica que carezcan de relevancia. En otras palabras, las funciones distintivas, como la justicia correctiva en la RCE, tienen que tenerse en cuenta para regular la futura aplicación de ese artefacto, pero no tienen prioridad normativa por el simple hecho de que permitan su identificación.

Explicare la anterior idea un poco más detalladamente. El carácter constitutivo de la RCE respecto de la justicia correctiva no garantiza que siempre deba ser prioritaria —tener más fuerza o peso que cualquier otra función— al diseñar o reformar un modelo con miras a su aplicación. En otras palabras, a pesar de que las autoridades y ciudadanos persiguen hacer justicia interpersonal y correctiva cuando utilizan la RCE, eso no quiere decir que dicha justicia primara por encima de efectos distributivos, compensatorios, disuasorios, entre otros, al diseñarla o utilizarla. Dependiendo del contexto, funciones como la compensación, la disuasión, la distribución o cualquier otra que se le pueda

espacio es el que estoy utilizando para proponer la prioridad *prima facie* de las funciones distintivas por razones instrumentales

atribuir correctamente a la RCE pueden superar su importancia. Por ello, las autoridades deben evaluar todas las funciones relevantes en igualdad de condiciones, sin asumir una prioridad automática para aquellas constitutivas. A diferencia de los argumentos constitutivos, los argumentos instrumentales les dan a las funciones distintivas una prioridad en función de su contribución a objetivos específicos relevantes en un contexto de decisión.

Piénsese que hay razones para que el Estado tenga como propósito establecer un marco normativo justo al regular las relaciones intersubjetivas en las que se pueden causar daños por la agencia humana. Un Estado liberal mínimamente justo debe hacer algo con los daños que sufren las personas y provienen de la agencia humana. En todos estos casos, las razones vinculadas con la justicia interpersonal o correctiva son relevantes porque este valor tiene una respuesta, así sea inacabada o abstracta, sobre la forma en la que se deberían regular. Por supuesto, este es un conjunto muy amplio y diverso de situaciones, que incluye casos de daños causados con culpa, en el marco de actividades riesgosas, de responsabilidad por el hecho de terceros, e incluso con dolo, entre otros.

En algunos de estos casos, que la autoridad establezca términos respetuosos de comportamiento, formas de reparación apropiadas y facultades para que las víctimas los exijan según su voluntad no sólo parece prioritario, sino también imperativo. Por ejemplo, frente a daños intencionales que afectan la integridad física o el honor de alguien, como en las agresiones físicas y sexuales. En estos supuestos, la justicia correctiva no sólo tendrá una prioridad *prima facie*, sino que tendrá un peso considerablemente mayor que la disuasión o la compensación, u otras funciones, ya que lo que está en juego es el reconocimiento individual de la víctima frente a su victimario.

En cambio, en muchas otras situaciones, el cumplimiento de otras funciones puede tener mayor peso. Por ejemplo, si se trata de una relación intersubjetiva entre una persona poderosa y una persona débil, en la que la primera ha causado un daño mínimo con un comportamiento apenas negligente, las consideraciones distributivas parecen tener prioridad. Sin perjuicio de lo anterior, se puede notar que, en estos últimos, hay una relación conflictiva entre dos sujetos y que, por lo tanto, las consideraciones relativas a los términos normativos justos de esas relaciones se aplican de forma relevante a la

RCE, y a los modelos locales que la implementen. La autoridad que deba regular este tipo de situaciones o resolver el conflicto entre ambas partes, tiene qué preguntarse cuáles eran los términos justos de relación y cómo se podrían acercar las partes a su cumplimiento ahora que ha pasado el tiempo para que se ajusten a las normas de comportamiento. En este sentido, aunque la función distintiva no es normativamente más fuerte, su cumplimiento establece un marco de referencia inicial. Este marco permite que las víctimas exijan el reconocimiento de sus derechos vulnerados y expresen su valor como agentes morales.

En otras palabras, dada la relevancia de la justicia interpersonal y correctiva para regular las relaciones intersubjetivas y en virtud de que los modelos de RCE resultan particularmente útiles para instanciar este valor y, por tanto, resolver los conflictos que surgen en este marco, las autoridades tendrían razones de considerable fuerza para aplicarlos cada vez que persigan resolver un conflicto de esta naturaleza. Si ello es así, no parecería razonable que las autoridades abandonen el uso de la RCE sólo por sus preferencias o deseos. A diferencia de una tostadora, la RCE no es un artefacto dependiente de los propósitos e intenciones de un sujeto concreto, sino un artefacto jurídico y una práctica que organiza relaciones humanas fundamentales, que cuenta con un valor moral que debe ser considerado al momento de su implementación, siempre que sea relevante. Todo ello, independiente de las actitudes de las autoridades que están tomando las decisiones normativas relativas a su diseño o aplicación.

Este enfoque permite que el diseño de la RCE comience con la pregunta fundamental de si es necesario un marco normativo que satisfaga los valores de igualdad, autonomía y libertad. Este punto de partida normativo luego se puede ajustar según el contexto específico. Después de una reflexión inicial sobre el tema, las autoridades podrían concluir que, en un caso concreto, estas razones no solo tienen una fuerza menor que otras, sino que tampoco son relevantes. En este último supuesto, probablemente el modelo de RCE no sería el instrumento más adecuado para regular dicha relación.

Así las cosas, el principio que se defiende sostiene que, en la RCE, todas las funciones son relevantes y deben cumplirse de manera equilibrada. Sin embargo, la función distintiva de establecer un marco normativo interpersonal justo tiene una fuerza particular

que le otorga una prioridad *prima facie*, debido a su éxito al regular estas relaciones intersubjetivas y a su relevancia en esta tarea. Este modelo pluralista reconoce la importancia de todas las funciones de la RCE, pero preserva el carácter distintivo de la justicia correctiva como una guía inicial en la deliberación normativa de las autoridades legislativas o excepcionalmente las judiciales cuando deben modificar o implementar un modelo de RCE.

En virtud de lo expuesto, cuando una autoridad decide implementar un modelo de RCE para solucionar una clase de casos, la decisión inicia por preguntarse si en estas ocasiones se requiere establecer un marco normativo interpersonal y cuál sería el contenido apropiado de las normas para ese caso. Es decir, cuáles serían los deberes de comportamiento y reparación que los particulares se deberían adeudar. En el siguiente ejemplo se puede observar cómo se implementan estas ideas.

Imagínese la regulación de la relación productor-consumidor en la compraventa de electrodomésticos. En estos casos, la autoridad normativa —el legislador— podría valorar que los daños derivados de bienes defectuosos son, en principio, mínimos. Con base en ello, podría establecer un régimen de negligencia para regular estas situaciones, exigiendo a fabricantes y vendedores que adopten ciertas medidas de precaución en la producción y comercialización de dichos bienes. Además, en caso de incumplimiento de este deber inicial, la autoridad podría imponer deberes de reparación que se limiten a los perjuicios materiales sufridos por el comprador. Finalmente, también podría asignar facultades específicas a la víctima, respaldándolas con acciones civiles sujetas a un plazo corto de caducidad.

Una vez la autoridad haya tomado todas las anteriores decisiones basadas en el tipo de actividad desempeñada por el productor, el riesgo mínimo que representa para el consumidor, y la clase de daños que suelen ocurrir en la relación de consumo, debería tomar en consideración el efecto que este diseño institucional tendrá sobre las demás funciones de la RCE, en esta clase de casos. Estos efectos serán razones para continuar con esta estructura o para modificarla.

Pero en un contexto particular en el que se apliquen estas normas la cuestión puede variar. Quizá en ese contexto la mayoría de los productores de refrigeradores para el

hogar tengan muchos recursos y sean capaces de afrontar el costo del daño más fácilmente. Tal vez entre los consumidores de estos bienes algunos estén en condiciones de pobreza y sean incapaces de probar en un proceso judicial la culpa del productor. Así, a pesar de que esta regulación en principio satisface la justicia correctiva, porque crea un marco normativo plausible que toma en cuenta el tipo de daño que los defectos del bien ocasionan en el comprador, la justicia distributiva aconseja en contra de esa misma regulación. Una opción más equilibrada podría ser la de establecer un régimen objetivo de responsabilidad, que obligue a la empresa a evitar cualquier defecto y a reparar aquellos que ocurran devolviendo el costo del bien o una parte de este. Es más, si las condiciones del contexto hacen que los consumidores sean incapaces de presentar demandas en contra del productor, podría implementarse una oficina de defensa del consumidor que presente dichas demandas. Por tanto, la autoridad podría evidenciar que la función distributiva de la RCE se ve afectada por esta regulación, porque el efecto distributivo de la RCE sea negativo.

En suma, aunque la función distintiva de la RCE no es normativamente más fuerte o pesada, la relevancia de la justicia correctiva para regular las relaciones interpersonales en las que se puede causar un daño permite que las autoridades la tomen como punto de partida, es decir, que inicialmente busquen establecer un marco normativo interpersonal justo, aunque después puedan evaluar el peso de esta función frente a otras que también sean relevantes según el contexto. Estas consideraciones tienen una prioridad *prima facie,* pero las autoridades deben ajustar las normas del modelo según sus funciones y disfunciones en el contexto en el que se aplicarán.

IV. Los errores funcionales de la RCE

La RCE posee una estructura que constituye o clarifica las ocasiones en las que se debe hacer justicia correctiva. Esta estructura le permite cumplir con funciones distintivas, como constituir un marco de justicia interpersonal, y con funciones necesarias y contingentes. Todas sus funciones son valiosas para la sociedad en la que exista la práctica jurídica de atribuir responsabilidad civil con este tipo de artefactos, hacen que el modelo de RCE sea virtualmente seleccionable y que se mantenga en el tiempo.

Las funciones de la RCE son valiosas, entre otras razones, porque le permiten a la comunidad y a sus individuos satisfacer ciertos valores[797]. Así, gracias a la RCE, la sociedad además de satisfacer la justicia correctiva puede contribuir a satisfacer la justicia distributiva, la autonomía, la honestidad, el principio de humanidad, la protección de la confianza, etc.

Las autoridades que persiguen que la RCE cumpla sus funciones de forma equilibrada, dándole prioridad al establecimiento de un marco normativo interpersonal, tienen a su disposición distintos medios para tal objetivo. En primer lugar, tienen las normas primarias, secundarias y terciarias que se consideran parte de la RCE. En segundo, cuentan con otras autoridades, quienes emplean dichas normas para guiar su propio comportamiento y para juzgar los casos de incumplimiento. Finalmente, las autoridades podrán considerar que cuentan con los sujetos sometidos a la RCE. Estos sujetos tienen un rol que desempeñar en el cumplimiento de las funciones de la RCE porque los efectos que se esperan conseguir dependen, en gran medida, de su actuación, de que los sujetos usen tales normas para guiar su comportamiento y para juzgar el de los demás, o de que se vean motivados prudencialmente por las posibles consecuencias que vienen con su incumplimiento. Todos estos medios pueden ser más o menos racionales para cumplir tales finalidades, tales funciones. Aquí me concentro en las normas y en sus efectos, estos son medios que pueden ser racionales o no para dicho objetivo. Dichas normas se pueden evaluar porque esos efectos serán previsibles, o bien se evidenciarán luego de la aplicación generalizada de las normas.

Ahora, si se reduce el análisis a las normas de RCE, su éxito o fracaso depende de las características de su contenido[798]. Las normas de RCE pueden tener diversos ámbitos

[797] Por ejemplo, porque contribuye con el funcionamiento adecuado de un determinado sistema según la teoría que se tenga respecto a este.

[798] Incluso aquí, el análisis puede ser más amplio. Recuérdese que la evaluación propuesta está limitada a las funciones que el teórico atribuye al modelo de RCE. Si se consideran otro tipo de factores, la conclusión de que una norma es errada podría modificarse. Por ejemplo, podrían incorporarse consideraciones relacionadas con su eficacia, con las obligaciones que las partes se adeudan en la vida privada, con el Estado de derecho, con valores epistémicos, entre otros. Asimismo, la conclusión podría variar si se tiene en cuenta la adjudicación judicial y la manera en que esta modifica los efectos esperados de cierta estructura normativa en un contexto específico. También podría cambiar al considerar el grado de cumplimiento de las normas por parte de grupos de ciudadanos, mediante herramientas de evaluación empírica.

de validez, ya sea territorial, temporal, personal y material; pueden establecer condiciones de aplicación categóricas o hipotéticas; pueden contar con un contenido más abierto o cerrado. En particular, las normas primarias y secundarias pueden constituir regímenes objetivos o subjetivos de responsabilidad, asignar deberes de medio o de resultado, y contar o no con un mecanismo de coacción que se implementa a través de las normas terciarias que facultan a las víctimas para iniciar su aplicación. Según el balance de razones relacionados con las funciones, utilizar cualquiera de estas características en el contenido de una norma puede ser contraproducente, porque afecta el cumplimiento equilibrado de sus funciones. De manera que el fracaso instrumental de una norma de RCE se debe a una regulación *pro tanto* errónea de su contenido.

En este marco, en la sección tercera se indicó que autores como Gardner distinguen las normas directamente contraproducentes de las indirectamente contraproducentes al perseguir un objetivo o fin moral válido. Esto permite distinguir entre el propósito razonable de un artefacto jurídico y su justificación al utilizarlo en una práctica jurídica. Las normas directamente contraproducentes «no cumplen su propio propósito moral, aunque (y tal vez precisamente porque) la gente se conforme con ellas»[799]. El ejemplo que propone es el de las normas de tráfico que regulan equivocadamente la conducta de conductores y peatones. Estas normas pueden contribuir a cumplir el propósito moral de evitar dañar en el marco de la actividad de conducción, pero al estar mal diseñadas, empeoran su cumplimiento. Las segundas son normas jurídicas que serían «un instrumento apropiado de sus propios propósitos morales, sólo si fueran cumplidas por las personas. Pero fracasan como instrumento de su propio propósito moral porque establecen incentivos perversos que tienden a animar a la gente a violarla»[800]. El caso que presenta como ejemplo es el de las normas penales que definen qué cuenta como narcotráfico, contribuyendo a propósitos morales como la sanidad pública, pero que lo hacen de forma poco eficaz, y terminan motivando la conducta que prohíben.

[799] (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 47)

[800] Aquí, Gardner está contemplando solo el caso de las normas que motivan a su propio incumplimiento. En mi versión, los errores pragmático-teleológicos incluyen una mayor cantidad de casos. Son aquellas normas que afectan negativamente la función disuasoria de la RCE.

Gracias al ejemplo expuesto —en el que se regula la relación productor-consumidor en la compraventa de un electrodoméstico mediante un modelo de responsabilidad civil extracontractual (RCE)—, puede advertirse que, una vez definido un marco de justicia interpersonal basado en consideraciones de justicia correctiva, la autoridad regulatoria debe ponderar cómo podrían verse comprometidas otras funciones de la RCE. De este modo, el equilibrio que las autoridades deben procurar entre el cumplimiento integral de las funciones de la RCE y la prioridad prima facie de su función distintiva da lugar, al menos, a tres categorías de casos.

En el primer tipo de casos, las consideraciones sobre la implementación de un marco específico de justicia interpersonal prevalecerán sobre las objeciones de otras funciones. Aquí, la prioridad es clara: se deben descartar las objeciones y centrarse en diseñar un marco de justicia interpersonal mediante reglas obligatorias que reflejen este principio. En el segundo tipo de casos, las consideraciones de justicia interpersonal tienen igual peso que las objeciones provenientes de otras funciones. En estos casos, se puede optar por mantener las normas existentes o ajustarlas para equilibrar ambas perspectivas. En el tercer tipo de casos, las consideraciones de justicia interpersonal pesan menos que las objeciones de otras funciones. Aquí, se sugiere que se modifique la regulación o incluso que se abandone el uso de la justicia interpersonal en estos casos específicos.

Por tanto, al crear las normas de la RCE, las autoridades que no atiendan a este balance de razones cometerán errores. Estos errores hacen referencia a normas que no están justificadas instrumentalmente y que, por tanto, deberían expedirse con otro contenido o directamente no expedirse.

Los errores funcionales de los que se hablará más detalladamente en el siguiente capítulo, siguiendo a Gardner, se refieren a normas que pueden ser directa o indirectamente contraproducentes. Estos errores podrían denominarse “errores morales” si en el balance de razones que determina el propósito moral de la norma ingresaran todas las consideraciones posibles y cognoscibles. Pero dada la restricción del análisis a las funciones que cumple la RCE, denominarlas “errores funcionales” parece una denominación más precisa. Las normas que cuentan como errores funcionales en vez de perseguir un cumplimiento equilibrado de las funciones de la RCE, causan un

desequilibrio entre estas y, por tanto, son directamente contraproducentes, debido a su contenido. En otras palabras, en las circunstancias que aplican el comportamiento que prohíben, obligan o facultan no está justificado. En el ejemplo del apartado anterior, la norma que impone un deber de diligencia en el marco de una relación de consumo es un error funcional porque tiene un efecto negativo en la función distributiva de la RCE, se aleja de una distribución apropiada de las cargas y los beneficios entre distintos grupos poblacionales.

A su vez, en los errores funcionales, se pueden encontrar normas que son indirectamente contraproducentes. Dichas normas tienen defectos en su racionalidad pragmática-teleológica[801] y tienen relación con la función disuasiva de la RCE. Las normas que cuentan como estos errores no ofrecen los incentivos adecuados para motivar a los ciudadanos racionales para que cumplan con la conducta que ordena la norma, o producen en menor medida los estados de cosas que son esperados o esperables por las autoridades al crearlas. En otras palabras, son normas que afectan la función disuasiva de la RCE injustificadamente, en procura, por ejemplo, de un marco de justicia interpersonal o una determinada distribución de recursos.

Un último punto para resaltar antes de finalizar la sección es que cuando se crean las reglas de RCE, el contexto tendrá un efecto importante en las funciones relevantes y la fuerza que se les atribuye. En un contexto profundamente desigual le podemos dar mucha más relevancia a la función distributiva que a la función de establecer un marco normativo interpersonal justo. Pero incluso en estos contextos es difícil sostener que hay una sola forma de legislar sobre una tipología de casos racionalmente aceptable. Tal vez no se hayan evaluado todas las razones relevantes, ni siquiera las funcionales; no se les hayan atribuido la fuerza apropiada. Puede que el balance de razones permita dos o más respuestas correctas, aun cuando haya respuestas intuitivamente incorrectas. Algo que ya se ha contemplado al sostener que los errores que se persigue resaltar son *pro tanto*.

[801] Respecto los distintos tipos de racionalidades legislativas se puede consultar (Atienza, Contribución a una teoría de la legislación 1997).

Conclusiones

La conclusión principal del capítulo establece que la responsabilidad civil extracontractual (RCE) tiene como prioridad *prima facie* crear un marco normativo interpersonal justo. Esto, sin embargo, no excluye que las autoridades, al diseñar o modificar sus normas, deban garantizar que la RCE cumpla equilibradamente sus diversas funciones. Este principio es particularmente relevante en el contexto de la creación de normas de RCE.

El análisis se fundamenta en la categoría de razones normativas vinculadas a las funciones de la RCE. Tras examinar diversas teorías normativas, se identificaron dos enfoques principales: el monista y el pluralista. El monismo, que sostiene que la RCE debe perseguir exclusivamente una función relevante o priorizar una sobre las demás, se descartó debido a su incapacidad para justificar de manera convincente un enfoque tan restrictivo. En contraste, el pluralismo, que valora todas las funciones como relevantes, resulta más persuasivo, especialmente en contextos legislativos.

Dentro del pluralismo, se optó por una versión débil que reconoce una prioridad normativa *prima facie* de la función distintiva de la RCE: establecer un marco de justicia interpersonal y su valor expresivo. Esta posición considera que las normas de la RCE deben evaluarse con base en todas las funciones relevantes, pero concede una prioridad *prima facie* al cumplimiento de la función de hacer justicia correctiva. A pesar de ello, el balance de razones puede variar según el contexto, permitiendo que otras funciones prevalezcan en ciertos casos.

Se distinguieron dos tipos de argumentos en apoyo a esta versión débil del pluralismo: los constitutivos y los instrumentales. Los argumentos constitutivos, que interpretan la RCE en términos de principios o valores subyacentes como el recurso civil o la justicia correctiva, se consideraron normativamente inertes, ya que no justifican que tales principios tengan mayor peso que otras consideraciones. Por otro lado, los argumentos instrumentales, que evalúan la RCE según su capacidad para concretar normas morales y otros efectos en la sociedad, demostraron ser más efectivos. Estos permiten evaluar las normas no solo en términos de su cumplimiento con la justicia correctiva, sino también en función de su impacto en otras funciones.

Este enfoque pluralista e instrumental no solo integra las virtudes del pluralismo funcional, sino que también establece un criterio claro para identificar errores normativos en los modelos de RCE. Al otorgar una prioridad *prima facie* a la función distintiva, facilita la evaluación de las normas de RCE y su ajuste a las exigencias de justicia correctiva, así como su interacción con otras funciones relevantes.

En conclusión, se propone que las autoridades definan un marco de justicia interpersonal considerando las exigencias de justicia correctiva pertinentes al tipo de casos que regulan. Posteriormente, deben sopesar cómo otras funciones de la RCE se verán afectadas por esta regulación. El peso atribuido a las consideraciones de justicia correctiva puede ser mayor, igual o menor al de otras razones funcionales, dependiendo del contexto. El incumplimiento de este balance de razones podría llevar a la promulgación de normas erróneas, lo cual será analizado con mayor detalle en el capítulo siguiente, junto con una propuesta general para corregir tales errores.

Capítulo 10: Errores en el cumplimiento de las funciones de la responsabilidad civil extracontractual

Introducción

Este capítulo examina los errores funcionales que pueden surgir en el diseño e implementación de los modelos de RCE. Dichos errores se producen cuando las normas promulgadas por las autoridades no cumplen equilibradamente las funciones esperadas de la RCE, carecen de la disposición para hacerlo. Identificar y clasificar estos errores es fundamental para mejorar las prácticas normativas y diseñar políticas públicas que respondan de manera adecuada tanto a las necesidades sociales como a los valores propios de una sociedad concreta.

Los errores funcionales son el resultado de una evaluación específica del modelo de RCE. Hasta ahora, se argumentó que dichas evaluaciones deben basarse en una teoría de la justificación funcional, la cual no sólo respeta el aspecto jurídico de estos modelos, sino que también es comprensible y defendible en la esfera pública ante ciudadanos razonables. Este marco teórico proporciona un argumento justificativo instrumental, articulado desde una posición pluralista débil. Según ella, un modelo de RCE justificado debe equilibrar sus funciones, priorizando su capacidad para establecer un marco normativo interpersonal justo. Sin embargo, errores en la regulación de las normas del modelo de RCE pueden derrotar este objetivo, especialmente cuando comprometen funciones clave como la compensación, la disuasión o la distribución de derechos, entre otras.

El capítulo aborda estas cuestiones mediante una tipología de errores funcionales, cuyo objetivo es ofrecer herramientas críticas para su identificación, análisis y eventual corrección. Aunque las normas de la RCE están diseñadas para hacer justicia interpersonal o correctiva, también pueden tener la disposición de generar efectos que dificulten el cumplimiento de sus otras funciones. En estos casos, el proceso de creación de normas jurídicas puede resultar en normas que no debieron haberse producido, independientemente de que haya o no algo reprochable en los métodos o procedimientos

empleados por las autoridades[802]. Dichos errores, no implican que las normas sean inválidas o deban ser ignoradas por los jueces. Por el contrario, son normas vigentes que, al ser seguidas o aplicadas, producen efectos disfuncionales.

En virtud de lo anterior, este capítulo no pretende ingresar en disputas iusfilosóficas sobre la naturaleza del derecho o el rol de la moral en la adjudicación. Se asume que el hecho de que una norma válida sea un error funcional no la excluye del sistema jurídico, pero sí expresa una razón poderosa para su modificación, basada en la relevancia práctica del propio derecho. A su vez, al centrarse en la creación de normas de RCE (por legisladores o, excepcionalmente, jueces en situaciones como las lagunas o las antinomias), no en su aplicación judicial, no se presupone una postura sobre si los jueces, al adjudicar, deben someterse exclusivamente a normas jurídicas válidas o si pueden integrar razones morales en el razonamiento que precede a la sentencia. La crítica a los errores funcionales es independiente de este debate: incluso desde una perspectiva positivista, centrada en el rol del legislador, este puede reconocer que ciertas normas, aunque válidas, requieren reforma para evitar efectos indeseables[803].

