

TSACHI KEREN-PAZ

**DERECHO DE DAÑOS,  
IGUALDAD Y JUSTICIA  
DISTRIBUTIVA**

Traducción de  
Griselda Perrotta

Revisión de la traducción de  
Diego M. Papayannis

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	13
<b>CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN</b> .....	15
<b>CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO</b> .....	21
INTRODUCCIÓN .....	21
1. JUSTICIA DISTRIBUTIVA .....	22
1.1. Los participantes .....	22
1.2. El objeto distribuido .....	23
1.3. Criterios de distribución .....	23
2. IGUALITARISMO .....	25
2.1. Los conceptos de igualdad .....	25
2.2. Definición de «progresivo», «desventaja» y «efecto igualador».	29
2.3. Nivel en que operan las consideraciones igualitarias .....	30
3. EL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA- CONTRACTUAL .....	32
3.1. Instrumentalismo, pluralismo, contextualismo .....	32
3.2. Bosquejo del derecho de la responsabilidad extracon- tractual y sus metas u objetivos .....	35
4. AUNANDO LAS AGUAS .....	37
4.1. El derecho de la responsabilidad extracontractual igualitario en el contexto de