Se hace importante destacar que la conclusión de que una norma es funcionalmente errónea no implica necesariamente que lo sea en un sentido conclusivo, aunque podría serlo; más precisamente, lo es a la luz de las razones analizadas dentro del marco funcional correspondiente. En este sentido, los errores funcionales son contingentes a un marco de evaluación específico (el equilibrio entre funciones de la RCE) y a las razones consideradas. No implican que la norma sea injusta o inválida según sus méritos, sino que, en comparación con alternativas regulatorias, genera más disfunciones que beneficios. Su corrección depende de un balance contextual que puede

[802] En el contexto de la justificación factual de sentencias y su papel en el sistema de justicia, Dei Vecchi (2023), quien parece interesarse por tales procedimientos diferencia entre 'fallas' y 'yerros' para capturar la distinción entre errores no atribuibles a acciones o actividades reprochables y aquellos que sí lo son (Dei Vecchi 2023, 30, nota 15 y 16).

[803] La noción de “error” aquí usada no implica necesariamente una incoherencia con principios morales como en la teoría del derecho como como práctica interpretativa sostenida por Dworkin, sino en una irracionalidad relativa a las funciones del modelo de RCE. En este sentido, comparte con el positivismo la idea de que el derecho existe en una parte importante como hecho social, pero reconoce que sus normas pueden ser objeto de crítica y reforma basada en razones prácticas. Sobre la relación entre la metodología adoptada en esta parte de la tesis y las teorías interpretativas, se puede revisar el capítulo 8, III, C.

incluir razones jurídicas, empíricas o pragmáticas, sin requerir una fundamentación moral trascendente.

Por ejemplo, otras razones, como los deberes interpersonales que las partes tienen en su vida privada[804], argumentos deontológicos vinculados a derechos fundamentales o el impacto de la RCE en el ideal del Estado de derecho[805], podrían llevar a una conclusión distinta. No obstante, estas posibles tensiones no socavan el valor teórico y normativo del principio considerado, aun cuando su aplicación tenga límites.

El capítulo se organiza en cuatro secciones principales. La primera explora qué implica un cumplimiento adecuado de la función distintiva de establecer un marco normativo interpersonal justo. Las secciones siguientes contrastan esta función con otras necesarias y contingentes, identificando casos de error que las autoridades deberían evitar para garantizar una mayor justificación de la práctica de utilizar los modelos de RCE para atribuir responsabilidad civil. En la segunda sección, se analizan posibles errores vinculados a la función expresiva. La tercera sección aborda errores relacionados con funciones necesarias, la compensación, la disuasión y la función distributiva. Por último, la cuarta sección examina errores asociados a funciones contingentes. En cada apartado se presentan ejemplos concretos y propuestas de solución. Esta discusión tiene como fin contribuir al desarrollo de un marco normativo más coherente y justificado, que permita regular relaciones interpersonales de manera más justa y eficaz.

I. El cumplimiento de la función distintiva: establecer un marco normativo interpersonal justo

Un modelo de RCE justificado no solo alcanza su propósito, sino que cumple de manera equilibrada todas sus funciones dentro del contexto en el que se implementa y aplica. Se ha interpretado que el propósito de la RCE es hacer justicia correctiva, y, bajo condiciones apropiadas, lo logra al establecer un marco normativo interpersonal justo, uno que trate a las partes con igual consideración y respeto. Para cumplir su función

[804]Respecto la relación entre derecho privado y vida personal se puede consultar (Gardner, From personal life to private law 2018, Cap. 1. 41-46).

[805] Sobre la relación entre los deberes primarios y secundarios en la RCE, el Estado de derecho y el principio del *deber implica poder* puede revisarse (Wilmot-Smith, Legality, Ought and Can 2023, a) y (Wilmot-Smith, Law, 'Ought', and 'Can' July 2023, b).

distintiva apropiadamente, entre otras condiciones posibles, es necesario que las normas que conforman el modelo de RCE sean justas, conocidas, seguidas y aplicadas de manera frecuente tanto por las autoridades como por los ciudadanos.

Por tanto, si las autoridades jurídicas desean seguir el principio mencionado al implementar o modificar su régimen de RCE, primero deben establecer un marco normativo interpersonal que sea justo. Existen múltiples maneras de crear un marco normativo de este tipo, ya que no hay una única forma de regular una clase de relaciones interpersonales. En consecuencia, una regulación justa de una clase de relaciones interpersonales consiste en aquella que proporcione un trato razonablemente igualitario a ambos sujetos de la relación.

En principio, la regulación de una relación interpersonal, dañosa o no, será razonable si el contenido de las normas de RCE, sean primarias o secundarias, atiende a las razones relativas a la justicia interpersonal que en esta situación concreta tienen las partes para comportarse y, dado el caso, reparar. Si el modelo de RCE guía a esos ciudadanos para que en su interacción se relacionen como individuos libres e iguales, respetando sus derechos, su autonomía y libertades, mejor de lo que ellos mismos podrían establecer, entonces, se podrá decir que ha cumplido su función distintiva.

Sin embargo, conocer las razones relativas a la justicia interpersonal no es una tarea sencilla. Algunos teóricos defienden que solo es posible regular de forma abstracta y formal una relación interpersonal, ordenando, por ejemplo, que las acciones de los sujetos sean coherentes con los derechos de los demás. Norma que se ha traducido, por estos teóricos, en un tipo de responsabilidad civil fundamentada en la negligencia. Bajo este régimen de responsabilidad, las partes no deben dañarse con comportamientos culpables y deben reparar los daños causados incumpliendo este deber[806]. Para ellos, solo este tipo de responsabilidad permite una correlatividad entre el derecho de la víctima y el deber del victimario[807]. Porque, en estos casos, el injusto relacional se traduce en la inconsistencia del acto del demandado con el derecho protegido del demandante[808].

[806] Weinrib considera que en la responsabilidad civil por culpa se puede elucidar la «inmanencia de la justicia correctiva» (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 175)
[807] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 172-173)
[808] (Ripstein, Private Wrongs 2016, 87-88).

Ahora, el significado específico de una norma tan abstracta dependerá del caso concreto, porque sólo se podrá juzgar, de forma correcta y precisa, la conducta que es diligente cuando se cuenta con suficiente información. Por esto, desde esta perspectiva, son las partes de una relación interpersonal quienes en primer lugar deben definir el significado de su derecho a no ser negativamente afectadas de una forma incompatible con su libertad e igualdad, ya que son ellas quienes mejor conocen sus propias circunstancias.

No obstante, incluso las partes involucradas en la relación interpersonal pueden enfrentar dificultades para considerar todas las razones aplicables o asignarles una fuerza adecuada. Dejando de lado las dificultades epistémicas relacionadas con lo que realmente ocurrió o con el comportamiento que verdaderamente realizó la contraparte, ambas deben abstraerse de ciertas condiciones personales para garantizar que se darán un trato igualitario. Desde esta perspectiva, la justicia de la interacción es independiente de la valía moral o social de los sujetos, ya que dicha valía resulta irrelevante para valorar la acción realizada por una parte y padecida por la otra[809]. Esto implica excluir, en la definición de sus derechos en el caso concreto, ciertos rasgos de su agencia, como su condición socioeconómica, riqueza, necesidades, capacidades, talentos, motivaciones, creencias y deseos[810]. Sin embargo, surge la pregunta de qué rasgos de su agencia o condiciones del contexto deberían seguir siendo considerados para evaluar adecuadamente si una interacción fue justa o no. A su vez, también es necesario determinar qué aspectos de la acción deben ser evaluados y cuáles no, considerando que su interpretación nunca ocurre en el vacío.

En un segundo lugar, en caso de desacuerdo entre las partes sobre cómo se traduce su derecho de orden superior en un derecho específico en el caso concreto —como el derecho a no ser tratado de una determinada manera o a ser reparado por dicho trato—[811], los tribunales intervendrán para ofrecer una interpretación oficial, externa, imparcial y desinteresada de su relación, respetando los términos de su igualdad jurídica[812]. Si se evalúa adecuadamente la situación de los individuos involucrados en una interacción

[809] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 110)
[810] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 109-113)
[811] Esta forma de presentar el derecho de orden superior que fundamenta los demás derechos en el derecho privado, en (Michelon, Primary Duty = Secondary Duty? 2022)
[812] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 136)

aparentemente injusta, examinando sus actos externamente reconocibles y otorgando un significado social al perjuicio ocasionado en términos igualitarios[813], será posible determinar con precisión qué se debían las partes antes del daño y qué se deben después de este.

Este es el enfoque que parecen fundamentar posiciones normativas kantianas, como las desarrolladas en la teoría de Weinrib y Ripstein, al vincular los principios de justicia con una valoración objetiva e igualitaria de las relaciones interpersonales[814].

Empero, sólo realizar tales abstracciones para definir aquello que las partes se deben como sujetos iguales en el caso concreto, no parece una forma apropiada de cumplir la función distintiva de la RCE. Las personas se enfrentan a situaciones y condiciones personales que comprometen su capacidad para autodeterminarse y sus condiciones de igualdad sustantiva, valores esenciales para establecer relaciones interpersonales realmente justas.

Piénsese en situaciones como la pobreza o condiciones personales como la discapacidad. Ambas situaciones impiden que una relación interpersonal se dé en términos igualitarios abstractos como los propuestos por el anterior enfoque. La pobreza, por centrarse en un caso, no es únicamente una cuestión de carencia material, sino que también implica la exclusión social de la persona que la padece. Quien es pobre tiene enormes dificultades para participar de forma digna e igualitaria en interacciones económicas y sociales cotidianas. Una persona pobre, que no ha tenido oportunidades para formarse en aspectos relacionados con economía o finanzas, no se encuentra en las condiciones apropiadas para negociar un contrato financiero complejo como el de hipoteca, uno que eventualmente pueda cumplir y que satisfaga sus necesidades, tanto como las de su contraparte. Ello, sumado a la importancia social de este tipo de negocios, fundamentan un argumento para exigir a los Estados una regulación detallada y justa. Por casos como el anterior, Dagan y Dorfman, argumentan que la pobreza afecta

[813] (Weinrib, La idea del derecho privado 2017, 136).
[814]Entre otros (Weinrib, La idea del derecho privado 2017) y (Ripstein, Private Wrongs 2016).

directamente las relaciones interpersonales al socavar la autodeterminación y la igualdad sustantiva, valores fundamentales de la justicia interpersonal[815].

Entonces, el problema de la pobreza no se soluciona únicamente con el establecimiento de instituciones y políticas públicas que persigan satisfacer la justicia distributiva, persiguiendo reducir las desigualdades generales y la pobreza. Una solución apropiada para este tipo de problemas también exige atención desde una perspectiva de justicia relacional o correctiva. En este sentido, el derecho privado, al establecer los marcos normativos de dichas relaciones interpersonales, no puede adoptar una postura neutral frente a situaciones como la discapacidad o la pobreza, ya que las autoridades legitimas deben definir términos de interacción que respeten a las partes como agentes libres e iguales[816], haciendo los ajustes necesarios para ellos, acomodando estas condiciones en los términos normativos que deben seguir las partes al relacionarse.

Por supuesto, la discapacidad o la pobreza no son las únicas situaciones que deben acomodarse en el marco de la justicia relacional y del derecho privado. Hay razones para que otras situaciones —por ejemplo, la vejez o la infancia cuando afecta la capacidad de agencia e intencionalidad del sujeto—sean consideradas por las autoridades como casos en los que ciertos ajustes deben realizarse a los términos de interacción. Dichas situaciones deben cumplir ciertos requisitos. Primero, deben ser aspectos importantes de la condición de una persona que impacten su capacidad de interactuar como un agente autodeterminado e igual. De acuerdo con Dagan y Dorfman, la pobreza limita significativamente las opciones disponibles para las personas, afectando su capacidad de funcionar de manera autónoma y de participar en términos de igualdad en sus relaciones[817]. Segundo, la situación o condición debe ser tal que ignorarla equivale a tratar irrespetuosamente a las personas que se encuentran en dichas condiciones, lo cual socava el respeto mutuo y la igualdad sustantiva[818]. Finalmente, aunque la justicia relacional no implica que se acomoden todas las diferencias sin límite, establece que este tipo de situaciones y/o condiciones deben ser abordadas de manera que los

[815] (Dagan y Dorfman, Poverty 2024, 202).
[816] (Dagan y Dorfman, Poverty 2024, 203).
[817] (Dagan y Dorfman, Poverty 2024, 206).
[818] (Dagan y Dorfman, Poverty 2024, 205).

términos de interacción respeten la autodeterminación de ambas partes, dentro de límites razonables que no eliminen por completo la autonomía de quien está siendo considerado con un trato especialmente sensible, es decir, el discapacitado o el pobre.

Según Dagan y Dorfman los anteriores límites garantizan que la adaptación no sea excesiva ni desproporcionada en relación con las capacidades de quien tiene el deber de acomodo[819]. En sus palabras: «debe existir un límite superior al costo de la adaptación que refleje el compromiso fundamental de la justicia relacional de respetar la autodeterminación y la igualdad sustantiva de quien tiene el deber de acomodar»[820].

Entonces, al igual que el derecho privado aborda la discapacidad física mediante normas que garantizan accesibilidad, la pobreza debe reconocerse como un defecto socialmente construido que también requiere adaptación[821]. Esto no implica que las demandas de adaptación del derecho privado a este tipo de situaciones y/o condiciones sustituyan las obligaciones distributivas del Estado y sus autoridades, como las políticas públicas y los impuestos, sino que ambos enfoques regulativos se complementan al señalar que la pobreza no solo es un problema de asignación de recursos, sino también una cuestión estructural que afecta las relaciones sociales y económicas cotidianas, e impiden que las partes se relacionen como iguales[822].

Tal como se ha expresado, este problema no se puede solucionar simplemente haciendo abstracción de las condiciones personales de los sujetos involucrados, como si la discapacidad o la pobreza no existieran. Tal como los enfoques kantianos parecen defender. Puede ser cierto que implementar estas consideraciones en el derecho privado enfrenta desafíos operativos significativos, como la dificultad de verificar las condiciones económicas de un sujeto que se declara pobre o evitar efectos intrusivos y degradantes en los procesos de adaptación[823]. Pero a pesar de estas limitaciones, Dagan y Dorfman argumentan que estos problemas no eliminan la obligación moral que las autoridades jurídicas tienen de considerar la pobreza en los términos de interacción establecidos por

[819] (Dagan y Dorfman, Poverty 2024, 220).
[820] (Dagan y Dorfman, Poverty 2024, 220).
[821] (Dagan y Dorfman, Poverty 2024, 202).
[822] (Dagan y Dorfman, Poverty 2024, 204).
[823] (Dagan y Dorfman, Poverty 2024, 202).

el derecho privado, ya que no hacerlo equivaldría a ignorar la vulnerabilidad económica como una barrera transaccional inaceptable[824].

Por lo tanto, la justicia interpersonal y correctiva exige que la incapacidad, la pobreza, y otras condiciones, sean abordadas en las relaciones privadas mediante normas concretas que respeten la dignidad y autonomía de las personas, estableciendo términos que promuevan una igualdad sustantiva y autodeterminación en todas las interacciones humanas. Esto puede implicar ser menos exigente en algunos casos, por ejemplo, al reducir el estándar en cabeza de un sujeto discapacitado o pobre para considerarlo diligente, reduciendo sus obligaciones de reparación, o asignarles curadores procesales que se encarguen de accionar sus derechos cuando corresponda. Entre otras opciones posibles.

Todo lo anterior pone de manifiesto las dificultades que enfrenta quien busca identificar las razones relevantes para regular las relaciones interpersonales y asignarles determinada fuerza o peso al establecer las normas de RCE. No es suficiente abstraer las condiciones personales de los sujetos y crear normas abiertas aplicables en todas las circunstancias, otorgando una amplia discrecionalidad a jueces y sujetos para identificarlas y ponderarlas correctamente en el caso concreto. También es necesario considerar algunas de las condiciones personales de los sujetos y el contexto en el que viven. Así, las autoridades establecerán deberes interpersonales que permiten un trato respetuoso entre los sujetos y, a partir de este, considerar a las personas como individuos libres e iguales.

Una autoridad legislativa puede contribuir a superar las anteriores dificultades utilizando distintas técnicas de regulación del comportamiento interpersonal, por ejemplo, recurriendo a normas más genéricas o específicas. Será más probable que un modelo de RCE cumpla su función distintiva, si las autoridades establecen categorías de relaciones interpersonales y ponderan entre los intereses de los tipos de sujetos que allí se vinculan. Si establecen ciertos tipos de deberes y derechos primarios y secundarios en las relaciones de consumo, profesionales, médico-paciente, conductores-peatones, considerando si una de las partes se encuentra o no en una condición de debilidad como

[824] (Dagan y Dorfman, Poverty 2024, 205).

la extrema pobreza, una situación de discapacidad, o tiene una edad avanzada, etc. Para conseguirlo, la autoridad puede modular la amplitud de las circunstancias en las que ciertos deberes aplican o no, señalándoles a los sujetos los comportamientos obligatorios de forma más abierta o cerrada.

Las autoridades legislativas y judiciales hacen esto usualmente al determinar el tipo de régimen de responsabilidad extracontractual que aplica a este o aquel tipo de relaciones interpersonales, con ayuda de los reglamentos, leyes o las decisiones judiciales de casos paradigmáticos. Como se ha dicho, tal regulación puede ser menos o más razonable y, en todo caso, satisfacer la justicia interpersonal si, entre otras cosas, trata a las partes como iguales tomando en consideración situaciones o condiciones especiales que afectan la igualdad material.

La propuesta de tipificación de errores que sigue a continuación asume que una regulación de una tipología de relaciones interpersonales de RCE es apropiada para cumplir su función distintiva. Así, dicha regulación obedecerá a razones relacionadas con la justicia correctiva asignando obligaciones de comportamiento, deberes de reparación y facultará a las posibles víctimas para exigir el cumplimiento de estos deberes. Por ejemplo, se asumiría que las autoridades siguen la justicia correctiva cuando en las relaciones médico-paciente establecen deberes de medio o de resultado, establecen la aplicabilidad de deberes de reparación en los casos que el médico incumple dichos deberes, y les otorgan una facultad a las posibles víctimas para demandar. Estableciendo así, en esta relación, un marco normativo interpersonal que se puede calificar como razonable.

Una vez se asume que una clase de regulación establece un marco de justicia interpersonal razonable, distintas preguntas cobran relevancia: ¿Compensará efectivamente a las víctimas el reconocimiento de ciertas interacciones humanas como un ilícito extracontractual, como un injusto civil que requiere una forma de reparación? ¿Disuadirá a los victimarios? ¿Distribuirá adecuadamente bienes valiosos? ¿Podrá precaver esos daños? ¿Disminuirá el coste de las transacciones? ¿Se quiere sancionar a los responsables, además de forzarlos a reparar? Si las autoridades al regular el caso de la anterior forma afectan todas estas funciones de la RCE, se podría sostener que lo

mejor, en esa ocasión, será modificar o, excepcionalmente abandonar, su modelo de RCE.

Tal como se ha argumentado previamente, la RCE es valiosa para la sociedad porque guía a los sujetos a cumplir con las razones que tenían para actuar frente a un sujeto y que quedan pendientes al incumplir un determinado deber interpersonal, además porque contribuye a que los sujetos manifiesten y exijan un igual respeto, favoreciendo su autonomía y la colaboración intersubjetiva. Pero en ciertas situaciones, dado el pluralismo funcional que justifica la RCE, la justicia personal o correctiva quedará derrotada por otras funciones. Por supuesto, no siempre se tendrán razones para satisfacer la justicia correctiva o, incluso, si se tienen, no necesariamente serán conclusivas[825]. En esos casos, habrá razones para modificar o eliminar ciertas normas de RCE con el objetivo de mejorar el cumplimiento de otras funciones. La autoridad que a pesar del resultado del balance de razones persiga satisfacer en estos casos la justicia correctiva estará cometiendo errores.

II. Errores en el cumplimiento de la función distintiva: expresiones injustificadas y subproductos inapropiados

Una regulación de RCE que establece un marco normativo interpersonal justo puede tener efectos negativos relacionados con la función expresiva de la RCE. Recuérdese que, gracias a su estructura, la RCE permite a las víctimas manifestar con su actuar jurídico que la conducta del agresor las perjudicó de manera injusta. Se espera que esta manifestación refuerce en las víctimas, y en la sociedad en general, la creencia de que todos los miembros de la comunidad, incluido el agresor, deben tratarlas con respeto, a diferencia de la forma en que las perjudicaron[826].

Aunque la función expresiva surge como un subproducto del establecimiento de un marco normativo interpersonal y, en ese sentido, podría considerarse distintiva, ambas funciones son diferenciables. La función expresiva busca evitar que las víctimas adopten la creencia de que pueden ser tratadas de manera indignante o irrespetuosa y, al mismo

[825] Este tipo de compromisos normativos se defienden en virtud de la idea de que todas las funciones cuentan para justificar la RCE, a pesar de que la justicia correctiva tenga una prioridad prima facie. Al respecto, se puede consultar el capítulo 9, II y II.
[826] (Hershovitz 2017, 9, 39-40).

tiempo, persigue prevenir la formación de un sentimiento de disvalor asociado a esa creencia. Por otro lado, la función distintiva se centra en establecer derechos y facultades para las víctimas, así como deberes para los victimarios. Sin una distinción conceptual clara, estas funciones podrían confundirse.

La RCE tiene la disposición de cumplir con la función expresiva gracias a todas sus normas estructurales, especialmente por sus normas terciarias. Las normas terciarias no sólo facultan a la víctima para accionar, sino que también ordenan a los jueces que expongan en su sentencia las razones por las que el daño causado constituye un injusto civil[827]. Sin embargo, estas normas no bastan para que la función expresiva se cumpla. Además, se requiere que en un caso concreto la víctima decida utilizar esta facultad después del trato injusto recibido, pues sólo así se realizará la acción que tiene dicho valor expresivo. Todo esto implica, entre otras condiciones, que haya un acceso a la administración de justicia adecuado. Si todas estas condiciones se dan, la víctima actuará judicialmente en virtud de *su* derecho reconocido jurídica y moralmente[828], no sólo someterá al victimario al ordenamiento jurídico, sino que expresará un compromiso con su autoestima. Una posibilidad que se puede argumentar como valiosa para todos los sujetos que viven en una determinada sociedad.

A su vez, la RCE es particularmente exitosa para cumplir la función expresiva, porque para los casos que aborda no hay otras instituciones en los ordenamientos jurídicos que les permitan a las víctimas expresar lo anterior con igual o mayor éxito. Un proceso penal, por mencionar un ejemplo, no logra mostrar la importancia de la decisión de la víctima porque un funcionario público es quien decide, finalmente, si lo promueve o lo finaliza. Por contraste, en los procesos civiles, las víctimas pueden decidir no utilizar su derecho a demandar o terminar el proceso en cualquier momento.

Ahora bien, si bien por la estructura de la RCE esta tiene la disposición de cumplir con la función expresiva, no en todos los casos que esta área del derecho comprende hay

[827] Otras interpretaciones encuentran el valor expresivo en la sentencia que reconoce una compensación. Sin embargo, como argumenta Steel, si esta es la característica de la RCE que tiene tal función, lo mismo podría conseguirse con la decisión de una autoridad penal o de otra área del derecho (Steel, On the Moral Necessity of Tort Law: The Fairness Argument 2021, 214).
[828] La misma interpretación en (Steel, On the Moral Necessity of Tort Law: The Fairness Argument 2021, 214-215).

razones para que las víctimas hagan algo de valor expresivo en contra de sus funcionarios. En ciertos daños interpersonales, tiene poco sentido pensar que la autoestima de la víctima estará en riesgo si no se le concede un derecho de acción y se reconoce su afectación en una sentencia. En esta clase de daños tampoco parece pertinente expresar un rechazo al actuar del victimario. Se puede decir que una víctima razonable no pensaría que la sociedad o el victimario entienden que estaban facultados para dañarla, o que las acciones del victimario fueron intencionales. Lo más probable es que el victimario no podía hacer mucho o nada para evitar este tipo de daños. Estos injustos civiles no implican una falta de cuidado o reflexión adecuada sobre los intereses de los demás al momento de actuar. Se entienden más fácilmente como consecuencias atribuidas a los victimarios y, si bien se interpretan como un incumplimiento de sus deberes interpersonales, también es factible concebirlos como una desgracia que les ha ocurrido. Ahora, el victimario cargará con el peso de haber matado a un peatón con su coche, pese a haber cumplido con todas las reglas de tránsito. Por lo tanto, en estos casos, resulta extraño pensar que la RCE le debería permitir a la víctima expresar un rechazo que restablezca su sentido de valor propio. Ejemplos de esas ocasiones en las que la RCE no necesita tener un valor expresivo son los daños ocasionados a personas que no tienen un sentido de autorespeto, como víctimas inconscientes, corporaciones y niños muy pequeños; y los distintos casos de responsabilidad objetiva en los que hay un comportamiento no culpable[829].

En situaciones como las expuestas, permitir el valor expresivo sin más puede entrar en conflicto con las razones para establecer un marco de justicia interpersonal, ya que expresar algo así puede causar una afectación más grave para el victimario que el beneficio que reporta a la víctima. En estos casos, permitir que la víctima reivindique un supuesto trato irrespetuoso podría ser un error *pro tanto*, especialmente si no ha existido tal irrespeto, sino una consecuencia lamentable que, por diversas razones sociales, se atribuye al victimario, incluyendo consideraciones sobre el bienestar de la víctima.

[829] Los ejemplos los he tomado de (Steel, On the Moral Necessity of Tort Law: The Fairness Argument 2021, 215).

De este modo, la función expresiva, en tales contextos, podría transmitir de manera imprecisa o errónea las normas primarias de comportamiento. En estas circunstancias, cuando no ha habido un comportamiento culpable o este no se ha probado, una sentencia en contra del victimario que explique claramente las razones por las cuales se le atribuye responsabilidad puede evitar comunicar de forma inapropiada el rechazo de la víctima a la consecuencia que se le ha imputado al actuar del victimario.

Un ejemplo de lo anterior son los juicios de responsabilidad subjetiva a los padres por los daños ocasionados por sus hijos. En muchos ordenamientos jurídicos la norma de responsabilidad aplicable a estos casos establece un régimen subjetivo de responsabilidad que requiere establecer y comunicar un comportamiento negligente. Pese a ello, la práctica usual de los jueces es interpretar dichas normas de una forma que aumenta la exigencia del estándar de comportamiento a un punto en el que la descripción más apropiada de la norma vigente lleva a describirla como un régimen objetivo de responsabilidad[830]. Los jueces utilizan múltiples estrategias para ello, se fundamentan en el solo hecho de la relación filial, ciertos deberes de vigilancia de imposible cumplimiento, etc. Así, lo que consideran relevante no es el desempeño de los padres, que muchas veces está exento de culpa, sino atribuirles las consecuencias de los actos negligentes de sus hijos fundamentados en la posición social en la que se encuentran y en el interés de la víctima en su seguridad en dichos casos. Si este es el caso, algunos autores sostienen que lo mejor sería implementar un régimen objetivo y cambiar el tipo de argumentación de las sentencias[831]. Esto no sólo sería más congruente con las razones que en última instancia llevan a los jueces a declarar la responsabilidad de dichos padres, sino que, considero, satisface de forma más equilibrada ambas funciones.

Si bien se sostiene una distinción conceptual entre la función de establecer un marco de justicia interpersonal y la función expresiva, en la práctica trazarla puede ser difícil. El nivel de la dificultad depende de la interpretación que se tenga de los deberes de comportamiento asignados por las normas primarias en los modelos de RCE. Algunos

[830] Al respecto (Sconda 2017).
[831] Un ejemplo de ello (D. M. Papayannis, El Derecho privado como cuestión pública 2016, 289).

autores consideran que sólo el incumplimiento de los deberes de diligencia y de los deberes de no dañar con culpa implican un verdadero injusto civil. En esta tesis, se ha adoptado, en cambio, la idea de que la responsabilidad por el incumplimiento de los deberes de resultado, en el marco de los regímenes objetivos, también lleva de suyo un injusto del mismo tipo. En otras palabras, que los regímenes objetivos también tienen normas de comportamiento que establecen deberes y derechos de indemnidad.

En la primera interpretación la solución del error relacionado con la función expresiva es sencilla, basta con expresar en la legislación y en la sentencia que el tipo de deberes primarios incumplidos por el victimario son de resultado u objetivos. Así, cuando se atribuye responsabilidad civil a un sujeto por el incumplimiento de los deberes de reparación en un régimen objetivo, no se está expresando ningún tipo de disvalor o reproche. Empero, este no es el camino argumentativo que se tomará.

En cambio, bajo la segunda interpretación, hay mayores complicaciones para solucionar el error porque siempre que un juez aplique una norma de RCE a un caso, considerando responsable a un sujeto, se estará en presencia de una demanda de una víctima y una valoración hecha por el juez del actuar del victimario como uno que no debió haber ocurrido. De allí que se esté realizando el acto expresivo, y que en estos casos dicha expresión sea contraria a un marco de justicia interpersonal razonable.

Lo anterior, por supuesto, deja a salvo de esta clase de problemas los casos en los que la RCE cumple su función de guía en el comportamiento respetuoso o en la reparación de los daños causado. Cuando las partes cumplen con sus deberes de comportamiento en los casos en los que aplican, o cuando reparan a través de acuerdos conciliatorios, o a través de la operación de los seguros, no hay una expresión de ningún sentimiento de indignación por parte de la víctima.

Así, en los casos en los que la víctima decide demandar, los posibles errores relacionados con la función expresiva pueden clasificarse como se propuso en el capítulo anterior. Es posible que las razones vinculadas a la función expresiva, que contravienen la función de establecer un marco de justicia interpersonal, tengan menos fuerza, la misma o más. Tendrían menos fuerza cuando los efectos negativos del acto expresivo se consideran leves, es decir, cuando no afectan significativamente el bienestar del

sujeto que ha causado daño, ya sea porque carece de un sentido de autorespeto o porque actuó de manera riesgosa. En tales casos, parece razonable mantener el tipo de regulación previamente seleccionado.

La segunda situación se da cuando a las razones a favor y en contra de una determinada regulación relacionadas con el cumplimiento apropiado de estas funciones se les atribuye la misma fuerza. En este caso no sólo es posible seguir con la regulación o abandonar la aplicación de la RCE. Sino que una solución intermedia podría implicar modificar el contenido obligatorio de la sentencia, exigiendo que se aclare los términos en los que se impone la responsabilidad.

Finalmente, si se considera que el cumplimiento de la función expresiva afecta significativamente al sujeto victimario, podría abandonarse para dichas situaciones el uso de la RCE.

III. Errores en el cumplimiento de las funciones necesarias

A. Excesos y defectos en la compensación

En la RCE, compensar es una función que la RCE cumple por su estructura, gracias a los deberes que exige y a las facultades que sus normas conceden, en las condiciones adecuadas. Cuando aquí se habla de compensar se hace referencia de forma amplia a reparar a la víctima por el daño que ha sufrido. En la RCE, el victimario compensa a la víctima al hacer algo o dar algo que aminora o remedia su incumplimiento de los deberes primarios en cumplimiento de una norma secundaria. Se dice, por ejemplo, que un victimario ha compensado a la víctima cuando le paga el valor de los bienes que el mismo ha dañado o es forzado a ello por una autoridad judicial, pero también se dirá lo mismo cuando la norma lo obliga a expresar disculpas o entregar otro tipo de remedios menos canónicos[832].

[832] Este último remedio -indemnizar- es el más tradicional por la versatilidad del dinero para servir distintos fines. Sin embargo, hoy en día, a la luz del DDHH, DIH, y la justicia transicional, también se habla de reparar integralmente. Esto quiere decir, reparación *in natura*, compensación en un sentido más estricto, indemnización, rehabilitación, restitución, se piden disculpas, y se dan garantías de no repetición. Todo ello puede ingresar dentro de la función que se está discutiendo, según la cantidad de remedios que incluya la normativa relevante.

En particular, la RCE logra que se compense a través de sus normas secundarias y terciarias. Las normas secundarias de RCE pretenden guiar al victimario hacia la compensación, al indicarle que es su deber reparar cuando daña de forma injustificada y cuando precisan en algún grado el contenido de dicho deber. A su vez, gracias a las normas terciarias la víctima puede coaccionar al victimario para que satisfaga sus deberes de compensación. Una vez aquella presenta una demanda y esta llega a una sentencia favorable, le será posible forzar coactivamente en un juicio ejecutivo al victimario para que repare, cumpliendo con la obligación impuesta por el juez.

En la RCE, los deberes de reparar usualmente instancian lo que la doctrina denomina *el principio de reparación integral* o la *restitutio in integrum*. El demandado condenado estará obligado, bajo dicho principio, a reparar por completo al demandante con los rubros reconocidos en la sentencia[833]. Reparar por completo es un ideal que persigue realizar el estado de cosas más cercano al que hubiese sido, de no haber ocurrido el injusto civil. De tal suerte, el legislador tendrá que dotar al juez de herramientas evaluativas que le permitan establecer de qué forma habrían salido las cosas para el demandante en ese mundo donde el daño no sucedió. De acuerdo con Gardner, esto implica buscar un *status quo aliter,* no solamente que el juez identifique «cómo eran las cosas antes» para el demandado, sino que determine hacia donde «se dirigían» cuando el injusto civil ocurrió[834]. Entre dichas herramientas pueden encontrarse herramientas epistémicas como las pruebas, las presunciones, y otras normativas como los baremos, las tablas de reparación, etc.[835]. Por su puesto, dado que es un ideal regulativo la decisión del juez no implica que así habría sido el mundo, sino que desde el punto de vista jurídico así habría debido ser, dado el valor que ha perdido el demandante.

---

[833] En la dogmática anglosajona se suele indicar esto con la expresión *«making the plaintiff whole».* Esto hace referencia para el demandado como si el incumplimiento del deber del demandante nunca hubiera ocurrido (Gardner, From personal life to private law 2018, 164).

[834] (Gardner, From personal life to private law 2018, 165).

[835] En España, «la herramienta más utilizada para el cálculo del daño corporal es el sistema de valoración del daño, introducido en el TRLRCSCVM, aprobado por la Ley 35/2015 de 22 de septiembre de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación» (Dueñas Martínez 2024, 11). En Colombia, el Consejo de Estado ha fijado un baremo para los casos de daños morales, a la salud y a bienes constitucionales y convencionales, dando indicaciones a los jueces para liquidar el monto de las indemnizaciones y compensaciones monetarias. Por ejemplo, (Sentencia de 28 de agosto 2014).

La teoría jurídica suele justificar el principio de reparación integral con base en razones que se asocian a la justicia correctiva. Gardner considera que hay varias razones que justifican el interés en conservar lo que se tiene y recuperarlo o ser reparado por su perdida a través de los remedios y a los deberes de reparación asignados por la RCE. Entre otras razones que ofrece están el costo del cambio que implica un evento dañoso para la vida de una persona[836], el valor de los objetivos autónomamente seleccionados[837], el valor de lograr dichos objetivos y el valor extra que los sujetos les dan a sus elecciones de fines[838], pues como seres racionales y finitos «traemos valor al mundo al comprometernos selectivamente con este»[839]. Para él, las anteriores razones explican la racionalidad de los deberes primarios de comportamiento, centrados especialmente en la protección de la seguridad de los sujetos a través de obligaciones negativas y excepcionalmente obligaciones positivas encaminadas a evitar las pérdidas de los objetivos, metas o valores seleccionados por las víctimas. Así, una vez estos se incumplen, hay una continuidad en las razones que los justificaban y que obligan al sujeto victimario a hacer lo que sea la siguiente mejor manera de conformarse a dichas razones; esto es, dotar de herramientas a la víctima para que se acerque tanto como sea posible al arco de su historia de vida del que se ha desviado por el daño[840]. Ripstein, por su lado, encuentra el fundamento de este principio y la de los deberes y derechos de seguridad, en el valor de llevar una vida autónoma[841]. En suma, para esta literatura, donde sea que se debe aplicar la justicia correctiva, se deberá aplicar el principio de reparación integral.

Así interpretada, la compensación de la RCE trae, al menos, tres beneficios a las comunidades que explican la posibilidad de calificar este efecto como funcional. El daño disminuye la calidad de vida de las víctimas, entendida en términos de lo que ellas pueden ser, hacer o experimentar[842]. A su vez, el daño priva a las víctimas de sus recursos, impidiendo que sus planes de vida sean totalmente, y en un sentido relevante,

[836] (Gardner, From personal life to private law 2018, 168-170).
[837] (Gardner, From personal life to private law 2018, 170-171).
[838] (Gardner, From personal life to private law 2018, 171-172).
[839] (Gardner, From personal life to private law 2018, 175-176).
[840] (Gardner, From personal life to private law 2018, 185).
[841] (Ripstein, Equality, Responsibility, and the Law 1995, 55).
[842] Véase (D. M. Papayannis, ¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza? 2021, 94 y ss) (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 48).

fruto de sus decisiones[843]. En últimas, el daño aleja a la víctima del arco de la historia de su vida que ha elegido autónomamente, al seleccionar y perseguir ciertos fines que ella considera valiosos[844]. Así, la función de compensar restablece la calidad de vida y, al mismo tiempo, dota de recursos a las víctimas para que sigan con el valor que han seleccionado con su plan de vida o lo cambien por otro que les sea valioso. Finalmente, la compensación evita que las personas tomen precauciones irracionales, aquellas que eviten contactos valiosos o que los lleven a desperdiciar recursos[845].

Bajo lo dicho, en principio, si hay razones para aplicar la justicia correctiva y, por ello, establecer un modelo de RCE, se debería aplicar el principio de reparación integral en la medida de lo posible y según la información disponible. Dada la indeterminación del principio, tal ejercicio adjudicativo será más fácil o difícil según el tipo de daño que se esté discutiendo en el proceso. No es lo mismo establecer el monto de la obligación de dar o de hacer para reparar daños materiales, que hacerlo frente a daños materiales futuros o inmateriales o morales, por ejemplo, por el dolor causado o sufrido[846]. Sin embargo, aún en los daños materiales, a pesar de la disponibilidad de evidencia clara sobre aquello de valor que la víctima ha perdido, siempre hay algo de indeterminación. Piénsese en el valor de un bien mueble destruido en un accidente. El uso previo que el demandado le dio le ha quitado valor, podría ser que la víctima le diera un valor subjetivo por quien se lo ha regalado, etc. Son consideraciones que en principio no se tendrán en cuenta para establecer el monto o tipo de obligación remedial. En últimas, lo que se quiere resaltar es que buscar una reparación integral es un ideal, y esto no se puede olvidar porque terminará siendo una quimera con graves efectos sociales.

Ahora bien, a pesar del valor de la justicia correctiva, esta no necesita triunfar siempre en el balance de razones hecho por el legislador al dotar de contenido las normas estructurales de RCE, ni siquiera aquellas normas que versan sobre la reparación de los daños causados. Asimismo, dada la indeterminación del principio de reparación integral,

---

[843] (Ripstein, Tort, The Division of Responsibility and the Law of Tort 2004, 1812-1813).
[844] Al respecto de la relación entre el daño, reparación y valor (Gardner, From personal life to private law 2018, Ch. 5.). Sobre la relación entre daño, reparación y autonomía (Ripstein, Equality, Responsibility, and the Law 1995, 55).
[845] (R. A. Posner 2014, 233).
[846] Respecto de las dificultades de probar el dolor sufrido, se puede consultar (D. M. Papayannis, Responsabilidad por el dolor causado y sufrido 2020).

además de la seguridad de la víctima otras consideraciones se podrían tener en cuenta al momento de fijar el valor de la compensación. En algunos casos, dichas razones pueden ir en contra de las razones de justicia correctiva para reparar integralmente el daño causado. En esas ocasiones, no tener en cuenta dichas razones al regular el monto de la compensación se consideraría como un error funcional.

En efecto, existen razones distintas a las de hacer justicia correctiva para implementar una compensación más robusta. El hecho de que el victimario le debía un comportamiento distinto a la víctima y que dicho deber se fundamenta en la seguridad de la víctima son razones para forzar al victimario a que compense integralmente el daño que ha causado, por su monto. Sin embargo, en ciertos contextos como aquellos de profundas injusticias o violencia, aquellos que pretenden ser superados por la justicia transicional, hay razones para que la compensación del daño sea mayor y satisfaga una función distributiva. En estos casos, la RCE puede contribuir a evitar que la víctima siga en un contexto de desigualdad que contribuyó al tipo de daño que sufrió y que el victimario aprovechó para poder realizar sus acciones dañadoras[847]. Justo por ello, en estas ocasiones, se puede considerar que están justificadas las denominadas "reparaciones transformadoras". Bajo las cuales, las autoridades le ordenan al victimario que contribuya con sus acciones reparadoras no sólo a la superación de la situación de la víctima, sino a la superación de este contexto de desigualdad.

A su vez, la RCE puede infra-compensar ciertos daños por diversas razones, excepcionado la aplicación del principio de reparación integral. Una de ellas es motivar a los miembros de una comunidad a ciertos intercambios que de lo contrario serían muy costosos de llevar a cabo, generando razones prudenciales para ello. Esto sería, por ejemplo, una razón para establecer montos compensatorios definidos en los contratos de transporte aéreo. En estos casos, aun cuando una víctima pueda demostrar que el monto de lo perdido es mayor, se acepta que se requiere un manejo previo del riesgo a través de un contrato de seguro para continuar con la aviación como práctica comercial.

[847] En otro lugar, he dado una explicación más detallada de este tipo de normas y cómo implican una noción más amplia de justicia correctiva. Observar (Reyes Garcés 2024, 249-252).

Así las cosas, la fuerza o peso que se le da a la función de establecer un marco de justicia interpersonal o a la función de compensación lleva a considerar que las normas que establecen cierta compensación son errores funcionales, porque son excesos o defectos de ella según una ponderación apropiada de las funciones que cumple la RCE.

Si en algunos casos los beneficios que trae la compensación son mayores a los que el cumplimiento estricto de la justicia correctiva demanda, las autoridades deberían estar dispuestas a disminuir el marco de libertad de los posibles victimarios al establecer normas que ordenan reparaciones mayores de las que están justificadas por su comportamiento; o a disminuir la seguridad de las víctimas al establecer normas que ordenan reparaciones menores de las que sus intereses justifican. En este último caso, habrá todavía algo que compensarles a las víctimas después de pagados los daños ordenados en sentencia. Una forma de atender tales razones para compensar podría ser comunicar a las víctimas el límite compensatorio y encargarlas de tomar seguros para garantizar su compensación integral. Otra, sería un fondo de compensación social para esos casos según la importancia del interés. Finalmente, si en un punto se carece de razones para implementar en esa tipología de casos un marco de justicia interpersonal y darle prioridad a un esquema de compensación, podría ser pertinente abandonar la RCE y utilizar sistemas de compensación de daños como los fondos para la reparación de las víctimas del conflicto armado en Colombia o los contagiados por VIH en España.

B. Excesos y defectos en la disuasión

En la RCE, disuadir es una forma determinada de influenciar la conducta humana, generando razones prudenciales en contra de la conducta prohibida o en contra de la omisión de la conducta obligada[848]. El derecho paradigmáticamente disuade a través de las consecuencias jurídicas que ciertas normas establecen para los sujetos que incumplan sus mandatos. Hay razones de prudencia para evitar pagar condenas, para evitar ir a la cárcel, etc. Así, en el marco de la RCE, las responsabilidades y remedios patrimoniales y personales son razones prudenciales para que los sujetos cumplan con las normas primarias y secundarias. Las normas terciarias también contribuyen a generar dichas razones, pues sin las facultades reconocidas a las víctimas en las normas

[848] (Steel, Deterrence in Private Law 2023, 123-124).

terciarias de RCE, los jueces no tendrían la competencia para imponerles a los victimarios dichas responsabilidades y formas de reparación. A su vez, algunos individuos adversos al riesgo consideran estar sometidos a un proceso judicial como una situación que afecta su bienestar y esta situación de vulnerabilidad *per se* generaría una razón prudencial. Por otro lado, los remedios son razones que incentivan a las víctimas para que los utilicen. Ellas perderán un beneficio importante si dejan de utilizar sus facultades. En resumen, a través de la RCE algunas de las pérdidas asociadas a la comisión de los ilícitos extracontractuales son transferidas a quienes los cometieron en forma de remedios[849] y, en principio, ello incentiva a los sujetos a que cumplan con sus mandatos.

En lo anterior, se puede observar que las funciones de disuasión y de compensación están íntimamente ligadas. Porque, desde esta perspectiva, los remedios compensatorios generan razones prudenciales. En condiciones normales, un caso de exceso de compensación está asociado a uno de exceso de disuasión, y viceversa. Sin embargo, ello dependerá, en última instancia, del contexto en el cual la norma se aplicará. Excepcionalmente, en una sociedad donde se desconozcan las consecuencias patrimoniales impuestas por los jueces al aplicar estas normas no se dará la asociación entre estas dos funciones. Pueden existir otras condiciones que eviten la relación entre compensación y disuasión, pero no se considerarán para simplificar el análisis de este punto.

En el caso ordinario, las autoridades deberían perseguir que sea más racional para un individuo, en términos de costos económicos y personales, evitar dañar que hacerlo o reparar por su propia cuenta antes que coaccionado. Hay una prioridad en respetar los derechos antes que en repararlos[850], y otra prioridad en reparar por la propia cuenta antes que en ser forzado a ello[851]. En los casos en los que las normas primarias y secundarias fracasan en que sus razones protegidas guíen a los agentes, la función disuasiva de la RCE, bajo ciertas condiciones[852], los disuade de incumplir con sus

[849] (Gardner, What is tort law for? The place of distributive justice 2019, 51)
[850] (Keating, The priority of respect over repair 2012)
[851] Al respecto del valor que hay en cumplir con los deberes interpersonales se puede consultar (Gardner, From personal life to private law 2018, cap 2.).
[852] Entre otras condiciones, que el costo económico de las consecuencias sea mayor que el beneficio, que

deberes primarios y secundarios a través del ejercicio de normas terciarias y/o incentiva a actuar conforme derecho.

Ahora, la disuasión es beneficiosa para una comunidad por varias razones, y dada la estructura de la RCE esto contribuye a que ella tenga resistencia a desaparecer. En primer lugar, porque las razones por las cuales se cuenta con determinadas normas primarias o secundarias se duplican como razones para disuadir al agente de incumplir con su contenido. Hay razones para que no se lesione la integridad física de las personas y, por ello, hay razones para disuadir los comportamientos que tenderán a causar estos daños.

En segundo lugar, a veces hay razones extras para disuadir que se suman a las razones por las cuales se cuenta con determinado deber. Por ejemplo, hay razones de eficiencia económica para disuadir a los sujetos de la RCE de no reparar por su propia cuenta el daño antes que las víctimas recurran al aparato estatal y consuman valiosos recursos propios y del Estado en dicho proceso. Si la RCE disuade, ambos efectos positivos se conseguirán en mayor medida.

En tercer lugar, la disuasión *per se* puede evaluarse positivamente en circunstancias en las que una norma está justificada de una forma no-consecuencialista. En esas ocasiones, elegir entre dos normas la que más disuade de la conducta prohibida o incentiva la obligada parece ser una razón relevante relacionada con su racionalidad pragmática-teleológica[853]. En este caso, estará relacionada con la consecución de efectos —estado de cosas o eventos— que se consideran valiosos, antes que con el cumplimiento de la conducta por parte de los sujetos de la norma.

Ahora, gracias a lo anterior, se puede contrastar la función de disuadir con la de establecer un marco de justicia interpersonal, para precisar los casos en los cuales las razones para cumplir una y otra se encuentren en oposición. El punto que se quiere hacer está asociado al principio de reparación integral que se explica en la sección anterior. Tal como se menciona, la constitución de un marco de justicia interpersonal exige una

---

los sujetos puedan conocer dichos costos porque las normas y las sentencias son públicas, y que además se vean influenciados por estas normas, *es decir,* que no haya sesgos que se los impidan.

[853] Sobre la racionalidad pragmático-teleológica que se encuentra en las normas se puede consultar (Atienza, Contribución a una teoría de la legislación 1997, 36-37)

reparación integral de los daños ocasionados con el incumplimiento de deberes de conducta por parte del victimario. Sin embargo, la compensación no sólo debe obedecer a razones relacionadas con el cumplimiento de esta función. Piénsese en las razones prudenciales y en la función disuasiva. En el caso ordinario que se está discutiendo, el establecimiento de un tipo de compensación adecuado al principio de reparación integral y a la justicia correctiva tendrá efectos en el cumplimiento de la norma primaria de conducta porque disuadirá o incentivará determinado comportamiento. Esa disuasión puede calificarse como negativa aun cuando el monto compensatorio se considere apropiado. Tal vez un marco de justicia interpersonal apropiado ordene una reparación del 100% del daño, pero el modelo de disuasión que el legislador esté utilizando indique que se debe establecer una compensación del 150%. Habrá que valorar en ese caso cuales son las razones más valiosas, aquellas que prevalezcan en la ponderación. En esta subclase de error funcional, el contenido de la norma se ajusta a una ponderación apropiada de las demás funciones, pero afecta la función disuasoria. Sería una norma indirectamente contraproducente.

Dada la tesis normativa de partida, en la que se ha establecido que el monto exigido por el cumplimiento de la función distintiva de la RCE es adecuado, se pueden encontrar dos tipologías de error en el cumplimiento de la función disuasiva. La primera tipología está relacionada con la eficacia de la norma. En ella se incluyen aquellos casos en los que la norma no es cumplida adecuadamente por los sujetos de forma individual o en general y se puede considerar que en parte ello se debe una deficiencia en las razones prudenciales que la norma genera. La segunda tipología está relacionada con la efectividad de la norma. Aquí incluiré los casos en los que el contenido de la norma es apropiado y las razones prudenciales logran que la norma sea cumplida de forma individual, pero comparada con otra norma produce en menor medida los estados de cosas pretendidos.

En la primera tipología se encuentran tres tipos de errores. El primero ocurre cuando se sobre-disuade porque la norma genera en los agentes razones prudenciales que, si bien los alejan de incumplir con el contenido de las normas primarias y secundarias, al mismo tiempo los desincentivan de realizar otras conductas socialmente deseables. El segundo sucede cuando la norma no logra generar incentivos para que los agentes meramente

autointeresados —aquellos que sólo se ven influenciados por el miedo a la sanción o razones prudenciales— cumplan con la conducta mandada. Esto puede ocurrir porque los agentes desconocen la norma y/o su aplicación; o porque la conocen y la consecuencia no tiene un costo lo suficientemente alto o porque el comportamiento que cumple con la norma esta ocultado por un sesgo. El tercero se da cuando la norma genera incentivos para que los agentes incumplan directamente con la norma[854].

En la segunda tipología de error en el cumplimiento de la función disuasiva se encuentran normas que logran los efectos —estados de cosas o eventos— en un menor grado que otras. Hay varios ejemplos. En circunstancias de escasez en las que la cantidad de funcionarios judiciales es limitada, si las autoridades saben que dos normas disuadirán la comisión de daños personales, parece ser racional elegir la que tenga este efecto en una mayor cantidad de ocasiones, para evitar una cantidad de casos mayor en litigio[855]. Igualmente, en los escenarios en los que una autoridad puede elegir entre diferentes normas y desconoce cuál norma distribuye de mejor forma el espacio de seguridad y libertad, la disuasión puede ser una razón para inclinar la balanza[856]. Otros casos en los que la disuasión cuenta en sí misma como una razón para elegir una norma u otra son aquellas ocasiones en las que los jueces quieren implementar órdenes de hacer específicas que consigan que el sujeto acate la orden; o buscan determinar el contenido de los deberes de reparación incluyendo en su análisis razones disuasorias para ocasiones futuras[857]; entre otras[858]. En estas situaciones, elegir la norma que no logra en una mayor medida el estado de cosas buscado con la RCE —es decir, el cumplimiento generalizado de los deberes primarios y secundarios de conducta— puede considerarse un error de este tipo.

---

[854] El ejemplo de Gardner es la prohibición penal del consumo, venta y producción de estupefacientes. Se puede argumentar que producir y vender drogas es inmoral, y que el derecho ayuda a constituir (hacer más específico) la forma en la que lo es. Si lo es, las normas jurídicas que lo prohíben ayudan a constituir las normas morales que pretenden servir. Ello, sin embargo, no las salva de un posterior escrutinio intelectual sobre su éxito en dicha tarea. Lo cierto es que es una ley indirectamente contraproducente porque ánima a la gente a no cumplirla, genera un mercado negro altamente lucrativo de difícil control por parte de las autoridades (Gardner, What is tort law for? The place of corrective justice 2019, 47-48).
[855] (Steel, Deterrence in Private Law 2023, 129-130)
[856] (Steel, Deterrence in Private Law 2023, 130-131).
[857] (Steel, Deterrence in Private Law 2023, 133-134).
[858] (Steel, Deterrence in Private Law 2023, 131-133).

Se puede observar que ambas tipologías de error en el cumplimiento de la función disuasiva no tienen tanto que ver con el comportamiento ordenado por la norma, como tienen que ver con el posible cumplimiento de sus mandatos por los agentes y la consecución de ciertos estados de cosas. Son normas justificadas en un sentido moral porque logran en principio un cumplimiento equilibrado de las demás funciones, pero que no logran en la medida deseable el efecto buscado en términos de acciones o estados de cosas. Un estudio más detallado de este tipo de errores requeriría herramientas empíricas y de teorización de modelos de comportamiento, que, aunque interesantes, escapan del objeto de la tesis. Por ejemplo, se podría prever el nivel de cumplimiento que tendría una norma de RCE mediante la aplicación de modelos de comportamiento microeconómico o mediante la creación de *nudges* diseñados para evitar ciertos sesgos conocidos y estudiados por la psicología.

C. Normas que ordenan tratos respetuosos en contextos injustamente desiguales

El último tipo de error funcional que se relaciona con una función necesaria de la RCE, es aquel relativo a la función distributiva. Gracias a sus normas primarias, secundarias y terciarias, la RCE tiene efectos inmediatos y mediatos relacionados con la distribución de bienes considerados valiosos, algunos de ellos pueden ser escasos y otros esencialmente asignables[859]. El efecto inmediato más importante es la delimitación de la esfera de indemnidad de un sujeto, un bien que es esencialmente asignable porque su distribución o asignación se realiza por razones reconocidas en reglas[860]. Gracias a las

[859] Aquí se acepta la tesis de Gardner que se opone a reducir todas las actividades de las instituciones sociales en términos de justicia, hay otros valores en juego, valores que no son susceptibles de ser distribuidos. La diferencia entre bienes escasos y bienes esencialmente asignables radica en las razones que los hacen objeto de distribución. Los bienes escasos son aquellos cuya cantidad limitada obliga a adjudicarlos entre diferentes demandantes; su asignación se deriva de la imposibilidad de satisfacer plenamente todas las necesidades o deseos relacionados con ellos. Por ejemplo, recursos como dinero, tierra o tiempo son bienes escasos porque no existen en cantidades suficientes para todos. Los bienes esencialmente asignables no dependen de su escasez, sino de su concepto, que requiere que sean distribuidos de manera intencional. Su valor está determinado por la razón que justifica su asignación a alguien en particular. Por ejemplo, los castigos y recompensas son esencialmente asignables porque su significado depende del propósito para el que se otorgan, como hacer justicia retributiva o reconocer el mérito. Estos bienes adquieren sentido solo en un contexto justificativo que explique por qué se destinan a una persona o grupo específico. Al respecto (Gardner, El derecho como un salto de fe. Ensayos sobre el derecho en general. 2022, 250-253).

[860] En palabras de Gardner: «forma parte de su naturaleza el que sean realizado por algo, y tan pronto como uno pregunta "¿por qué?", uno implícitamente está preguntando "¿a quién?"». (Gardner, El derecho

reglas primarias y secundarias de RCE, una clase de individuos (posibles víctimas) están protegidos contra un tipo de interferencia injustificada por parte de otra clase de personas (posibles victimarios). Esta delimitación también se refleja en la creación de una esfera de libertad de acción que, al mismo tiempo, constituye el fundamento de una inmunidad contra reclamos de terceros. En otras palabras, la RCE establece límites sobre los derechos y las responsabilidades de las partes involucradas en una interacción injusta, y de todos aquellos que se encuentren en una situación semejante, garantizando así la protección de la esfera de indemnidad y la preservación de la autonomía individual de dichos sujetos.

Otros efectos inmediatos están relacionados con el tipo y monto de la compensación que tiene lugar en una clase de casos, o con la facilidad para acceder a la administración de justicia, los costos del proceso y otros aspectos de las reglas terciarias. Me refiero a la distribución de bienes escasos, recursos limitados que no están disponibles en cantidades infinitas para satisfacer todas las necesidades y deseos de los miembros de la sociedad.

Por otro lado, los efectos mediatos de la RCE están relacionados con el comportamiento de los sujetos que no están obligados por la norma, porque esta norma genera incentivos para no producir riesgos en contra de un grupo u otro. Considero que estos efectos deben analizarse en conjunto con la función de disuasión.

De acuerdo con Keren-paz, el efecto distributivo directo que realiza la RCE puede evaluarse en diferentes niveles. Se puede analizar la regla —sin importar su tipo— en términos de los beneficios para el demandante o el demandado en un caso específico. También se puede evaluar cómo beneficia a los demandantes (como grupo) en detrimento de los demandados, y viceversa. Además, se puede considerar cómo beneficia a demandantes y demandados según el papel que desempeñaron en el tipo de interacción regulada por la RCE, teniendo en cuenta su capacidad funcional. Esto es, si son conductores o peatones, si son médicos o pacientes, etc. A su vez, la regla puede beneficiar a ciertos grupos en función de características inmutables, especialmente

como un salto de fe. Ensayos sobre el derecho en general. 2022, 252).

cuando esas características están conectadas con su capacidad funcional. Si eres homosexual, mujer, negro, heterosexual, hombre, blanco, entre otras[861].

Lo anterior lleva a concluir que la función distributiva de la RCE puede ser evaluada como positiva en una comunidad de sujetos razonables por el valor que tienen los bienes a distribuir para sus integrantes, siempre que sean distribuidos de acuerdo con un criterio razonable de justicia distributiva. Según Papayannis, estos derechos de indemnidad son un bien que toda persona racional desearía para poder desarrollar el plan de vida que elija, en el marco de una política liberal de derechos[862]. Los derechos y deberes de indemnidad les dan a los sujetos una forma de proteger sus otros derechos y bienes de una interacción dañosa, sabiendo que los demás sujetos tienen deberes de evitar el daño y que en caso de que ocurra se repararán. Según el contexto de la interacción, su reciprocidad, la gravedad de los daños que se pueden producir o los intereses en juego, puede ser más o menos importante para un sujeto razonable contar con un derecho de indemnidad. Entonces, pese a su utilidad e importancia, si estos bienes son distribuidos según un criterio irracional, la función distributiva dejará de evaluarse de forma positiva para calificarse como una disfunción. Así, una modelo de RCE que sólo proteja a una minoría rica y poderosa en una sociedad, será poco útil o importante para la mayoría de población que se encuentra en condiciones de pobreza. Una RCE así se podría calificar como distributivamente disfuncional.

Los criterios de una distribución razonable pueden ser múltiples. En la literatura se encuentran programas igualitarios, basados en necesidades o en merecimiento para elegir la distribución adecuada, entre otros[863]. En esta propuesta de evaluación se suscribe un criterio pluralista y contextual para determinar el criterio razonable de la distribución. Ello significa que no hay un solo criterio aplicable a todas las circunstancias, sino que dependerá del objeto que se distribuya a la luz de la RCE, bien sean derechos y deberes de indemnidad, reparaciones, o el acceso a la administración de justicia, etc. Es más, puede ser que en una tipología de casos se deban utilizar múltiples criterios.

---

[861] (Keren-Paz 2016, 30-31).
[862] (D. M. Papayannis, Derechos y deberes de indemnidad 2013, 705-707) (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 59).
[863] (Keren-Paz 2016, 24).

Ahora bien, las funciones de la RCE de establecer un marco de justicia interpersonal y de hacer justicia distributiva están íntimamente relacionadas. Los legisladores, y excepcionalmente los jueces, pueden definir que en una determinada actividad aplicará un tipo de deber interpersonal objetivo o subjetivo. Ellos también pueden establecer normas secundarias y/o normas terciarias. Pueden aceptar que la violación de una norma primaria implica (o no) un deber secundario de reparar y un derecho correlativo. Asimismo, las autoridades establecerán los mecanismos procesales que permitirán ejercer ambos tipos de normas o crearán circunstancias donde no aplican, donde hay ciertas inmunidades[864]. En todos estos casos no sólo se está fijando un marco de justicia interpersonal para ese tipo de relación, sino que se están distribuyendo derechos y deberes de indemnidad.

Tanto la distribución de bienes valiosos como el establecimiento de un marco de justicia interpersonal pueden calificarse positivamente y considerarse funciones, o puede que uno sea calificado como beneficioso mientras que otro de forma negativa. En otras palabras, si se crea una norma cualquiera de RCE, puede suceder que la regla contribuya al cumplimiento de ambas funciones, pero ello no significa que necesariamente lo haga. A pesar de que ambas funciones están conceptualmente ligadas puede ocurrir que al perseguir una se afecte la otra. De manera que la misma norma puede satisfacer criterios razonables para hacer justicia correctiva y distributiva, uno u otro, o ninguno.

La posible divergencia se da porque ambos aspectos de la justicia subsisten de forma independiente y justifican de diversas formas las normas y funciones de la RCE[865]. Ya se ha sostenido el valor de una distribución razonable de los derechos y deberes. También se ha mencionado el valor independiente y derivado que trae la justicia correctiva a través de la RCE. Entre ambos tipos de justicia existe una conexión íntima y sólo cierta independencia normativa[866]. Para entenderlo, se puede imaginar una sociedad tan injusta y desigual que sus instituciones no generen razones para actuar; en la que no se pueda sostener una responsabilidad individual; tampoco una autoridad de

[864] (Gardner, What is tort law for? The place of distributive justice 2019, 92) (Calabresi y Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral 1972, 1006).
[865] (D. M. Papayannis, El Derecho privado como cuestión pública 2016, 233-235) (Gardner, El derecho como un salto de fe. Ensayos sobre el derecho en general. 2022, 232-233).
[866] (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 215).

segunda persona; ni siquiera la división de la responsabilidad entre la sociedad y sus asociados. En dicha sociedad, no habrá una verdadera distribución de derechos y, de tal suerte, la justicia correctiva no tendrá fuerza normativa.

Sin perjuicio de lo anterior, si la sociedad es mínimamente razonable, se puede sostener la independencia entre ambos fundamentos[867]. Es decir, en una sociedad donde la distribución de bienes no sea la que ordenaría la mejor teoría de la justicia distributiva, todavía pueden existir razones para respetar la autoridad y dignidad de los semejantes. Esto depende de que se satisfaga un umbral mínimo de justicia social.

Ahora bien, a pesar de que la sociedad sea razonablemente justa se puede imaginar una RCE que ha satisfecho la función de establecer un marco de justicia interpersonal de forma apropiada, sin que ocurra lo mismo frente a su función distributiva. Puede suceder que el criterio para distribuir determinado paquete de normas primarias, secundarias y terciarias de RCE sea apropiado desde un punto de vista correctivo porque les permite a las partes exigirse un respeto mutuo, pero que el criterio distributivo utilizado, dado el contexto, tenga efectos calificables como negativos, y por dicha evaluación no deba considerarse como una función, sino lo contrario. Si dado el contexto desigual el mejor criterio a utilizar para distribuir estos bienes en el nivel relevante no sea uno basado en el mérito, sino uno basado en las necesidades; o si el criterio de igualdad se ha centrado en las oportunidades sin atender al resultado final, sería posible considerar que las normas cuentan como errores que deben ser corregidos por el legislador o excepcionalmente por el juez en los casos de conflictos o lagunas normativas.

Por todo lo anterior, en algunos casos, las normas de RCE pueden ser inapropiadas para cumplir la función de hacer justicia distributiva aun cuando permitan la constitución de un marco de justicia interpersonal. En esos casos, dichas normas pueden considerarse como errores morales *pro tanto* o errores funcionales, dado que no satisfacen todas las razones relacionadas con la función de justicia distributiva ponderadas de forma apropiada.

[867] (D. M. Papayannis, El Derecho privado como cuestión pública 2016, 233-235) (D. M. Papayannis, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual 2014, 209-215).

Un primer caso, sucedería cuando las razones asociadas a la justicia distributiva recomiendan en contra de hacer justicia correctiva en esa tipología de casos, pero pesan menos que las razones a favor de hacerlo. En ellos, la mejor opción parece ser continuar con la regla de RCE instaurada por el legislador. Un ejemplo podría ser aquel en el que una persona en condición de pobreza daña a una persona poderosa o con muchos recursos económicos, pero en su sociedad la diferencia entre la distribución de bienes ideal y la real es mínima, y el efecto de la obligación de reparar en el bienestar de la persona pobre es poca. En este caso, la obligación no parece excesivamente injusta. Aún sigue atendiendo a un balance apropiado de razones para guiar a los sujetos y ser aplicada por los jueces. En este caso, parece que lo mejor sería dejar que otras áreas del derecho —como el derecho tributario y las políticas públicas— acerquen a la sociedad y a las partes a un estado distributivo ideal.

Un segundo caso ocurre cuando las razones asociadas a la función de hacer justicia distributiva recomiendan en contra de hacer justicia correctiva, pero pesan igual a estas últimas. En este caso, la respuesta parece ser modificar la regla de RCE. Ello dependerá del tipo de norma que sea calificada como contraria a las razones de justicia distributiva, y el nivel o tipo de efecto con base en el cual se hace dicha evaluación. Hay al menos dos opciones. La primera, consiste en modificar el régimen de responsabilidad aplicable, cambiando la exigencia de los deberes de comportamientos y/o las condiciones para que surja un deber de reparación. La segunda es la eliminación o modificación de una doctrina o una característica accesoria que impacta en la distribución de bienes en alguno de los niveles según el criterio pertinente.

Un caso que podría representar este punto se observa en el marco de la responsabilidad del Estado por una clase de daños cometido de forma generalizada y sistemática. En estas ocasiones, cumplir de forma estricta con el principio de reparación integral puede oponerse a razones de justicia distributiva. Un Estado con recursos limitados y un volumen enorme de víctimas impediría una reparación integral para cada una de ellas y la satisfacción de otras políticas públicas. Así, una respuesta apropiada parece modificar el modo y el tipo de reparación para satisfacer ambos principios[868]. Establecer una clase

[868] Para un desarrollo más extenso del caso de la justicia transicional colombiana véase (Reyes Garcés

de concurso de acreedores o montos determinados para reparar una clase de daños injustos sería apropiado para cumplir de forma equilibrada ambas funciones. Otro caso, sería el caso en el que excepcionalmente se reduce o disminuye el monto de los deberes de reparación atribuidos a particulares que han cometido daños culposos, fundamentados en el efecto que tendrá en su vida o en otras razones de equidad, como la situación de desigualdad de un determinado país[869].

Finalmente, pueden ocurrir casos en los que las razones distributivas recomiendan en contra de satisfacer la justicia correctiva. Casos en los que estas razones pesan más y que, por tanto, utilizar la RCE para regular el comportamiento humano constituye un error. En estas ocasiones, la respuesta más apropiada puede ser eliminar el ilícito extracontractual. De tal suerte, frente a una conducta que sea una ruptura de una norma jurídica de respeto interpersonal en un sentido jurídico, las autoridades podrían reconocerle a la víctima la posibilidad acceder a un seguro colectivo y multar al victimario por su comportamiento. Esta sería una lectura posible de la eliminación de la responsabilidad civil por los accidentes de tránsito en ciertos casos, como sucedió en Nueva Zelanda.

D. Soluciones para los errores en el cumplimiento de las funciones no distintivas pero necesarias

En el terreno legislativo, las propuestas de reforma dependen de los detalles de cada modelo de RCE y de la realidad donde se aplicarán. Sin embargo, se puede hacer una afirmación general relacionada con los anteriores errores. En general, la forma de solucionarlos requiere modificar el contenido de las normas que tiene la disposición a causar el desequilibrio entre funciones. Esto es el comportamiento mandado, prohibido o permitido, sus condiciones de aplicación, su descripción, entre otras. Ninguna de las funciones de compensación, disuasión y/o distribución de derechos y deberes puede eliminarse, sin cambiar totalmente la estructura usual de la RCE, o al menos de aquello

2024).

[869] Un ejemplo es el Art. 10:401 contemplado en los PETL: «Reducción de la Indemnización. En casos excepcionales, puede reducirse la indemnización si la compensación íntegra comporta una carga opresiva para el demandado a la luz de la situación económica de las partes. Para determinar si esta reducción procede, deberá tenerse en cuenta, de modo especial, el fundamento de la responsabilidad (art. 1:101), el alcance de la protección del interés (art. 2:102) y la magnitud del daño».

que se ha aceptado como RCE en esta tesis. Esto quiere decir que eliminar una de las tipologías de normas que se deriva de su estructura sólo es posible si se decide dejar de utilizar la RCE. Por ejemplo, la función de compensación sólo se suprimiría eliminando las normas secundarias de reparación y terciarias de facultad. De hacerlo, se estaría hablando de otra área del derecho o de otra cosa.

Excepcionalmente, en una clase de casos donde el error sea particularmente insidioso y difícil de eliminar, se podría restringir la aplicación de la RCE, utilizando otro tipo de artefactos jurídicos para lidiar con el daño. Recurrir a fondos y seguros colectivos es una opción, por solo mencionarla. Se dice que excepcionalmente porque se parte del presupuesto de que hay razones para realizar la función de justicia correctiva, sólo que son subyugadas por las razones relacionadas con otras funciones.

IV. Errores en el cumplimiento de las funciones contingentes

A. Mecanismos de precaución para daños leves, poco probables o demasiado costosos

En la RCE, precaver o prevenir implica limitar la libertad del agente (potencialmente victimario) para que no cause un daño[870]. La precaución persigue eliminar o reducir significativamente una actividad o comportamiento que es fuente del riesgo. En la estructura de la RCE, la prevención requiere establecer una relación entre una norma primaria y una terciaria.

Para prevenir un tipo de daño, se necesita, en primer lugar, una norma de RCE que asigne derechos y deberes de indemnidad o de diligencia bilaterales en un caso concreto indicando que cierto comportamiento es prohibido u obligado. Por ejemplo, en los distintos modelos de RCE, usualmente existen normas primarias que prohíben la tenencia de perros peligrosos en un terreno con cercas insuficientemente altas, la construcción de un edificio en un terreno inestable, o el uso de nuevos pesticidas o herbicidas sin conocer sus efectos sobre alimentos consumidos por los seres humanos. Estos deberes de diligencia se suelen crear porque es previsible que su incumplimiento haga más probable el incumplimiento de un deber de no dañar con culpa[871]. En segundo,

[870] (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 55-56).
[871] Respecto los estándares de diligencia genéricos y específicos, se puede consultar el capítulo 2, en la

la prevención requiere una norma que permita a la posible víctima utilizar algún mecanismo procesal reconocido por una norma terciaria para forzar al agente negligente e imprudente a que tome las precauciones adecuadas o deje de realizar la actividad riesgosa. Frente a todos los casos citados, los distintos modelos de RCE reconocen acciones procesales ordinarias o constitucionales, que les permiten a las posibles víctimas actuar jurídicamente hablando frente al riesgo que las está amenazando.

Las acciones preventivas son cada vez más comunes en los modelos de RCE, e incluyen las acciones posesorias (tradicionalmente, la denuncia del daño temido), mecanismos procesales para imponer obligaciones de hacer o la aplicación del principio de precaución (*injuctions*, acciones de tutela, acciones populares), o incluso la figura de los gastos preventivos.

Obsérvese que la implementación de la prevención implica establecer una relación poco usual. En general, los deberes y derechos de indemnidad, contenidos en las normas primarias de RCE, no cuentan con una norma terciaria que habilite a la víctima para ejercer una acción procesal para exigir su cumplimiento sino hasta que el daño ha ocurrido. Por tanto, estos mecanismos se suelen asociar al incumplimiento de normas secundarias de reparación.

La precaución se evalúa como positiva en una comunidad de sujetos razonables por razones muy similares a las que se utilizarían para justificar la disuasión. Sin embargo, esta tiene más costos y, por ello, su justificación reclama razones adicionales. Dados sus posibles efectos nocivos, hay una mayor posibilidad de que se considere como una disfunción. Lo que sucedería si un mecanismo precautorio llega a considerarse como una restricción injustificada de la libertad.

En principio, la precaución, al igual que la disuasión, se justifica en las mismas razones que se tienen para contar con la norma de comportamiento, pero algo más se requiere para explicar porque las autoridades deberían implementarla. La precaución será especialmente valiosa en los casos en los que los daños son graves y la disuasión y la compensación no se consideran por sí mismas como respuestas satisfactorias para

---

sección III.

proteger los derechos o intereses instanciados en la norma de conducta y de reparación perteneciente al modelo de RCE[872]. En estos casos, en los cuales la disuasión no garantizan que el agente no dañará, y el daño será especialmente grave, las autoridades requieren eliminar el riesgo.

Ahora bien, para justificar la precaución no se necesita sostener que en todos los casos de daños interpersonales hay una brecha valorativa insalvable entre el estado de cosas en el que no se causan daños y aquel donde son compensados[873]. De hecho, lo único que se necesita defender para justificar una determinada medida precautoria es que hay una diferencia valorativa de grado entre algunos casos de daños intersubjetivos; es decir, que en algunos casos es mucho más grave ser dañado que en otros, y que en estos casos dicha brecha realmente es insalvable, lo cual justifica que en dichos casos se establezca una medida de precaución mientras en los otros se considera suficiente un remedio compensatorio. Entre otros, se hace referencia a los daños ambientales o a las lesiones físicas graves, casos en los que existe un riesgo de daños sistemáticos o masivos, o donde el interés de la víctima se pueda ver gravemente afectado de forma inmediata o latente.

Sumado a lo anterior, el estado del conocimiento (entre desconocimiento y certeza) sobre la frecuencia en la que ocurrirán ciertos daños juega un rol esencial al momento de justificar el uso de la precaución. Una mayor precaución implica un menor rango de opciones para los sujetos en la sociedad. Es verdad que las opciones de comportamiento que dañan injustamente no deben estar disponibles para los sujetos, pero en muchas oportunidades no se puede conocer con antelación cuándo ciertas acciones o actividades dañarán. Muchas veces se desconocerá en qué frecuencia de casos ocurrirán daños, su tipo, gravedad, entre otros factores relevantes para entender la entidad y magnitud del riesgo de la actividad o conducta. Otras veces habrá

[872] (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 56).

[873] Así lo sostienen algunos autores (Vargas Tinoco, Tesis doctoral. Más allá de una indemnización: autnomía y respeto en la responsabilidad civil 2020) y (D. M. Papayannis, El Derecho privado como cuestión pública 2016, 77-78). Aquí se considera que, si bien en muchos casos es así, tal vez en la mayoría de los casos relevantes para la RCE, en algunos pocos es difícil sostener una tesis tan fuerte, o al menos con estas palabras. La reparación de los daños cometidos con culpa leve, sobre un bien mueble de poco valor, dejan muy pocas razones sin conformar, una diferencia muy leve entre ambos estados de cosas. En este caso difícilmente se puede seguir sosteniendo tal «brecha normativa insalvable». Es una afirmación muy fuerte, y en este tipo de casos, exagerada.

indeterminación frente a todos o algunos de estos datos. Y, sólo en algunos casos se conocerán con un grado mayor de certeza. Pero, incluso en estos últimos casos sólo se podría saber plenamente que ocurrirá un daño en los comportamientos dolosos e inminentes, omitiendo las dificultades para conocer el estado mental del victimario. Por tanto, se podría afirmar que entre más conocimiento se tenga sobre la frecuencia y gravedad de eventos dañosos que ocurren en una clase de casos, mejores razones se tendrán para implementar medidas de precaución.

Piénsese en dos casos para comprender los puntos anteriores. En el primero, las autoridades pueden considerar que la salud alimentaria de su población es tan importante que estén dispuestas a prohibir preventivamente la aspersión de un tipo de herbicida, a pesar de los efectos positivos que tendría en la producción de una clase de alimento. Parece razonable sostener que las autoridades deberían prohibirlo en lugar de permitir su uso con la condición de que, en caso de causar daños en una proporción poco probable de la población, tengan la obligación de repararlos sin importar las precauciones implementadas para evitarlo. Esto implica aplicar un principio de precaución antes que un esquema de responsabilidad objetiva, aunque esta afirmación no excluye la idea de que se apliquen ambas estrategias. En el segundo caso, frente al manejo de automóviles, las mismas autoridades pueden permitir su uso a pesar de que esta actividad probablemente tendrán un efecto negativo en la salud de una posible víctima. Es decir, implementarán un régimen objetivo de responsabilidad.

En el primer caso, existe un riesgo indeterminado de daño para una gran cantidad de personas. En el segundo caso, existe un riesgo determinado y significativo para un pequeño número de ellas. Si se intuye que la solución de las autoridades en ambos casos es correcta, se debe a que se entiende que la cantidad de afectados, el tipo de daño y el mecanismo de reparación serán datos relevantes al momento de decidir qué conductas se precaven o no[874].

[874] Papayannis encuentra que «en algunos casos es difícil justificar su concesión [de una medida precautoria] sin vulnerar los derechos ajenos» especialmente cuando «el tribunal puede tener dudas de si se ha violado el estándar de diligencia o de si un riesgo en principio lícito amenaza concretarse de modo realmente inminente». Pareciera que, para él, el criterio esencial es el nivel de conocimiento que se puede tener sobre la ocurren del evento daño. Si es así, los dos ejemplos también permiten observar que la indeterminación no puede separarse de la calificación de la gravedad (D. Papayannis, Estructura y

En virtud de lo anterior, en algunos casos, la función de precaución de la RCE puede afectar injustificadamente el marco de justicia interpersonal y, en esas ocasiones, las normas que la implementen pueden ser consideradas como errores funcionales, por no estar justificadas.

El primer caso se daría cuando las razones para cumplir con la función de precaución pesan menos que las razones de justicia correctiva. En estos casos, si es que existe una norma terciaria que permita implementar la precaución o una orden efectivamente dada por un juez en ese sentido, cualquiera de las dos debería eliminarse del modelo de RCE porque restringe injustificadamente la libertad del posible victimario. En estos casos, la disuasión y la compensación pueden ser suficientes para complementar el marco de justicia interpersonal y satisfacer las razones que recomendaban el mecanismo de precaución. Ello puede ocurrir porque el riesgo de daño, su magnitud o frecuencia, es evaluado como reducido o leve, pero no irrelevante.

El segundo caso se daría cuando las razones para establecer un mecanismo de precaución pesan igual que las razones para hacer justicia correctiva. Puede suceder que, a pesar de tener reglas de conducta ajustadas a los intereses de las víctimas y victimarios, se desconozca si los incentivos serán suficientes para disuadir, y si las reparaciones serán un sucedáneo adecuado para los intereses de las victimas violados o vulnerados por los daños. En estos casos, se dudará si vale la pena implementar una norma terciaria que permita a las víctimas coaccionar y ejecutar sus derechos primarios anticipándose al daño. Sin embargo, una forma de dar cabida ambos tipos de razones sería contar con mecanismos que le permitan al juez evaluar en cada caso la gravedad del posible daño y la cantidad de posibles afectados para dictaminar si se concede o no la acción. Esto suele suceder en los ordenamientos jurídicos con las medidas cautelares innominadas.

La última situación se daría cuando las razones para establecer un mecanismo de precaución pesen más que las razones para hacer justicia correctiva. En estas situaciones la función de precaución afectaría el marco de conducta interpersonal porque limitaría la libertad de los posibles victimarios más de lo que aumentaría la seguridad de

funciones de la responsabilidad civil 2022, 55-58).

las posibles víctimas. Ello no implica que la decisión no esté justificada. Puede ocurrir que, pese a la baja probabilidad del daño, su levedad y el número de personas afectadas, este tipo de daños afecte a una población sobre la cual se debe tener especial cuidado. Tal vez, afecte a personas en condición de debilidad, especialmente vulnerables, tradicionalmente discriminados, etc. En esta situación, una norma terciaria que reconozca a esa población un recurso procesal podría estar justificada, si es que hay razones para pensar que las autoridades no podrían darles esta protección por su propia cuenta con actos administrativos o reglamentos.

B. Reducción de costes sociales de los accidentes que desincentivan las precauciones óptimas o implican subsidios regresivos

La RCE reduce los costes sociales de los accidentes cuando tiene alguna injerencia en la disminución del valor de las pérdidas y los costes de evitarlos. La literatura usualmente identifica tres tipos de costes sociales que la RCE tiene la disposición de reducir[875]. Los primarios son el producto del número de accidentes que ocurren y su valor, así como los costos invertidos en precauciones para evitar pérdidas mayores. Los costes secundarios están relacionados con la decisión sobre quién o quiénes asumirán las reparaciones, y de qué forma elegimos la opción más eficiente posible, quién los debe asumir. Esto es, si los costes primarios recaen sobre pocas personas o sobre quienes están en peores condiciones económicas para asumirlos, entonces la pérdida de bienestar para la sociedad será peor. Los terciarios se refieren a los costes ocasionados por la administración de la RCE. En otras palabras, el salario de jueces, el costo de los edificios y plataformas virtuales, los honorarios de los abogados, entre otros.

Los costes primarios tienen una relación directa con la disuasión, y por ello consideraré que su análisis se debería hacer frente a esa función. Mientras que la reducción de los costes terciarios difícilmente se pueden considerar una función de la RCE. Por su puesto, las reglas de RCE y la cantidad de casos que cubren, así como su uso por parte de la población, puede tener un efecto indirecto sobre el costo de administración de la rama judicial del poder público, porque aumenten la cantidad de litigios en las oficinas

[875] El estudio que los reconoce por primera vez (Calabresi, El Coste de los accidentes : análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil 1984, 44-45).

judiciales. Pero, dado que los jueces no sólo resuelven casos de RCE, intuyo que reducir los ilícitos extracontractuales en un modelo de RCE sólo podría tener un impacto mínimo en estos, aunque esto depende del ordenamiento jurídico[876]. Por todo lo anterior, el estudio de la función de reducción de costos se centrará en los costos secundarios[877].

En las circunstancias adecuadas, la estructura de la RCE facilita la reducción de los costes secundarios a través de las reglas terciarias y de otras reglas relacionadas con esta área del derecho. A través de reglas terciarias es posible distribuir la compensación entre las partes del proceso, de conformidad con la capacidad contributiva, u otros criterios que pueden estar relacionados con el principio de utilidad marginal decreciente. Esto es, de acuerdo con la pérdida de bienestar que el pago de la indemnización represente en una clase de sujetos demandantes o demandados. Esto puede deberse a que esa clase de sujetos tiene sus necesidades satisfechas, sus recursos son menos limitados o factores similares que reducen el valor percibido de cada unidad adicional pagada.

Para lo anterior, se suelen utilizar reglas que disminuyen en equidad la compensación o reglas que distribuyen entre las partes la obligación de compensar. Estas reglas se asocian más fácilmente a la función distributiva y, por tanto, sería mejor tenerlas en consideración al estudiar el cumplimiento de dicha función. Mientras que las reglas de los seguros obligatorios o facultativos pueden coadyuvar a la RCE para distribuir los costos secundarios entre múltiples personas a lo largo del tiempo, según su capacidad distributiva, y de esa forma asumir las compensaciones de forma más eficiente[878]. Estas reglas son contingentes, no necesitan estar presentes cuando hay RCE.

Es claro que la reducción de los costes secundarios puede ser evaluada como positiva en una comunidad de sujetos razonables por distintas razones. Al igual que sucede con

---

[876] Podría ocurrir que un estudio empírico revele que, en un contexto determinado, la mayoría de los casos en litigio sean de RCE. En esa sociedad, se podría sostener que las obligaciones contractuales son cumplidas, que las normas relativas al derecho de familia también se satisfacen e, incluso, que no se cometen delitos o, al menos, que no se investigan. Para efectos de la afirmación que se está sosteniendo, se asume que este no es el caso más común, como se intuye que sucede en la mayoría de los Estados modernos. Si fuera así, se podría incluir en esta categoría la función de reducir los costes terciarios, agregando al estudio los análisis empíricos que sean pertinentes.

[877] Esta separación para efectos analíticos también la hace Papayannis, fundamentado en razones similares (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 53. Nota. 129).

[878] (P. Cane, The anatomy of tort law 1997, 219).

la disuasión, si se considera que la RCE persigue fines morales valiosos, parece razonable elegir la norma que los alcanza de forma más eficiente entre las distintas opciones disponibles para conseguirlos, porque así también se contribuye a mantener y aumentar el bienestar de la comunidad en términos de riqueza. A su vez, la distribución de costos a través de los fondos de seguros hace más probable la reparación de las víctimas. Por ello, las razones para compensar también justifican de forma indirecta esta la reducción de costes secundarios.

Ahora bien, reducir los costes secundarios puede afectar negativamente la función de establecer un marco de justicia interpersonal, así como la función disuasoria. La función de establecer un marco de justicia interpersonal se cumple cuando dicho marco normativo de interacción entre las partes es razonable, sólo así se puede calificar como beneficiosa para una comunidad. Al mismo tiempo, la función de disuasión se cumple cuando las normas secundarias y terciarias generan razones prudenciales adecuadas para cumplir con las conductas obligadas por dicho marco normativo. Así descritas las anteriores dos funciones, al cumplir con la reducción de costes secundarios, las autoridades podrían afectarlas. Si se quiere reducir el costo social de ciertas compensaciones frente a una clase de daños pagada por un determinado grupo social en condiciones de pobreza, estas autoridades pueden distribuir su monto con un seguro a través del tiempo o con su reducción en equidad en el mismo proceso. Ello podría disminuir el cumplimiento de la norma de conducta por parte los sujetos de dicho grupo social porque habría menos razones prudenciales disponibles y, por tanto, la disuasión sería menor, dado que los sujetos considerarán que el seguro reparará los daños que ocasionen o que el costo de la reparación se reducirá. En otras palabras, los sujetos disminuirán el cumplimiento de las normas de RCE debido al posible efecto psicológico que sobre ellos tendrán las estrategias que reducirán los costos del accidente. Algunos autores describen este efecto indicando que el sujeto beneficiado por la estrategia se adormecerá y dejará de tomar las precauciones adecuadas, porque pensará que otro pagará por él los daños[879]. En el análisis económico del derecho, este efecto se ha calificado como riesgo moral. En esa literatura se suele indicar que los individuos que

[879] (P. Cane, The anatomy of tort law 1997, 219-220).

están cubiertos por un seguro tienden a adoptar menos precauciones que las que tomarían de no estar asegurados, ya que nunca asumirán el coste total del accidente.

Se tiene que aclarar que el efecto negativo sobre la disuasión no es total. Los sujetos se pueden ver incentivados para tomar precauciones óptimas aún después de asegurados. Ellos pueden considerar que el coste moral de causar un daño es demasiado alto, aun cuando no deban pagar el monto total de las reparaciones. Por ejemplo, si consideran que la culpa o la vergüenza por haber causado esos daños afectarán su bienestar. Asimismo, las aseguradoras toman pasos para disminuir el riesgo moral al elevar el coste de la prima del seguro. En efecto, si las primas que cobran las aseguradoras se ajustan directamente al riesgo de responsabilidad, el asegurado tendrá el mismo incentivo para evitar la responsabilidad que una parte no asegurada, todo lo demás igual[880].

Sin embargo, tal como dice Cane, «las primas de los seguros de responsabilidad civil no suelen estar debidamente relacionadas con el riesgo»[881]. En muchas ocasiones se desconoce el riesgo de responsabilidad y el costo de la compensación. Además, es muy costoso diseñar una prima para la situación de cada individuo, de modo que lo incentive adecuadamente al comportamiento diligente de ese agente.

Así, el posible efecto negativo de la reducción de riesgos tiene una entidad real, a pesar de las salvedades hechas. La función de reducción de costos secundarios de la RCE puede afectar negativamente el marco de justicia interpersonal y la disuasión. Cuando eso ocurre, las normas que reducen esos costos pueden considerarse como errores funcionales por afectar el equilibrio con el que la RCE debe cumplir sus funciones. En estos casos, el balance de razones recomienda en contra de su implementación y, por ello, deberían modificarse o eliminarse.

En los casos en los que las razones a favor de reducir los costos secundarios de la RCE pesan menos que las razones de justicia correctiva y de disuasión, implementar un seguro sería un error de este tipo. Por ejemplo, si se está frente a posibles daños físicos o daños que lesionen algún interés muy importante del sujeto, sería un error bastante obvio permitir que el victimario se asegure de las lesiones físicas que él ha causado con

[880] (P. Cane, The anatomy of tort law 1997, 220).
[881] (P. Cane, The anatomy of tort law 1997, 220).

dolo. En estos casos, las autoridades deberían interesarse especialmente en que los sujetos cumplan con su deber primario y, en parte, una indemnización costosa puede funcionar como forma para garantizar dicho comportamiento, cumpliendo al mismo tiempo la función disuasiva y compensatoria de la RCE. Casi todos los modelos de RCE excluirían daños físicos causados con dolo de aquellas situaciones asegurables, si es que acaso fuera necesario, pues, dicho sea de paso, las aseguradoras no dan pólizas en contra de este tipo de riesgos. Sería una decisión bastante costosa para el patrimonio de la empresa.

En los casos en los que las razones a favor de reducir los costos secundarios de la RCE pesan igual que las razones de justicia correctiva y de disuasión, no modificar el marco de interacción personal puede considerarse un error del tipo que estoy discutiendo. Estas ocasiones, incluso en las situaciones descritas en el párrafo anterior, en las sociedades que existan pocos recursos disponibles, puede darse un interés muy alto en maximizar la eficiencia reduciendo costes secundarios y, así, acumular más recursos que se invertirán en el pago de compensaciones. Aquí habría razones para implementar, por ejemplo, sistemas de responsabilidad objetiva con seguros obligatorios en ciertas circunstancias para ciertos tipos de daños.

En los casos en los que las razones a favor de reducir los costos secundarios de la RCE pesan más que las razones de justicia correctiva y de disuasión, puede descartarse el uso de la RCE e implementar directamente un fondo colectivo para reparar ciertas clases de daños causados por la agencia humana.

Por otro lado, la reducción de los costos secundarios puede tener un efecto negativo en la realización de la función de justicia distributiva. Recuérdese que las autoridades pueden obligar a una clase determinada de personas a tomar un seguro para reducir el costo secundario de los accidentes. En ciertas actividades y comportamientos se puede conocer que habrá pérdidas, los tipos de sujetos que las causarán y quiénes las padecerán. Entonces, si bien en la RCE la identidad de la víctima y de los victimarios son aleatorias, en los seguros se conoce quiénes pagarán la prima. En estas ocasiones, las aseguradoras usualmente no toman en cuenta el contexto distributivo desigual o las condiciones de pobreza de los sujetos al establecer las primas de los seguros. Por ello,

Keren-paz indica que «en el sistema actual, los pobres que cuentan con un seguro subsidian a las víctimas ricas»[882].

El efecto negativo se puede estudiar mejor en términos de justicia intergrupal (entre poderosos y débiles) y de justicia intragrupal (entre victimas débiles y otros en su condición)[883]. En principio, los seguros reducen los costos secundarios dispersando el coste de los accidentes entre muchas personas a lo largo del tiempo[884]. Ello aumenta el bienestar de una sociedad, pues logra que el costo del daño no sea desmedido para un solo sujeto o grupo más reducido de sujetos. El costo del daño o su reparación se distribuye entre todos los participantes de la actividad de acuerdo con el riesgo que estén corriendo, lo que incluye posibles víctimas y victimarios, sin importar su nivel de riqueza. Si se evalúa una regla de este tipo en términos de justicia intergrupal, se concluirá que el costo de la prima, aunque tenga el mismo valor económico, será más alto para los participantes débiles que para aquellos poderosos por el principio de utilidad marginal decreciente. Dicha norma generará, lo que Keren-paz ha denominado, un subsidio cruzado regresivo[885]. Así, este mecanismo de dispersión del coste afectará la función de justicia distributiva y, también, dificultará la función de reducción de costos.

De acuerdo con lo anterior, en ciertas ocasiones, las razones de justicia distributiva se opondrán a las razones para implementar un esquema más amplio de reducción de costes secundarios. En dichas ocasiones, si las primeras razones tienen un peso mayor, será posible reducir el alcance del grupo abarcado por el seguro, excluyendo algunos sujetos y agregando otros.

Por otro lado, si las razones de justicia distributiva que apuntan a una reducción del grupo de aportantes pesan menos que las razones para implementar un esquema más amplio de reducción de costes secundarios, sería un error reducir el alcance del seguro. Por ejemplo, sería posible que cierto seguro establezca un subsidio cruzado regresivo, pero que ello sea necesario para dotar al fondo del seguro de los recursos económicos suficientes para responder a los daños de las víctimas pobres. De tal suerte, una

[882] (Keren-Paz 2016, 59).
[883] (Keren-Paz 2016, 61-62).
[884] (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 65).
[885] (Keren-Paz 2016, 58).

sociedad en la cual el grupo de pobres es muy grande y la riqueza de los poderosos no es enorme, un subsidio cruzado será preferible a un fondo de reparaciones sin recursos económicos. Todo dependerá de la sociedad en la cual las autoridades estén implementando esta función del modelo de RCE.

A su vez, si las razones de justicia distributiva que apuntan a una reducción del grupo de aportantes pesan igual que las razones para implementar un esquema más amplio de reducción de costes secundarios, ambas opciones serían permisibles moralmente. Ninguna elección contaría como un error funcional. Un caso que se podría presentar sería el de un seguro que, si bien es justo intergrupalmente, en otras palabras, entre víctimas poderosas y pobres, afecta intragrupalmente a otros integrantes pobres que no se han dañado al obligarlos a pagar una prima. En este caso, parece que el efecto negativo respecto la función distributiva es mínima. De manera que aumentar o reducir el grupo de aportantes al seguro sería permisible.

Finalmente, si las razones de justicia distributiva que apuntan a una reducción del grupo de aportantes pesan más que las razones para implementar un esquema más amplio de reducción de costes secundarios, sería un error funcional mantener la norma que permite la distribución de la prima entre un determinado grupo de aportantes en condiciones de pobreza. No sólo porque afectará la función de justicia distributiva, también porque es factible pensar que, dado el principio de utilidad marginal decreciente, no satisfaga las razones que apuntan a reducir el costo. Por mencionar un caso, un seguro que no sólo es injusto intergrupalmente dado que cobra la misma cantidad de prima a aportantes poderosos y débiles, sino que también afecta injustamente al grupo de pobres que serían víctimas. Este sería inaceptable desde la función de reducción de costos y desde la función de justicia distributiva.

C. Implementar remedios con finalidades retributivas

El último error funcional se relaciona con la función contingente de la RCE de sancionar a los victimarios. Muchas veces la dogmática tradicional ha interpretado que compensar más allá del daño es una sanción y, en ese sentido, consideran que la RCE cumple la función de sancionar[886]. Esta interpretación es entendible. Después de todo, las multas

[886] Entre otros (Gallo 2023, 173-175).

son sanciones económicas. En una lectura así, la suma adicional al monto compensatorio sería una multa privada o un castigo impuesto por un particular. En otras palabras, un castigo impuesto por la víctima que ha decidido presentar una demanda y ha triunfado en su acción procesal. Pese a ello, no toda suma indemnizatoria extra admitiría dicha interpretación. En ocasiones, dichas formas de compensación se denominan más apropiadamente como “daños ejemplares”, pues su justificación es la disuasión, antes que el castigo. Sin embargo, incluso en los casos en los que denominar “sanción” a esta suma adicional entregada por los jueces en el marco de juicios sobre RCE parece plausible, no parece estar justificado, pues subsisten otras dudas sobre la pertinencia de usar la RCE como un medio para el fin de castigar un comportamiento.

En efecto, los aspectos relevantes de la práctica jurídica de la RCE impiden interpretar racionalmente que en algunos casos la RCE cumple la función de sancionar a través de la indemnización, o al menos, reducen la fuerza de una afirmación así. Existen muchos aspectos relevantes de la RCE que dificultan el caso de la función sancionatoria, y muchos autores los han utilizado como base para argumentar en contra de esta lectura. Papayannis, por ejemplo, sostiene que la indemnización no tiene un componente sancionador debido a que el resultado dañino es necesario para ordenar el remedio, y que «no se hacen ni se han hecho excepciones al principio de que no hay responsabilidad sin daño»[887]. Además, él argumenta que incluso si se acepta que la RCE solo sanciona un subconjunto de las conductas que causan daño, no se explica por qué la indemnización no varía en función del grado de culpabilidad con el que se haya causado el daño —dolo, culpa grave, culpa leve—. Por último, afirma que la existencia de seguros para todos los casos de responsabilidad y regímenes objetivos de responsabilidad para algunas situaciones descarta esta interpretación sancionadora de la indemnización[888]. En suma, de acuerdo con Papayannis, para afirmar que en algunos casos la indemnización ordenada a la luz de la RCE tiene un carácter sancionador, sería necesario interpretar dichos casos de manera aislada, ignorando otros aspectos relevantes de esta área del derecho[889].

[887] (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 68).
[888] (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 68-69).
[889] Coleman, a su vez, argumenta que la explicación del derecho penal a la RCE es impertinente porque

Una lectura más cómoda de la RCE llevaría a sostener que cuando los jueces aplican las normas de RCE que ordenan una indemnización acrecentada, no están sancionando. En estos casos, los jueces están haciendo justicia correctiva, realizando un valor expresivo, o incluso disuadiendo. Es cierto que en algunos modelos de RCE se encuentran ciertas reparaciones extracompensatorias, los llamados "daños ejemplares o punitivos"[890]. En principio, bajo un marco normativo así, un juez o agente *sancionaría* si condena a alguien incluyendo dicho rubro. Se dice en principio, porque las razones para su aplicación son relevantes al momento de describirlas apropiadamente, al determinar que efectivamente son una forma de sanción. Bajo un estudio más profundo, el daño ejemplar o punitivo puede interpretarse como parte de un esquema de justicia interpersonal[891] o, de forma muy cercana, como parte de una función expresiva, gracias a las razones subyacentes de la norma que los contempla. En ambos casos, si la víctima solicita las reparaciones extra-compensatorias y el juez las decreta basado en este tipo de razones, ella comunicará al victimario y a la sociedad su indignación moral por el daño especialmente humillante o denigrante causado por aquel. Así, los daños ejemplares o punitivos más que un castigo o una retribución, involucrarán «quiénes somos y el significado que construimos a la luz de las circunstancias del injusto»[892]. Les permitirá a las víctimas el restablecimiento del sentido del valor propio en el marco de su sociedad.

Las anteriores no son las únicas lecturas alternativas posibles. Los daños ejemplares o punitivos también podrían interpretarse como una forma de cumplir una función disuasoria. En este caso, dicha respuesta por el incumplimiento de deberes buscará aumentar las razones prudenciales con las que cuentan los agentes al momento de actuar en sus relaciones interpersonales, en los casos en los que la compensación por el daño es insuficiente[893]. De hecho, muchas veces, cuando los teóricos o dogmáticos afirman que hay daños ejemplares o punitivos en el modelo de RCE o cuando defienden

esta última cuenta con características muy distintas. Por ejemplo, la asignación de costes entre dos sujetos -un juego de suma cero- y la existencia de contratos de seguros que están justificados (J. L. Coleman, Riesgos y daños 2010, 228-230).

[890] Términos así se encuentran en (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 168) (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 69).

[891] (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 70).

[892] (Martínez Alles 2018, 245).

[893] (D. Papayannis, Estructura y funciones de la responsabilidad civil 2022, 69).

su inclusión, proponen que el cálculo del costo se haga de forma que el dañador se vea disuadido de la conducta considerada ilícita[894].

Sin perjuicio de lo anterior, subsiste un caso donde la RCE efectivamente sancionaría. La denominación de sanción se reservaría para la orden judicial que condena a reparar daños extra compensatorios, si está justificada con una finalidad retributiva[895]. En general, la retribución se refiere a una recompensa o pago por algo. En la RCE, cuando el victimario es forzado por el juez a pagar ciertos daños ejemplares o punitivos, fundamentado en el mal que el victimario ha hecho; en la indignación que siente la víctima y la sociedad, se podría entender que dicha finalidad se ha instanciado. Quien defienda este tipo de daños podría aceptar que tiene problemas de desajuste con la estructura de la RCE, pero que hay razones normativas para agregar tal función y modificar la estructura de la práctica si es que es necesario[896].

Si el anterior es el argumento, se podría dar una respuesta normativa en términos de medios-fines. No se quiere retribuir con la RCE, porque no es un instrumento apropiado para ello[897]. En general, las teorías retribucionistas de la pena alegan que aquel que comete un injusto merece ser declarado responsable y también un castigo apropiado por su acción[898]. En estas teorías se suele distinguir entre aquellas que sostienen que el ilícito proporciona razones para castigar a alguien, dado que lo merece, que se denominan positivas; y otras que afirman que el castigo debe limitarse de forma proporcional a la acción del delincuente, llamadas negativas[899]. Quién desee retribuir con la RCE tendrá que sostener alguna de estas dos versiones, y usar cualquiera de las dos

[894] Un ejemplo de esta lectura en (Irigoyen Testa 2011, 13).
[895] Además de las expuestas, una razón extra para esta estipulación es la zona gris en la que cae una condena monetaria. Es posible comprenderla como una sanción, pero no de la misma forma en la que sencillamente se comprende como tal la restricción de la libertad.
[896] Sobre este tema, Markel distingue tres clases de remedios extra-compesatorios: aquellos que pretenden hacer que el demandado internalice los costos de su agencia, aquellos que persiguen vindicar los intereses de las víctimas, y aquellos que efectivamente persiguen retribuir al victimario por su comportamiento. Una vez hace esta distinción, propone una justificación para esta última clase (Markel 2009).
[897] Justamente por ello, Markel defiende ciertas reformas en términos procesales y garantías para los investigados que permitirían modificar lo suficiente un modelo de RCE como para permitir la inclusión de este tipo de funciones sancionatorias (Markel 2009, 1423 y ss).
[898] (Hoskins y Duff 2022).
[899] (Hoskins y Duff 2022).

para interpretar y justificar los daños ejemplares o punitivos implica múltiples problemas de fundamentación y de ajuste en la RCE.

Se puede discutir si la finalidad retributiva está, todas las cosas consideradas, justificada[900]. Pero incluso si lo estuviera, no es claro de qué forma la RCE sería un medio adecuado para cumplir dicha función. Algunos autores se han preguntado si las compensaciones y la justicia reparativa se ajustan al derecho penal[901]. Una pregunta inversa cabe aquí cabe en la RCE, si la estructura de las normas de RCE permite un lugar para la pena. Una pregunta que parece responderse de forma negativa si se utilizan las razones esbozadas por Papayannis para descartar la interpretación de la indemnización como una forma de sanción[902]. Nuevamente, la RCE no suele establecer en sus deberes secundarios, ni en las órdenes de reparación dictadas por un juez a la luz de las exigencias hechas por las víctimas gracias a las normas terciarias, una proporcionalidad relacionada con el grado de responsabilidad y con la magnitud del daño. Una proporcionalidad que, en principio, sería exigida por una teoría retribucionista estándar —positiva o negativa— que establezca los límites a la penalidad en fundamentos retributivos.

Lecturas conjuntas que mixturen razones retributivas y disuasorias para justificar los daños ejemplares o punitivos no son menos problemáticas. Distintos autores han mostrado de qué forma la disuasión en muchas ocasiones apunta a consecuencias distintas a las que apuntaría la retribución por su componente proporcional. Por ejemplo, si todas las instancias de un ilícito extracontractual van a desincentivarse o prevenirse, la pena será innecesariamente alta. Lo contrario sucede si sólo unas cuantas instancias de dichos ilícitos van a desincentivarse[903]. Todo ello no busca afirmar que no puedan

[900] Si en principio no lo está, cualquier intento de implementar daños punitivos con fines retributivos sería un error funcional por el argumento que sostenga tal ausencia de justificación.
[901] (Zedner 1994, 13).
[902] Otros autores que critican el encaje de la función sancionadora en las reparaciones son Goldberg & Zipursky. Según ellos, entender los daños punitivos como una clase de remedio disponible para la víctima —en el marco de la justicia interpersonal—no ofrece mayores problemas. Mientras que vistos desde una perspectiva regulatoria, como la clase de mandatos que posiblemente fuesen perseguidas por un fiscal o impuestas por la administración pública, generan problemas procesales y sustantivos (Goldberg y Zipursky, Recognizing wrongs 2020, 170-171).
[903] (Nozick 1974, 60-61) (Gardner, Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal. 2012, 224)

compatibilizarse[904], sino que, tal vez, la función retributiva-sancionadora no tiene un lugar racional en la RCE. O, al menos, no tiene uno que pueda ocupar de forma cómoda u orgánica. Se podríamos usar un artefacto y una práctica jurídica distinta para ello.

Ahora, cuando un legislador u otra autoridad debe evaluar los distintos casos para encontrar qué herramienta utilizar se podrá encontrar en ocasiones donde las razones para sancionar retributivamente[905] pueden estar en pugna con las consideraciones a favor de hacer justicia correctiva o disuasión. En esas ocasiones, a veces, se puede sostener que darle prelación a las razones de justicia retributiva al crear normas secundarias y terciarias que establezcan daños punitivos serían errores morales *pro tanto.* Lo mejor sería utilizar prácticas punitivas, el derecho penal, disciplinario, policivos, etc., para ello.

D. Soluciones para los errores en las funciones contingentes

En general, la forma de solucionar los errores relacionados con las funciones contingentes de las RCE sería eliminar del modelo de RCE las normas que las implican o producen los efectos calificados como errados. Podría ser que la finalidad perseguida con dicha función tenga un lugar más orgánico y menos contraproducente en otra área del derecho. Excepcionalmente, dependiendo de la importancia y fuerza del compromiso con la función contingente, se podría modificar la norma que tiene la disposición a cumplir con tales disfunciones para reducir al mínimo el efecto desequilibrado que tiene con relación a las razones para hacer justicia correctiva.

Conclusiones

El análisis desarrollado en este capítulo destaca cómo los errores funcionales pueden comprometer la disposición de los modelos de RCE para cumplir sus múltiples funciones de manera equilibrada. Se identificaron errores relacionados con la función distintiva de

[904] De hecho, incluso en derecho penal se ha argumentado que el hecho de que todos los argumentos a favor de castigar deban ser reunidos en la parte objetiva de la justificación, no significa que todos deban figurar en la parte subjetiva (Gardner, Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal. 2012, 224). Un argumento similar podría utilizarse para justificar los daños ejemplares o punitivos.

[905] Aquí estoy asumiendo que dichas razones se pueden encontrar y que estas normas se pueden interpretar desde su perspectiva. Ya hemos contemplado los casos de error en otros apartados del texto si interpretamos los daños ejemplares o punitivos como normas que cumplen con funciones de justicia correctiva, expresivas o disuasorias.

establecer un marco de justicia interpersonal, así como con las funciones necesarias y contingentes. Estos errores reflejan desequilibrios que afectan tanto la corrección moral del modelo de RCE como su eficacia y efectividad.

Los errores funcionales ocurren cuando las autoridades producen normas que contribuyen a cumplir desequilibradamente las funciones de la RCE. Este fue el eje principal del capítulo, en el cual se distinguieron distintas tipologías de errores al relacionar las funciones entre sí. Para ello, se contrastó la función distintiva con las funciones necesarias y contingentes. Además, se presentaron soluciones tentativas para corregir dichos errores. Las conclusiones del capítulo se limitan a los argumentos considerados; en otras palabras, estos errores serían *pro tanto*, dependiendo de la cantidad de funciones atribuidas a la RCE, la consideración de otras razones normativas y la fuerza que se les otorgue.

Se puede concluir que un modelo de RCE realmente justificado debe abordar estos errores mediante reformas que consideren las condiciones contextuales y el bienestar de los ciudadanos dentro del marco de la sociedad. Si bien la justicia correctiva constituye el propósito y la función distintiva de la RCE, otras funciones, como la compensatoria, disuasoria, y distributiva, entre otras, deben integrarse para evitar desbalances que perpetúen efectos negativos en esta área del derecho.

En última instancia, los legisladores y demás autoridades jurídicas tienen la responsabilidad de identificar y corregir las normas que constituyen errores funcionales. Soluciones como la reevaluación de los criterios de compensación y disuasión, la consideración de distintas cuestiones distributivas, la incorporación de mecanismos precautorios en contextos específicos, en últimas, la implementación de un modelo de RCE flexible y adaptativo, representa una estrategia viable para hacerlo más justo y equilibrado. De esta manera, se reforzará no solo la capacidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual para compensar, disuadir, y prevenir daños, sino también su papel como instrumento de justicia en las relaciones interpersonales.

CONCLUSIONES GENERALES

La responsabilidad civil extracontractual se presenta en esta tesis como un artefacto jurídico cuya arquitectura debe tener en consideración su estructura normativa, funciones y los errores que pueden surgir en su diseño e implementación. Mediante un análisis filosófico-jurídico, se argumenta que su propósito principal es establecer un marco normativo interpersonal justo, y que se pueden evaluar los modelos locales de RCE de acuerdo con sus funciones y disfunciones. De este modo, se destaca que las autoridades, al diseñar e implementar la RCE, deben garantizar, como cuestión de principio, un cumplimiento equilibrado de sus funciones, otorgando una prioridad prima facie a la función distintiva, en coherencia con el contexto normativo y social. Cada capítulo de la tesis desarrolla una premisa para llegar a esta conclusión, fundamentándola en argumentos descriptivos, conceptuales, o normativos.

En los primeros tres capítulos se sostuvieron conclusiones relativas a la estructura de la RCE. En el capítulo uno, se dijo que la RCE regula a través de normas bilaterales ciertas relaciones intersubjetivas, aquellas en las que se puede causar daño jurídicamente relevante. Algunas normas de este tipo, denominadas secundarias, asignan deberes de reparación. Las normas secundarias constituyen el aspecto definitorio de la RCE. Ellas establecen las condiciones en las que existen derechos a ser reparado y deberes de reparación. En el capítulo se concluye que, aunque las normas secundarias son un aspecto distintivo de la práctica, no operan de manera aislada, sino que interactúan con otras categorías normativas para formar un modelo de RCE funcional. Por una parte, se conectan con normas de comportamiento que prohíben dañar de ciertas formas y en ciertas circunstancias, o que ordenan comportarse diligentemente. Sin ellas, no se podría establecer que un determinado comportamiento dañoso es un fundamento apropiado para justificar un deber de reparar, es decir, no se podría decir que es un injusto civil. Por otro, se conectan con normas terciarias que facultan a las víctimas para exigir sus derechos de indemnidad cuando lo consideren apropiado y que, en consecuencia, hacen vulnerables a los victimarios de responsabilidades civiles.

A su vez, en el capítulo dos, se concluyó que los modelos de RCE incluyen normas primarias de comportamiento que imponen deberes de no dañar y actuar con diligencia.

Mediante un análisis crítico de las teorías realistas y dogmáticas, complementado por una tesis interpretativa que explora la relación entre los modelos de RCE y los ordenamientos jurídicos en los que se insertan, así como el razonamiento que los juristas plausiblemente desarrollan a partir de esta interacción entre sistemas normativos, se asume la presencia de estas normas en los modelos de RCE. En realidad, los derechos y deberes que estas normas asignan son indispensables para garantizar un marco normativo que respalde la justicia correctiva y la convivencia respetuosa en contextos interpersonales.

En el capítulo tres, se afirmó que las normas terciarias —como aquellas que reconocen el derecho de las víctimas de demandar— son parte relevante de la estructura de la RCE. Las normas terciarias garantizan que las víctimas puedan recurrir a mecanismos procesales para, en ciertos casos, exigir comportamientos diligentes que disminuyen los riesgos a los que están siendo sometidas, y para demandar la reparación de daños injustos. En general, hay una relación entre las normas primarias y secundarias y las normas que reconocen facultades a las víctimas. Dicha relación se justifica en razones normativas ampliamente aceptadas, que llevan a sostener que un modelo de RCE que no cuente con ella es cuestionable en términos de su justicia o corrección moral. En el capítulo se defienden estas afirmaciones de críticas que puedan venir de teóricos o dogmáticos derecho procesal, que defiendan la supuesta independencia de esta área del derecho. En el texto se rechaza la visión dicotómica entre el derecho adjetivo y sustantivo, afirmando que, desde la perspectiva de la RCE, una respuesta completa a la pregunta sobre la regulación de una determinada acción respetuosa o dañosa requiere explicar la facultad procesal que la víctima tiene para acceder a la jurisdicción y los requisitos para ejercitarla.

En la segunda sección de la tesis se expuso de qué forma el modelo de RCE guía la conducta humana. Al respecto, en el capítulo cuatro se explicó que las autoridades determinan, con normas genéricas y específicas, las circunstancias de aplicación y los comportamientos exigidos por las normas primarias y secundarias de la RCE. Frente a las circunstancias, se estableció que las autoridades definen qué regímenes son supletivos y cuáles especiales, utilizando los dóminos de validez y las condiciones de aplicación de las normas. Estos conceptos de la teoría del derecho permiten entender de

qué forma las autoridades precisan la amplitud de las circunstancias en las que aplican sus regímenes de responsabilidad.

Frente a los comportamientos, en el capítulo cuatro, se prefirió hablar de normas abiertas o cerradas para mostrar cuándo la autoridad ordena un comportamiento concreto o cuanto le manda al ciudadano realizar el balance de razones apropiado para especificar el comportamiento obligado. Asimismo, se sostiene que ambos tipos de normas de RCE referencian el comportamiento humano y no sólo hablan de sus consecuencias o de ciertos precios por su ejecución. Sólo que este comportamiento se tiene que entender en un sentido amplio, haciendo referencia a acciones básicas, intencionales o a consecuencias que permiten identificar la acción realizada por el sujeto.

A su vez, en el capítulo cinco se concluyó que las normas de la RCE guían a los ciudadanos en sus relaciones interpersonales a través de razones de diverso tipo, según el tipo de obligación que asignan. En primer lugar, se precisó que las obligaciones jurídicas pueden interpretarse como razones para actuar de diverso tipo, bien sean razones normativas o prudenciales. Así, el buen ciudadano tiene la disposición de actuar en virtud de las normas interpretadas como razones normativas. Esto, se explicó, muestra que el derecho puede guiar informativa o motivacionalmente, siendo especialmente relevante el primer tipo de guía. Un modelo de RCE sólo puede cumplir sus funciones si mínimamente logra hacer una diferencia práctica ofreciendo una guía informativa para la toma de decisiones de los sujetos. Si les indica a los sujetos que en las relaciones con sus pares cierta acción ahora está prohibida, permitida u obligada, y si esta indicación ingresa de forma relevante en su balance de razones, sin importar si finalmente es la razón operativa por la cual el agente decide actuar. Así las cosas, se mostró que no sólo las normas cerradas, aquellas que especifican el comportamiento exigido, hacen una diferencia práctica. Las normas abiertas también ingresan de forma relevante en el balance de razones del sujeto al asignarle obligaciones de medio o de resultado, dándole razones para intentar cumplir con sus obligaciones o razones alcanzar con los resultados exigidos.

En la sección tercera, se elucida el propósito de la RCE. En el capítulo seis se sostuvo que su propósito es establecer un marco normativo interpersonal justo. Para ello, se

analizaron distintas teorías de la RCE, que reconstruyen racionalmente la práctica jurídica de responsabilizar a ciertos individuos por los daños injustos que han cometido a sus pares. Este análisis permitió aceptar la idea de que la RCE constituye algo de valor y sostener que hay una relación constitutiva entre la RCE como medio y la justicia correctiva como propósito; una relación en la que aquel hace más concreta esta y permite su aplicación. En el capítulo se analizaron los detalles de estas teorías y la forma como se ajustan a los distintos aspectos relevantes de la RCE, mostrando que, si bien esta relación implica que la justicia correctiva es necesaria en la explicación del área del derecho, no es suficiente para lograr abordar todos sus aspectos centrales y periféricos. Por ello, se prefirió la tesis de la continuidad y la tripartición de normas. Bajo esta teoría, la RCE es un instrumento apropiado para hacer justicia correctiva porque ayuda a que los sujetos se ajusten a sus deberes —las razones categóricas e imperativas— que dejaron insatisfechas en las relaciones interpersonales, pero su sola implementación no la consigue. Además, no sólo es un instrumento que tiene efectos relacionados con la justicia correctiva, sino con otros valores que deben ser considerados en conjunto para concluir apropiadamente si está (o no) justificada.

Una vez establecido su propósito, en el capítulo siete se aborda su razonabilidad, destacando que esta se fundamenta en la racionalidad humana y en la importancia de los deberes interpersonales. Para ello, se utiliza la tesis de la continuidad, en la que se argumenta que la justicia correctiva posee un valor inmanente al permitir que las personas se conformen con las razones más importantes que rigen las relaciones interpersonales, incluso después de un incumplimiento. Además, se subraya que los deberes de reparación se justifican con su conexión necesaria con los deberes de comportamiento interpersonal, lo que asegura su fuerza normativa y evita la imposición arbitraria de responsabilidades por su incumplimiento.

En el capítulo siete también se explora cómo la justicia correctiva, aunque valiosa, no opera frente a todas las razones cotidianas debido a la multiplicidad e inconmensurabilidad de estas en la vida práctica. Los seres humanos, se sostuvo, tienen razones para seguir adelante con su vida, de manera que sólo los deberes —las razones categóricas e imperativas— dejan rastros suficientemente importantes como para seguir conformándose a ellos, incluso después del incumplimiento. Asimismo, se analizan los

desafíos que esto plantea para justificar la implementación de responsabilidades civiles, señalando que cualquier diseño normativo de un modelo de RCE debe equilibrar el valor que constituye al establecer un marco normativo interpersonal justo con sus impactos en la sociedad y en el resto del derecho. Finalmente, se concluye que, a pesar de la razonabilidad del propósito de la RCE, la justificación de un modelo local requiere una evaluación de sus efectos y de su disposición para promover no solo la justicia correctiva, sino también otros valores, como la justicia distributiva.

A partir de estas premisas, en el capítulo ocho se concluye que la justificación de la RCE está vinculada a las funciones que desempeña en una sociedad. Para ello, se presentó una desiderata para la justificación en el derecho privado, estableciendo que los argumentos que pretenden responder por qué se debe seguir con un modelo de RCE tienen que explicarlo en sus propios términos, desde el punto de vista jurídico, pero también traducirlo al público en general, a quienes contribuyen con sus impuestos a su mantenimiento y están sometidos al riesgo de posibles responsabilidades. Se sostuvo que entre las distintas estrategias que se han utilizado para justificar la RCE, las justificaciones funcionales parecen cumplir más apropiadamente esta desiderata. En virtud de ello, se estudiaron las justificaciones de este tipo en el derecho y se respondió críticamente a ciertos argumentos que intentan desvirtuar su pertinencia. Así, se seleccionó una clasificación de las funciones en el marco de la RCE que diferencia entre funciones distintivas, necesarias y contingentes.

Profundizando en la justificación de la RCE, en el capítulo nueve se concluye que, aunque el propósito central de la RCE —establecer un marco normativo interpersonal justo— debe tener prioridad *prima facie* en su diseño e implementación, las autoridades jurídicas, en particular los legisladores, también deben procurar que su modelo de RCE cumpla equilibradamente con sus diversas funciones, ya sean estas distintivas, necesarias o contingentes. Para fundamentar este principio normativo, se analizó críticamente el debate entre teorías normativas monistas y pluralistas, concluyendo que las posiciones pluralistas débiles, sustentadas en argumentos instrumentalistas, son las más adecuadas para abordar esta cuestión.

En el capítulo nueve, se defendió que las teorías pluralistas débiles evitan las limitaciones de las teorías monistas en sus versiones fuertes, las cuales seleccionan de forma arbitraria un único valor o función como central para la RCE, ignorando los efectos contextuales y la diversidad de lo valioso. A su vez, se rechazaron los argumentos de especialización institucional propuestos por las teorías monistas en sus versiones débiles, ya que si una autoridad se enfoca exclusivamente en el cumplimiento de una función incrementa el riesgo de que la RCE se utilice de forma irracional, especialmente cuando su estructura le da la disposición para cumplir múltiples funciones.

Entre las teorías pluralistas, las posiciones fuertes también mostraron ciertas limitaciones. Aunque parecen convincentes en contextos legislativos, su aceptación incondicional podría permitir un uso de la RCE completamente alejado de su función distintiva. Esta posibilidad fue considerada problemática, ya que en lugar de desvirtuar la RCE para satisfacer objetivos ajenos a su propósito, las autoridades podrían diseñar nuevos artefactos jurídicos más adecuados para esos fines específicos.

En el análisis, se evaluaron las respuestas de las posiciones pluralistas débiles a este problema, concluyendo que los argumentos constitutivos no son suficientemente sólidos para evitar el uso impropio de la RCE. En cambio, se defendió la solidez de los argumentos instrumentalistas, que justifican la pertinencia de la RCE en casos donde la justicia correctiva ofrece una solución razonable, incluso si es incompleta, y la RCE está diseñada de forma apropiada para alcanzarla. Esto implica que, en principio, las autoridades deberían regular los casos observando cómo logran establecer un marco normativo interpersonal justo y, posteriormente, contrastar esta función distintiva con otras necesarias o contingentes, dependiendo de su valor en contextos específicos.

Finalmente, en el capítulo diez se concluyó que los errores funcionales en los modelos de RCE surgen cuando las normas promulgadas por las autoridades no cumplen equilibradamente con sus funciones, generando efectos desproporcionados o inadecuados. Para abordar esta problemática, se desarrolló una tipología de errores funcionales y se propusieron criterios normativos para identificarlos, evaluarlos y corregirlos. En el capítulo se argumenta que los errores funcionales pueden clasificarse según las funciones distintivas, necesarias y contingentes de la RCE. En relación con la

función distintiva, se analizó cómo las normas de RCE deben establecer un marco normativo interpersonal justo, donde los derechos y deberes de las partes sean tratados con igual consideración. No obstante, se identificaron casos en los que el valor expresivo de la RCE genera distorsiones, transmitiendo mensajes inadecuados o sobrecargando a las partes afectadas.

Respecto a las funciones necesarias, se sostuvo que en el marco del análisis los errores funcionales pueden manifestarse en tres principales categorías: excesos o defectos en la compensación, incentivos inadecuados para cumplir los mandatos normativos y efectos distributivos injustos. En relación con la compensación, los errores incluyen normas que no respetan el principio de reparación integral, ya sea por imponer indemnizaciones desproporcionadas o por no contemplar adecuadamente las particularidades del contexto, como las capacidades económicas de las partes o los costos de transacción asociados. En cuanto a la disuasión, los errores surgen de normas que generan incentivos insuficientes o excesivos para evitar daños, afectando la efectividad de la regulación. Por último, en términos de distribución, se identificaron problemas en normas que perpetúan desigualdades estructurales al imponer tratos respetuosos en contextos marcados por desigualdades injustas, sin abordar las condiciones de base que limitan la equidad en las relaciones interpersonales.

En cuanto a las funciones contingentes, se dijo que los errores funcionales están vinculados a los mecanismos de precaución, la reducción de costes sociales y el uso punitivo del modelo de RCE. En cuanto a la precaución, los errores surgen de la imposición de medidas excesivas que restringen injustificadamente libertades, la subregulación que desprotege a las víctimas y la falta de criterios claros para evaluar riesgos, destacándose el papel de instrumentos normativos como las medidas cautelares para equilibrar estos factores. Respecto a la reducción de costes sociales, se advirtió que estrategias como los seguros obligatorios, aunque efectivas para repartir costos, pueden generar subsidios regresivos que agravan desigualdades, exigiendo ajustes en su diseño. Finalmente, el uso punitivo o retributivo de la RCE mediante indemnizaciones excesivas fue rechazado por desvirtuar su propósito correctivo y función distintiva, proponiéndose regular estas sanciones con otros mecanismos jurídicos.

En conjunto, la tesis establece que una comprensión integral de la arquitectura de la RCE, basada en su estructura, propósito y funciones, es relevantes para su diseño e implementación, reduciendo o corrigiendo errores en un mundo jurídico y social en constante transformación. Esta conclusión se apoya en la afirmación de Gardner que encabeza la tesis: siempre existe una pregunta inteligible respecto al deber de obedecer el derecho, y en este caso, de obedecer las normas que componen los modelos de RCE. El derecho y sus artefactos, como creaciones humanas, reflejan tanto la capacidad para generar reales razones normativas que guían apropiadamente la conducta de los sujetos, como la posibilidad de incurrir en errores morales. La tesis, al proponer una teoría para identificar y corregir estas instancias, refuerza la idea de que las normas de la RCE deben operar no solo como reglas, sino como razones normativas que informen y orienten las relaciones interpersonales con justicia y corrección moral.

GENERAL CONCLUSIONS

Tort law is presented in this thesis as a legal artifact whose architecture takes into account its normative structure, functions, and the errors that may arise in its design and implementation. Through a philosophical-legal analysis, it is argued that its primary purpose is to establish a fair interpersonal normative framework, and that local models of tort law can be assessed according to their functions and dysfunctions. In this way, it is emphasized that authorities, when designing and implementing tort law, must ensure, as a matter of principle, a balanced fulfillment of its functions, granting *prima facie* priority to the distinctive function in coherence with the normative and social context. Each chapter of the dissertation develops a premise to reach this conclusion, grounding it in descriptive, conceptual, or normative arguments.

The first three chapters addressed conclusions related to the structure of tort law. In Chapter One, it was argued that tort law regulates certain interpersonal relationships—those in which legally relevant harm can occur—through bilateral norms. Some of these norms, called secondary norms, assign duties of reparation. These secondary norms constitute the defining aspect of tort law. They establish the conditions under which rights to reparation and duties to repair exist. The chapter concludes that although secondary norms are a distinctive aspect of the practice, they do not operate in isolation but interact with other normative categories to form a functional model of tort law. On one hand, they connect with behavioral norms that prohibit harm under certain circumstances or require diligent behavior. Without these, it would not be possible to establish that a particular harmful behavior provides a proper basis for justifying a duty of reparation—that is, it could not be deemed a civil wrong. On the other hand, they connect with tertiary norms that legally empower victims to enforce their rights to indemnity when they deem it appropriate, thereby rendering wrongdoers vulnerable to civil liability.

In Chapter Two, it was concluded that models of tort law include primary behavioral norms imposing duties not to harm and to act diligently. Through a critical analysis of realist and doctrinal theories, complemented by an interpretative thesis exploring the relationship between models of tort law and the legal systems in which they are embedded—as well as the reasoning that jurists plausibly develop from this interaction—it is assumed that

these norms are present in models of tort law. In reality, the rights and duties assigned by these norms are indispensable for ensuring a normative framework that supports corrective justice and respectful coexistence in interpersonal contexts.

In Chapter Three, it was asserted that tertiary norms—such as those recognizing victims' right to sue—are a significant part of tort law's structure. Tertiary norms ensure that victims can resort to procedural mechanisms to, in certain cases, demand diligent behavior that reduces the risks to which they are subjected and to seek reparation for unjust harm. In general, there is a relationship between primary and secondary norms and those recognizing victims' powers. This relationship is justified by widely accepted normative reasons, leading to the conclusion that a model of tort law lacking such a connection is questionable in terms of its justice or moral correctness. The chapter defends these claims against critiques from procedural law theorists or doctrinal scholars who advocate for the supposed independence of this area of law. The text rejects the dichotomous view of substantive and procedural law, asserting that from the perspective of tort law, a complete response to the regulation of a given respectful or harmful intersubjective relation requires explaining the procedural power the victim has to access the courts and the requirements to exercise it.

In the second section of the dissertation, the manner in which the model of tort law guides human conduct is explored. In Chapter Four, it is explained that authorities determine, through general and specific norms, the circumstances of application and the behaviors required by tort law's primary and secondary norms. Regarding circumstances, it is established that authorities define which regimes are supplementary and which are special, using domains of validity and conditions of application. These concepts from legal theory help explain how authorities determine the scope of circumstances in which their liability regimes apply.

Regarding behaviors, in Chapter Four, a distinction is made between open and closed norms to show when the authority orders a specific behavior and when it directs citizens to perform the appropriate balance of reasons to specify the required behavior. Furthermore, it is argued that both types of tort law norms reference human behavior—not only addressing its consequences or certain prices for its execution. However, this

behavior must be understood broadly, encompassing basic and intentional actions or consequences that allow identification of the action performed by the subject.

In Chapter Five, it is concluded that tort law norms guide citizens in their interpersonal relationships through various types of reasons, depending on the type of obligation they assign. First, it is clarified that legal obligations can be interpreted as reasons to act of various kinds, whether normative or prudential. Thus, the good citizen is disposed to act based on norms interpreted as normative reasons. This, it is explained, demonstrates that the law can guide informatively or motivationally, with the former being particularly significant. A model of tort law can only fulfill its functions if it minimally makes a practical difference by providing informative guidance for subjects' decision-making. It informs subjects that in their relationships with peers, certain actions are now prohibited, permitted, or obligatory, and this mandate enters meaningfully into their balance of reasons, regardless of whether it ultimately becomes the operative reason for the agent's decision to act. Consequently, it is shown that not only closed norms, which specify the required behavior, make a practical difference. Open norms also meaningfully enter the subject's balance of reasons by assigning obligations of means or results, giving them reasons to attempt to fulfill their obligations or to achieve the required results.

In the third section, the purpose of RCE is elucidated. In chapter six, it was argued that its purpose is to establish a fair interpersonal normative framework. To this end, various theories of RCE were analyzed, which rationally reconstruct the legal practice of holding certain individuals accountable for the unjust harms they have caused to their peers. This analysis allowed for the acceptance of the idea that RCE constitutes something valuable and supported the claim that there is a constitutive relationship between RCE as a means and corrective justice as its purpose—a relationship in which the latter cannot be achieved without the former. The chapter examined the details of these theories and how they align with various relevant aspects of RCE, showing that while this relationship implies that corrective justice is necessary to explain this area of law, it is not sufficient to address all its central and peripheral aspects. Therefore, the thesis of continuity and the tripartite classification of norms was preferred. According to this theory, RCE is an appropriate instrument for achieving corrective justice because it helps individuals align with their duties—the categorical and imperative reasons—they failed to fulfill in interpersonal

relationships, though its mere implementation does not achieve this by itself. Furthermore, it is not only an instrument with effects related to corrective justice but also one that influences other values, which must be considered collectively to appropriately determine whether it is (or is not) justified.

Once its purpose has been established, chapter seven addresses its reasonableness, emphasizing that this is grounded in human rationality and the importance of interpersonal duties. To this end, the thesis of continuity is employed, arguing that corrective justice holds inherent value by enabling individuals to align themselves with the most significant reasons governing interpersonal relationships, even after a breach has occurred. Moreover, it underscores that duties of reparation are justified by their necessary connection to interpersonal duties, which ensures their normative force and prevents the arbitrary imposition of responsibilities for noncompliance.

Chapter seven also explores how corrective justice, while valuable, does not operate in response to all everyday reasons due to their multiplicity and incommensurability in practical life. It was argued that humans have reasons to move forward with their lives, such that only duties—categorical and imperative reasons—leave sufficiently significant traces to warrant continued adherence even after a breach. Additionally, the challenges this poses for justifying the implementation of civil liabilities are analyzed, noting that any normative design of an RCE model must balance the value it constitutes in establishing a fair interpersonal normative framework with its societal impacts and its implications for other areas of law. Finally, it is concluded that, despite the reasonableness of RCE's purpose, justifying a localized model requires an evaluation of its effects and its ability to promote not only corrective justice but also other values, such as distributive justice.

Based on these premises, in Chapter Eight it is concluded that the justification of RCE is linked to the functions it performs in society. For this, a desideratum for justification in private law was presented, establishing that arguments aiming to explain why one should continue with a model of RCE must explain it on their own terms, from the legal point of view, but also translate it to the general public, who contribute through taxes to its maintenance and are subject to the risk of potential liabilities. It was argued that among the different strategies used to justify RCE, functional justifications appear to most

appropriately meet this desideratum. As a result, functional justifications in law were studied, and a critical response was given to certain arguments attempting to undermine their relevance. Thus, a classification of functions within the RCE framework was selected, distinguishing between distinctive, necessary, and contingent functions.

Delving into the justification of RCE, in Chapter Nine it is concluded that, although the central purpose of RCE —to establish a just interpersonal normative framework— must take *prima facie* priority in its design and implementation, normative authorities, particularly legislators, must also ensure that their RCE model balances its diverse functions, whether these are distinctive, necessary, or contingent. To substantiate this normative principle, the debate between monist and pluralist normative theories was critically analyzed, concluding that weak pluralist positions, based on instrumentalist arguments, are the most suitable for addressing this issue.

In Chapter Nine, it was defended that weak pluralist theories avoid the limitations of monist theories in their strong versions, which arbitrarily select a single value or function as central to the RCE, ignoring contextual effects and the diversity of what is valuable. Likewise, the institutional specialization arguments proposed by monist theories in their weak versions were rejected, since focusing exclusively on fulfilling one function increases the risk that RCE will be used irrationally, especially when its structure provides for fulfilling multiple functions.

Among pluralist theories, strong positions also showed certain limitations. Although they appear convincing in legislative contexts, their unconditional acceptance could allow the use of RCE in a way that is completely disconnected from its distinctive function. This possibility was considered problematic, since instead of distorting the RCE to satisfy objectives unrelated to its purpose, authorities could design new legal artifacts better suited for those specific goals.

In the analysis, the responses of weak pluralist positions to this problem were evaluated, concluding that constitutive arguments are not sufficiently robust to prevent the improper use of RCE. Instead, the strength of instrumentalist arguments was defended, which justify the relevance of RCE in cases where corrective justice offers a reasonable solution, even if incomplete, and the RCE is designed appropriately to achieve it. This implies that,

in principle, authorities should regulate cases by observing how they establish a just interpersonal normative framework, and then contrast this distinctive function with others, whether necessary or contingent, depending on their value in specific contexts.

Finally, in Chapter Ten, it is concluded that functional errors in RCE models arise when norms promulgated by authorities do not balance their functions, generating disproportionate or inadequate effects. To address this issue, a typology of functional errors was developed, and normative criteria were proposed to identify, evaluate, and correct them. The chapter argues that functional errors can be classified according to the distinctive, necessary, and contingent functions of RCE. Regarding the distinctive function, it was analyzed how RCE norms must establish a just interpersonal normative framework, where the rights and duties of the parties are treated with equal consideration. However, cases were identified where the expressive value of RCE creates distortions, conveying inappropriate messages or overburdening the affected parties.

Regarding the necessary functions, it was argued that within the analysis, functional errors can manifest in three main categories: excesses or defects in compensation, inadequate incentives to comply with normative mandates, and unjust distributive effects. Concerning compensation, errors include norms that do not respect the principle of full reparation, either by imposing disproportionate reparations or failing to adequately account for contextual particularities, such as the economic capacities of the parties or associated transaction costs. Regarding deterrence, errors arise from norms that generate insufficient or excessive incentives to prevent harm, affecting the effectiveness of regulation. Lastly, in terms of distribution, issues were identified in norms that perpetuate structural inequalities by imposing respectful treatments in contexts marked by unjust inequalities, without addressing the underlying conditions that limit equity in interpersonal relationships.

Concerning the contingent functions, it was said that functional errors are linked to precautionary mechanisms, the reduction of social costs, and the punitive use of the tort law model. Regarding precaution, errors arise from the imposition of excessive measures that unjustifiably restrict freedoms, underregulation that leaves victims unprotected, and the lack of clear criteria to assess risks, highlighting the role of normative instruments like

precautionary measures to balance these factors. Regarding the reduction of social costs, it was warned that strategies like mandatory insurance, although effective in distributing costs, may generate regressive subsidies that worsen inequalities, requiring adjustments in their design. Finally, the punitive or retributive use of RCE through excessive indemnifications was rejected for distorting its corrective purpose and distinctive function, proposing to regulate these sanctions through other legal mechanisms.

In conclusion, the thesis establishes that a comprehensive understanding of the architecture of tort law, based on its structure, purpose, and functions, is relevant for its design and implementation, reducing or correcting errors in a constantly evolving legal and social world. This conclusion is supported by Gardner's statement that heads the thesis: there is always an intelligible question regarding the duty to obey the law, and in this case, to obey the norms that make up the models of tort law. Law and its artifacts, as human creations, reflect both the capacity to generate real normative reasons that appropriately guide the conduct of individuals, as well as the possibility of incurring moral errors. The thesis, by proposing a theory to identify and correct these instances, reinforces the idea that the norms of RCE should operate not only as rules but as normative reasons that inform and guide interpersonal relationships with justice and moral correction.

Bibliografía

Alchourrón, Carlos E., y Eugenio Bulygin. «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico.» En *Análisis lógico y Derecho*, de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, 335-358. Madrid: Trotta, 2021.

Arena, Federico Jose. «Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos». En *Derecho y control 2*, editado por María Valentina Risso; Sofía Pezzano, 11-44. Córdoba: Ferreyra Editor, 2019.

Atienza Rodríguez, Manuel, y Juan Ruiz Manero. «Sobre principios y reglas.» *Doxa*, 1991: 101-120.

Atienza, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación.* Madrid: Civitas, 1997.

Atienza, Manuel, y Juan Ruiz Manero. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos.* Barcelona: Ariel, 1996.

Avraham, Ronen, y Kimberly Alexandra Yuracko. «Torts and Discrimination.» *Ohio State Law Journal* 78, nº 3 (2017): 661-731.

Barros Bourie, Enrique. «La diferencia entre "estar obligado" y "ser responsable" en el derecho de los contratos.» *Estudios de derecho civil II.* Santiago de Chile: LexisNexis, 2006. 721-752.

—. *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I.* Segunda. Santiago de Chile: Jurídica, 2020.

Benatti, Francesca. «Daños nominales en la teoría de las funciones de la responsabilidad civil extracontractual.» En *Discusiones en torno a la responsabilidad civil*, editado por Sergio García Long, 47-62. Lima: LP, 2023.

Benson, Peter. *Justice in Transactions.* HUP, 2019.

Bernal Pulido, Carlos. «¿Es el derecho de daños una práctica de justicia correctiva?» En *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, editado por Diego M. Papayannis (Ed.), 82-99. Madrid: Marcial Pons, 2013.

Bolívar Jaime, Aura Patricia. «Mecanismo de reparación en perspectiva comparada.» En *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, de Catalina Díaz Gómez, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny Yepes, 75-144. Bogotá: ICTJ, 2009.

Boonzaier, Leo. «Gardner on Duties in Tort.» En *Private Law and Practical Reason: Essays on John Gardner's Private Law Theory*, de Haris (Ed.) Psarras y Sandy (Ed.) Steel, 19-42. Oxford: Oxford University Press, 2023.

Brudner, Alan. *The Unity of the Common Law.* Oxford: Oxford University Press, 1995.

Brudner, Alan, y Jennifer M. Nadler. *The Unity of the common law.* 2nd. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Burazin, Luka. «Can There Be an Artifact Theory of Law?» *Ratio Juris*, 2016: 385-401.

Burazin, Luka, Kenneth Einar Hima, y Corrado Roversi. *Law as an Artifact.* Oxford: Oxford University Press, 2018.

Calabresi, Guido. *El Coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil.* Barcelona: Ariel, 1984.

Calabresi, Guido, y A. Douglas Melamed. «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral.» *Harvard Law Review* 6, nº 85 (1972): 1089-1128.

Cane, Peter ‘,. «Distributive Justice in Tort Law’.» *New Zealand Law Review*, nº 4 (2001): 401-420.

Cane, Peter. *The anatomy of tort law.* 1. Oxford: Hart Publishing, 1997.
Cane, Peter, y James Goudkamp. *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law.* 9. Cambrige, Mass: Cambrige University press, 2018.
Caracciolo, Ricardo. *Sistema jurídico. Problemas actuales.* Madrid: Centro de estudios Constitucionales , 1988.
Cerutti, María del Carmen. *Derecho de daños. Análisis de algunos problemas conceptuales.* Cordoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales , 2011.
Coase, Ronald. «The Problem of Social Cost.» *The Journal of Law and Economics*, nº 3 (1960): 1-44.
Coleman, Jules L. «Epílogo a la edición en castellano.» En *Riesgos y daños*, de Jules L. Coleman, 437-471. Barcelona: Marcial Pons, 2010.
—. *Riesgos y daños.* 1. Traducido por Diego M. Papayannis. Barcelona: Marcial Pons, 2010.
Coleman, Jules L. «The Morality of Strict Tort Liability.» *William & Mary Law Review* 18, nº 2 (1976): 259-286.
—. *The Practice of Principle: in defence of a pragmatism approach to legal theory.* Oxford, New York: Oxford University Press, 2001.
Coleman, Jules L. «Tort Law and the Demands of Corrective Justice.» *Indiana Law Journal*, 1992: 349-379.
Coleman, Jules L. «Veinte años después.» En *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, de Diego M (Ed.) Papayannis, 167-204. Madrid: Marcial Pons, 2013.
Coleman, Jules. «La arquitectura de la filosofía del derecho.» En *Neutralidad y teoría del derecho*, de Jordi Ferrer, Jose Juan Moreso y Diego Papayannis, 2-80. Madrid: Marcial Pons, 2011.
Comanducci, Paolo. *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo.* Mexico D.F. : Fontamara, 1999.
Cummins, Robert. «Functional Analysis.» *The Joumal of Philosophy* LXXII, nº 20 (1975): 741-765.
Dagan, Hanoch. «The Utopian Promise of Private Law.» *University of Toronto Law* 66, nº 3 (2016): 392-417.
Dagan, Hanoch, y Avihay Dorfman. «Poverty.» En *Relational Justice: A Theory of Private Law*, de Hanoch, and Avihay Dorfman Dagan, 201-221. Oxford: Oxford Private Law Theory, 2024.
Darwall, Stephen, y Julian. Darwall. «Civil Recourse as Mutual Accountability.» *Florida State University Law Review* 39, nº 1 (2011): 17-41.
De Cupis, Adriano. *El daño: teoría general de la responsanilidad civil.* Barcelona: Bosh, 1975.
Dei Vecchi, Diego. «Sentencias judiciales con premisas fácticas falsas. Entre fallas, errores y exageraciones.» *Revus*, nº 49 (2023).
Di Robilant, Enrico. (1968). *Modelli nella filosofia del diritto.* Vol. 72. Bologna: Il mulino, 1968.
Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial v. La responsabilidad civil extracontractual.* Pamplona: CIVITAS, 2011.
Díez-Picazo, Luis. «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual.» En *Estudios de Responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, de

Ricardo Ángel Yágüez y Mariano. Yzquierdo Tolsada, 101-120. Madid: Dykinson, 2001.
Dueñas Martínez, Juan. «La aplicación del baremo de tráfico fuera del tránsito motorizado: Análisis de la aplicación actual del sistema.» *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 89 (2024): 11-28.
Dworkin, Ronald. *La justicia con toga*, trad. M. Iglesias Vila e I. Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.
Dworkin, Ronald. *Justicia para erizos.* Buenos aires, argentina: Fondo de cultura económica, 2014.
Dyson, Matthew. «What does Risk-Reasoning do for Tort Law?» En *Regulatimg risk throught private law*, de Matthew Dyson, 458-512. Intersentia, 2018.
Ehrenberg, Kenneth. «Functions in Jurisprudential Methodology.» *Philosophy Compass* 8, nº 5 (2013): 447–456.
Ehrenberg, Kenneth M. «Defending the Possibility of a Neutral Functional Theory of Law.» *Oxford Journal of Legal Studies* 29, nº 1 (2009): 91-113.
Elliott, E. Donald. «Managerial Judging and the Evolution of Procedure.» *University of Chicago Law Review* 53, nº 2 (1986).
Enoch, David. «Reason-Giving and the Law.» *Oxford Studies in the Philosophy of Law* 1 (2011): 1-38.
—. *Taking Morality Seriously. A Defense of Robust Realism.* 1. Oxford: Oxford University Press, 2011.
Enoch, David. «There is Nothing Tort Law is About: Comment on Goldberg and Zipursky's Recognizing Wrongs.» *Jerusalem Review of Legal Studies* 27, nº 1 (2023): 24-38.
European Group on tort Law. *Principles of European Tort Law. Text and Commentary.* Austria: Springer, 2005.
Fernández Blanco, Carolina. «Cuatro versiones de eficacia y su vinculación con la efectividad.» *Revista telemática de filosofía del derecho*, nº 26 (2023): 47-75.
—. *Tesis doctoral: un aporte jurídico a los debates sobre instituciones y desarrollo. Aproximación desde problemáticas compartidas por paises de america latina.* Girona: Futura públicación, 2017.
Finnis, John M. *Ley natural y derechos naturales.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights.* Oxford: Clarendon Press, 1980.
Friedmann, Daniel. «The Efficient Breach Fallacy», *The Journal of Legal Studies* 18 (1989): 1.
Gallo, Paolo. «La función punitiva de la responsabilidad civil en los países del Civil Law.» En *Discusiones en torno a la responsabilidad civil*, editado por Sergio García Long, 171-194. Perú: LP, 2023.
García-Ripoll Montijano, Martín. «La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil.» *Anuario de derecho civil* LXVI, nº fasc. IV (2013): 1503-1604.
Gardner, John. «Backwards and forwards with tort law.» En *Torts and Other Wrongs*, de John Gardner, 103-132. Oxford: Oxford University Press, 2019.
Gardner, John. «Damages Without Duty.» *University of Toronto Law Journal*, 2019: 412-420.
—. *El derecho como un salto de fe. Ensayos sobre el derecho en general.* 1. Traducido por Alberto Pino y Edgar Aguilera. Barcelona: Marcial Pons, 2022.

Gardner, John. «Ethics and Law.» En *The Routledge Companion to Ethics*, editado por John Skorupski (ed.), 420-429. Abigdon: Routledge, 2010.
—. *From personal life to private law.* 1. Oxford: Oxford University Press, 2018.
Gardner, John. «Justifications and Reasons.» En *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, editado por John Gardner. Oxford: Oxford University Press, 2007.
Gardner, John. «La virtud de la justicia y el cáracter del derecho.» En *El derecho como un salto de fe: ensayos sobre el derecho en general*, de John Gardner, 227-254. Barcelona: Marcial Pons, 2022.
Gardner, John. «Obligations and outcomes in the law of torts.» En *Torts and other wrongs*, de John Gardner, 133-172. Oxford: Oxford University Press, 2019.
—. *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal.* Barcelona: Marcial Pons, 2012.
Gardner, John. «Public interest and public policy in private law.» En *Torts and other wrongs*, de John Gardner, 304-332. Oxford: Oxford University Press, 2019.
Gardner, John. «Some rule-of-law anxieties about strict liability in private law.» En *Torts and other wrongs*, de John Gardner, 173-195. Oxford: Oxford University Press, 2019.
Gardner, John. «The Legality of Law.» *Ratio Juris,* 17 (2004): 168-181.
Gardner, John. «Torts and other wrongs.» En *Torts and other wrongs*, de John Gardner, 1-26. Oxford: Oxford University Press, 2019.
Gardner, John. «What is tort law for? The place of corrective justice.» En *Torts and other wrongs*, de John Gardner, 27-78. Oxford: Oxford University Press, 2019.
Gardner, John. «What is tort law for? The place of distributive justice.» En *Torts and other wrongs*, de John Gardner, 79-102. Oxford: Oxford university press, 2019.
Gardner, John. «Breach of contract as a special case of tort.» En *Torts and other wrongs*, de John Gardner, 333-346. Oxford: Oxford university press, 2019.
Gardner, John. «Wrongs and Faults.» En *Appraising Strict Liability*, de A (Ed.) Simester. Oxford: Oxford Univeristy Press, 2005.
Gardner, John, y Timothy Macklem. «Reasons.» En *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, de Jules Coleman y Shapiro¸ Scott. Oxford: Oxford University Press, 2004.
Gilli Saldaña, Marian. «Capítulo VII. La responsabilidad por hecho ajeno.» En *Manual de derecho de daños extracontractuales*, de Diego M. Papayannis (Coord.), 377-426. Mexico: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
Goldberg, John C. P, y Benjamin C. Zipursky. «Hohfeldian Analysis and the Separation of Rights and Powers.» En *Wesley Hohfeld A Century Later: Edited Work, Select Personal Papers, and Original Commentaries*, de Sichelman TM, Smith HE, eds Balganesh S, 266-285. Cambridge Mass: Cambridge University Press, 2022.
Goldberg, John C.P., y Benjamin Zipursky. *Recognizing wrongs.* London, Englan: Hardvard University Press, 2020.
Goldberg, John C.P., y Benjamin Zipursky. «The Strict Liability in Fault and the Fault in Strict Liability.» *Fordham Law Review* 85, nº 2 (2016): 744-788.
González Lagier, Daniel. *Las paradojas de la acción.* Madrid: Marcial Pons, 2013.
Green, Leslie. «The concept of law revisisted.» *Michigan Law Review* 94 (1996): 1687-1717.

Green, Leslie. «The Functions of Law.» *Cogito*, nº 12 (1998): 117-124.
Green, Leslie. «The political content of legal theory.» *Philosophy of the Social Sciences*, nº 17 (1987): 1-20.
Guastini, Riccardo. *Interpretar y argumentar.* Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2014.
Hart, H.L.A. «Commands and Authoritative Reasons.» En *Essays on Bentham*, editado por H.L.A. Hart, 243-268. Oxford: Clarendos Press, 1982.
Hart, Herbert L. A. «Legal Rights.» En *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, de H.L.A. Hart, 162-193. Oxford: Calrendon Press, 1982.
Hart, Herbert L.A. *El concepto de derecho.* Traducido por Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.
Hempel, Carl Gustav. *La explicación científica. Estudios sobre la filosofía de la ciencia.* Traducido por M. Frassineti de Gallo, Néstor Míguez y Irma Ruiz Aused. Barcelona: Paidós, 1996.
Hershovitz, Scott. «Treating Wrongs as Wrongs: An Expressive Argument for Tort Law.» *JETL* 10, nº 1 (2017): 1-43.
Hershovitz, Scott. *Law is a moral practice.* Cambridge: Harvard University Press, 2023.
Herstein, Ori J. «Reasons to Try.» En *Private Law and Practical Reason: Essays on John Gardner's Private Law Theory*, de Haris, and Sandy Steel (eds) Psarras, 59-75. Oxford: Oxford University Press, 2023.
Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura y vicisitudes. I.* Tercera. Bogotá: Externado, 2007.
Hohfeld, Wesley N. «Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning.» *Yale Legal Journal* 26 (1917): 710.
Hohfeld, Wesley Newcomb. «Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning.» *Yale Law Journal*, 1913: 710-770.
Hohfeld, Wesley. «Some fundamental legal conceptions as applied in Judicial reasoning.» *Yale Legal Journal* 23, nº 1 (1913): 16-59.
Holmes, Oliver Wendell , 10 HARVL. . REV.4 57,458, 46! (1897. «The Path of the Law.» *Harvard Law Review*, nº 457 (1897): 1-20.
Holmes, Oliver Wendell. *The Common Law.* the Project Gutenberg License, 2000.
Honore, Anthony. «Responsabilidad y suerte. La base moral de la responsabilidad objetiva.» En *Teoría de la responsabilidad civil extracontractual*, de David C Owen, 243-286. Bogotá: Siglo del Hombre, 2014.
Honoré, Tony. «La causalidad en el Derecho.» En *Enciclopedía de filosofía y teoría del Derecho*, de Jorge Luis Fabra Zamora y Veronica Rodriguez Blanco, 1479-1499. Mexico DF: UNAM, 2015.
Hoskins, Zachary, y Anthony Duff. «Legal Punishment.» En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, editado por Edward N. Zalta. 2022.
Husa, Jaakko. «Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance? », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 67, no. 3 (2003): 419–447.
Irigoyen Testa, Matías. «Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino.» 2011.

Jiménez, Felipe. «Justifying Private Law.» En *Oxford Studies in Private Law Theory: Volume II*, editado por Paul B. Miller y John (eds) Oberdiek, 1-24. Oxford: Oxford Private Law Theory, 2023.

Kant, Immanuel. *The Metaphysics of Morals.* 1797.

Katz, Larissa, y Shapiro Matthew A. «The Role of Plaintiffs in Private Law Institutions.» En *Private Law and Practical Reason: Essays on John Gardner's Private Law Theory*, de Haris Psarras y Sandy Steel. forthcoming: Oxford Univeristy Press, 2022.

Keating, Gregory C. «Form and Function in Tort Theory.» *Journal of Tort Law* 15, nº 1 (2022): 1-27.

Keating, Gregory C. «Reasonableness and Rationality in Negligence The Negligence Theory.» *Stanford Law Review* 48, nº 2 (1996): 311-384.

—. *Reasonableness and Risk: Right and Responsibility in the Law of Torts.* Oxford: Oxford Academic, 2022.

Keating, Gregory C. «The priority of respect over repair.» *Legal Theory*, nº 18 (2012): 293-337.

Keating, Gregory C. «Torts and the Paradox of Conservative Justice: A Response to Avraham and Yuracko.» *Ohio State Journal Furthermore*, 2017: 29-41.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho.* Primera. Traducido por Roberto J. Vernengo. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

Keren-Paz, Tsachi. *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva.* Madrid: Marcial Pons, 2016.

Kornhuaser, Lewis. «The Economic Analysis of Law.» En *The Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, editado por Edward N Zalta. Standford: Standford, 2022.

Koteich, Milagros. «Responsabilidad contractual y aquiliana. Revisión de una distinción tradicional con base en la culpa y su graduación.» En *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa (vol. II)*, de Jorge Adame Goddard y Fernando Hinestrosa, 175-192. Bogotá: Externado, 2003.

Landes, William, y Richard A. Posner. *The economic structure of tort law.* Ca,brige, Mass. - London, England: Hardvard University Press, 1987.

Lifante Vidal, Isabel. «Sobre los conceptos jurídicos indeterminados. Las pautas de conducta y diligencia en el Derecho.» En *Conceptos multidimensionales del derecho*, editado por García Rubio, María Paz y Jose Juan Moreso, 565-582. Madrid: Reus, 2020.

Lifante Vidal, Isabel. «El derecho como una práctica interpretativa. » En *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, editado por José M. Sauca, 161-180. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

Lopez Mesa, Marcelo. *La responsabilidad civil. Sus presupuestos en el código civil y comerical.* Buenos Aires: B de F, 2019.

Lucy, William. *Philosophy of private law.* Oxford: Oxford University Press, 2007.

MacCormick, Neil. *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning.* Oxford: Oxford University Press, 2005.

Main, Thomas O. «The Procedural Foundation of Substantive Law.» *Washington University Law Review*, 2010: 801-841.

Markel, Dan. «How should punitive damages work?» *University of Pennsylvania Law Review* 153 (2009): 1383-1484.
Marmor, Andrei. «Law, Fiction and reality.» En *Law as artifact*, de Luka Burazin, Kenneth Einar Himma y Robersi Corrado, 44-60. Oxford: Oxford University Press, 2018.
Martín-Casals, Miquel, y Jordi Ribot Igualada. «La responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general.» En *Derecho privado europeo*, de Servio Cámara Lapuente, 827-856. COLEX, 2003.
Martínez Alles, María Guadalupe. «Moral Outrage and Betrayal Aversion: The Psychology of Punitive Damages.» *Journal of Tort Law*, nº 11 (2018): 243-303.
Martínez Ravé, Gilberto, y Catalina. Martínez Tamayo. *Responsabilidad civil extracontractual.* Bogota: Temis, 2003.
Mason, Elinor, «Value Pluralism». En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, de Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), Stanford: Stanford University, 2023. URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2023/entries/value-pluralism/>.
M'causland Sanchez, Maria Cecilia. «Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros.» En *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosóficos-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, de jorge Fabra Zamora y Carlos Bernal Pulido, 513-588. Bogotá: Externado, 2013.
McBride, Nicholas J. *The humanity of private Law: Part I: Explanation.* 1. Oxford: Hart, 2019.
McBride, Nicholas J. «Book Review: From Personal Life to Private Law By John Gardner.» *Cambridge Law Journal*, 2019: 217-219.
McBride, Nicholas J. «Duties of care - Do they really exist?» *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004: 417-441.
—. *The humanity of private Law. Part I: Explanation.* Oxford: Hart, 2019.
McBride, Nick ‘’ in. «Not a Principle of Justice?» En *Illegality after Patel v Mirza*, de Sarah Green y Alan Bogg. Oxford: Oxford University Press, 2018.
McMahan, Jeff. «Self-Defense and the Problem of the Innocent Attacker.» *Ethics* 104, nº 2 (1994): 252-290.
Michelon, Claudio. «Primary Duty = Secondary Duty?» En *Private Law and Practical Reason*, de Psarras Haris y Sandy Steel, 223-258. Oxford: Oxford Universiry Press, 2023.
Molina, Crescente. «Exhortative legal influence.» *Law and Philosophy*, nº 43 (2024): 131–157.
Moore, Michael S. «Law as a functional kind.» En *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, editado por Robert P. George, 188-242. Oxford: Clarendon Press, 1992.
Moreso, Jose Juan. «Acerca del alcance de la exclusión de las razones razianas .» *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* XXV (2022): 199-214.
Nagel, Ernest, y Francesc Fontbona Vázquez. *. La Estructura de la ciencia : problemas de la lógica de la investigación científica.* 2a reimpr. Barcelona : Paidós, 1989.
Nozick, Robert. *Anarchy, State and Utopia .* Oxford: Blakcwell Publishers, 1974.
Oberdiek, John. *Imposing risk. A normative framework.* Oxford: Oxford University Press, 2017.
Oberdiek, John. «The Wrong in Negligence.» *Oxford Journal of Legal Studies*, 2021.

Örücü, Esin. «*Methodological Aspects of Comparative Law.*» *European Journal of Law Reform* 8, no. 1 (2006): 29–42.

Palmer, Geoffrey. «New Zealand's Accident Compensation Scheme: Twenty Years On.» *University of Toronto Law Journal*, nº 44 (1994): 223-273.

Papayannis, Diego. «Estructura y funciones de la responsabilidad civil.» En *Manual de derecho de daños extracontractuales*, de Diego (Ed) Papayannis, editado por Diego Papayannis, 3-88. Mexico D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

Papayannis, Diego. «La culpa.» En *Manual de derecho de daños extracontractuales*, de Diego (Ed.) Papayannis, editado por Diego Papayannis, 135-234. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección, 2022.

Papayannis, Diego. «La práctica del alterum non laedere.» *Isonomía*, 2014: 19-68.

Papayannis, Diego M. «¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza?» En *Derecho y pobreza*, de Carolina Fernández Blanco y Esteban Pereira Fredes, editado por Carolina Fernández Blanco y Esteban Pereira Fredes, 81-125. Madrid: Marcial Pons, 2021.

Papayannis, Diego M. «El derecho privado como instrumento de la política pública.» *Ars Interpretandi* 2 (2021): 57-72.

Papayannis, Diego M. «Estándares de diligencia genéricos y específicos: razones para la acción y deberes en conflicto.» *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* sección especial XXV aniversario, nº 25 (2022): 145-166.

Papayannis, Diego M. *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual.* Madrid: Marcial Pons, 2014.

—. *Derecho privado, redistribución y calidad de vida.* manuscrito inédito.

Papayannis, Diego M. «Derechos y deberes de indemnidad.» En *La filosofía de la responsabilidad civil*, de Carlos Bernal Pulido y Jorge Fabra Zamora, 386-417. Bogotá: Externado, 2013.

—. *El Derecho privado como cuestión pública.* Bogotá: Externado, 2016.

Papayannis, Diego M. «El valor intrínseco de la responsabilidad civil.» *Anuario de filosofía del derecho*, nº 34 (2018): 119-148.

—. *Fundamentos económicos de la responsabilidad civil extracontractual.* Buenos Aires: Ad-hoc, 2009.

Papayannis, Diego M. «Internismo y externismo en el derecho privado.» En *Metodología de la Investigación Jurídica. Propuestas Contemporáneas.*, de Guillermo (comp.) Lariguet, 439-448. Brujas: Brujas-Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2016.

Papayannis, Diego M. «Is There a Legal Duty Not to Harm in Tort?» En *Theories of legal obligation*, de Deryck Beyleveld y Stefano (Ed), Bertea, 125-150. Cham, Switzerland: Springer, 2024.

Papayannis, Diego M. «Justicia correctiva, bienestar y responsabilidad.» En *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, editado por Diego M. Papayannis, 102-125. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

Papayannis, Diego M. «La responsabilidad civil como asignación de pérdidas.» *InDret*, 2014: 1-45.

Papayannis, Diego M. «Responsabilidad civil (concepto).» *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad.*, nº 21 (2021): 294-312.

Papayannis, Diego M. «Responsabilidad por el dolor causado y sufrido.» En *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, editado por J. A. García Amado, 133-195. Lima: Palestra Editores, 2020.
Papayannis, Diego M. «The Morality of Compensation Through Tort Law.» *Ratio Juris* 36, nº 1 (2023): 3-25.
Papayannis, Diego M. «Tort Law without Interpersonal Justice: A Comment on Gregory Keating's "Reasonableness and Risk".» Proxima publicación.
Papayannis, Diego. «Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia.» *Réplica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales* 1, nº 1 (2021): 9-38.
Papayannis, Diego. M. «La justificación de la responsabilidad civil.» *Recurso de aprendizaje textual.* Fundació Universitat Oberta de Catalunya (FUOC)., 2023.
Perry, Stephen R. «Hart's Methodological Positivism.» *Legal Theory* (Cambridge University Press) 4, nº 4 (1998): 427-467.
Perry, Stephen. «The Moral Foundations of Tort Law.» *Iowa Law*, 1992: 449-514.
Pettit, Philip. «Functional Explanation and Virtual Selection.» *The British Journalfor the Philosophy of Science* 47, nº 2 (1996): 291-302.
Pike, Joshua. «How the Law Guides.» *Oxford Journal of Legal Studies* 41, nº 1 (2021): 169-191.
Posner, R. A. *Economic Analysis of Law.* 9a. ed. New York: Woken Kluwer Law & Business, 2014.
Posner, Richard A. «A Theory of Negligence.» *The Journal of Legal Studies* 1, nº 1 (1972): 29-96.
Posner, Richard. «The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law.» *Journal of Legal Studies*, 1981: 187.
Priel, Dan. «Estructura, función y las naturalezas del derecho de daños.» En *Filosofía del derecho privado*, editado por Diego M. Papayannis y Esteban Perira Fredes, 297-326. Barcelona: Marcial Pons, 2018.
Psarras, Haris. «Private Law Rights and Powers of Waiver.» En *Private Law and practical reason*, de Haris Psarras y Sandy Steel, 259-277. Oxford: Oxford University Press, 2023.
Rawls, John. *A Theory of justice.* Cambridge, Mass: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
Raz, Jhosep. «Promises and Obligations.» En *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, de P.M.S. (ed) Hacker y j. (ed) Raz. Oxford: Oxford University Press, 1977.
Raz, Joseph (OUP 1999). *Practical Reason and Norms.* Oxford: Oxford University Press, 1999.
Raz, Joseph. *Legal Theory, 10 (2004), 1–17* 10 (2004): 1-17.
—. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics.* Oxford: Clarendon Press, 1994.
Raz, Joseph. «Responsibility and the Negligence Standard.» *Oxford Journal of Legal Studies* 30, nº 10 (2010).
—. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality.* 2nd. Oxford: Oxford Univeristy Press, 2009.
Reyes Garcés, Henry Mauricio. «Las perplejidades y aparente transformación del Derecho de Daños en la justicia transicional.» En *Aproximaciones filosóficas a la*

responsabilidad civil y del Estado, de Diego Moreno Cruz, Diego M. Papayannis y Esteban (Eds) Pereira Fredes, 227-275. Bogotá: Tirant Lo Blanc-Externado, 2024.
Ribot Igualada, Jordi. «Los fondos de indemnización de los daños corporales.» *Revista de derecho civil* VII, nº 4 (2020): 5-50.
Ripstein, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law.* Cambridge: Cambridge University Press , 1995.
—. *Private Wrongs.* Cambrige, Mass: Harvard Universiry Press, 2016.
Ripstein, Arthur. «Tort, The Division of Responsibility and the Law of Tort .» *Fordham Law Review* 72, nº 5 (2004): 1811-1844.
Rodriguez-Blanco, Veronica. «8. The Backward-Looking Puzzle of Responsibility in Negligence: Some Preliminary Thoughts for Understanding Inadvertent Actions.» En *Agency, Negligence and Responsibility*, editado por Veronica Rodriguez-Blanco y George Pavlakos, 154-166. Cambrige: Cambrige University Press, 2021.
Rodriguez-Blanco, Veronica. «The law of negligence, blameworthy action, and the relationality thesis: a dilema for Goldberg and Zipursky's civil recourse theory of tort law.» *Law and philosophy*, nº 41 (2022): 63-82.
Rosen, Gideon. «Skepticism about moral responsibility.» *Philosophical Perspectives* , 2004: 295-113.
Rosenkrantz, Carlos F. «Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual.» *Lecciones y ensayos*, nº 67/68 (1997): 147-203.
Rozo Sordini, Paolo Emanuele. «Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano.» *Revista de Derecho Privado*, 1998-1999: 139-149.
Rylands v. Fletcher. L.R. 8. H.L 330 (House of Lords, 17 de julio de 1868).
Sayre-McCord, Geoff. «Moral Realism.» En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, editado por Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.). Stanford, 2023.
SC13925-2016. (Corte Suprema de Justicia, 24 de agosto de 2016).
SC4425-2021. 08001-31-03-010-2017-00267-01 (Corte Suprema de Justicia, 05 de 10 de 2021).
Scanlon, Thomas Michael. *Lo que nos debemos los unos a los otros. ¿Qué significa ser moral?* 1. Barcelona: Paidós, 2003.
Schauer, frederick. *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al pensamiento jurídico.* Madrid: Marcial Pons, 2013.
Schauer, Frederick. *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana.* Traducido por C. Orunesu y J. Rodríguez. Madrid: Marcial pons, 2004.
Schroeder, Mark, «Value Theory» En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, de Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), Stanford: Stanford University, 2024. URL = <https://plato.stanford.edu/archives/win2024/entries/value-theory/>.
Scognamiglio, Renato. *Responsabilità civile e danno. .* Turín: Giappichelli, 2010.
Sconda, Maria Verónica. «La responsabilidad civil de los padres por los hechos ilícitos ocasionados por sus hijos.» En *Estudios latinoamericanos de derecho romano*, de Jorge Addame Gorddard y Horacio Heredia Vázquez, 467-506. Mexico D.F. : UNAM, 2017.
Sentencia de 28 de agosto. 32988 (Consejo de Estado, 28 de agosto de 2014).

Sentencia del 14 de marzo. Sentencia del 14 de marzo de 1938 (Corte Suprema de Justicia, 14 de marzo de 1938).
Sentencia del 24 de agosto . Exp. 11001-3103-038-2001-01054-01 (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 24 de agosto de 2009).
Shapiro, Scott J. «Law, Morality and the guidance of conduct.» *Legal Theory* 6 (2000): 127-160.
—. *Legalidad.* Madrid: Marcial Pons, 2014.
Shapiro, Scott J. «What is the internal point of view.» *Fordham Law Review* 75, nº 3 (2006): 1157-1170.
Shapiro, Scott. «On Hart's Way Out.» En *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to 'the Concept of Law'.*, de Jules L Coleman, editado por Jules L. Coleman (ed.), 149-191. Oxford: Oxford University Press, 2001.
Shauer, Frederick. *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al pensamiento jurídico. .* Madrid: Marcial Pons, 2013.
Shavell, Steven. *Economic Analysis of Accident Law.* Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1987.
Smith, M.B.E. «Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law? » *Yale Law Journal* 82, nº5 (1973).
Sieckmann, Jan. «Norma Jurídica.» En *Enciclopedia de filosofía y teoría jurídica del Derecho. Volumen dos.*, editado por Jorge Luis Fabra Zamora, 895-945. Ciudad de México: UNAM, 2015.
Smith, Stephen. «A duty to make restitution.» *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 157, nº 26 (2013).
Smith, Stephen. «Strict Duties and the Rule of Law.» En *Private Law and the Rule of Law*, de Lisa M, and Dennis Klimchuk (eds) Austin, editado por Lisa Austin y Dennis Klimchuk, 189-206. Oxford: Oxford University Press, 2015.
Spelman, Elizabeth. *Repair: The Impulse to Restore in a Fragile World.* Beacon Press 2002, 2002.
Steel, Sandy. «Deterrence in Private Law.» En *Private Law and Practical Reason: Essays on John Gardner's Private Law Theory*, de Haris (ed.) Psarras y Sandy (ed.) Steel, 123-144. Oxford: Oxford University Press, 2023.
Steel, Sandy. «On the Moral Necessity of Tort Law: The Fairness Argument.» *Oxford Journal of Legal Studies,* 14, nº 1 (2021): 192-218.
Steele, Jenny. «How is Tort Law Political?» En *Private Law and Practical Reason: Essays on John Gardner's Private Law Theory*, editado por and Sandy Steel (eds) Haris Psarras, 281-296. Oxford: Oxford Private Law Theory, 2023.
Sungho, Choi, y Michael Fara. «Dispositions.» En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, editado por Edward N. Zalta (ed.). Stanford: Stanford, 2021.
Taruffo, Michele. «Consideraciones sobre la teoría chiovendiana de la acción.» *Revista de Derecho Privado*, nº 12-13 (2007): 127-139.
Torres Acosta, Luisa Alexandra. *Responsabilidad civil del acreedor : el abuso en el cobro del préstamo de dinero.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2024.
United States v. Carroll Towing Co. (1947).
Uprimny, Rodrigo, y Maria Paula Saffon. «Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática.» En *Reparar en Colombia*, editado por

Catalina Díaz, Gómez Nelson, Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny Yepes, 31-70. Bogotá: ICTJ, 2009.
Vargas Tinoco, Alexander. «El valor de no dañar: de la responsabilidad civil a la prevención.» En *Filosofía del derecho privado*, de Diego M. Papayannis y Esteban (Eds.) Pereira Fredes, 327-358. Marcial Pons: Madrid, 2018.
Vargas Tinoco, Alexander. «La prevención en la responsabilidad civil extracontractual. Función, estructura normativa y protección de los derechos.» En *Manual de derecho de daños extracontractuales*, de Diego M. (Coord.) Papayannis, 437-489. Mexico: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
—. *Tesis doctoral. Más allá de una indemnización: autnomía y respeto en la responsabilidad civil.* Vol. 7. Girona: Universitat de Girona, 2020.
Vázquez Rojas, Carmen. «El estándar de diligencia en la responsabilidad médica. La medicina basada en la evidencia y los patrones vs. las circunstancias del acto médico y la expertise.» En *Ciencia y Justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, de Carmen Vázquez Rojas, 241-318. Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales, 2021.
Von Wright, Georg Henrik. *Norma y acción. Una investigación lógica.* Traducido por Pedro García Ferrero. Madrid: Técnos, 1970.
Vranas, Peter. «The Individuation of Obligations.» s.f.
Waldron, Jeremy. «Vagueness and the Guidance of Action.» En *Philosophical Foundations of Language in the Law*, editado por Andrei Marmor y Scott Soames, 58-82. Oxford: Oxford University Press, 2011.
Wang, Peng-Hsiang. «Rules as Reason-Giving Facts: A Difference-Making-Based Account of the Normativity of Rules.» En *Problems of Normativity, Rules and Rule Following*, editado por M., Banaś, P., Gizbert-Studnicki, T., Płeszka, K. (eds) Araszkiewicz, 199-213. Cham: Springer, 2015.
Weinrib, Ernest J. *Corretive Justice.* Oxford: Oxford University Press, 2012.
—. *La idea del derecho privado.* Madrid: Marcial Pons, 2017.
—. *Reciprocal Freedom: Private Law and Public Right.* Oxford: Oxford Academic, 2022.
Wilmot-Smith, Frederick. «Law, ‘Ought’, and ‘Can’.» *Ethics* 133, nº 4 (July 2023): 529-557.
Wilmot-Smith, Frederick. «Legality, Ought and Can.» En *Private Law and Practical Reason: Essays on John Gardner's Private Law Theory*, editado por Haris, and Sandy Steel (eds) Psarras, 76-91. Oxford: Oxford University Press, 2023.
Wright, Richard W. «Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts», .» *lowa Law Review*, 1988: 1001-1077.
Wright, Richard W. «Hand, Posner, and the Myth of the 'Hand Formula.» *Theoretical Inquiries in Law* 4 (2003): 132.
Wright, W. Richard. *The NESS account of Natural Causation: a Response to Criticisms": Perspectives on Causation.* Oxford: Hart Publishing, 2001.
Zedner, Lucia. «Reparation and Retribution: Are They Reconcilable?» *The Modern Law Review* 57, nº 2 (1994): 228-250.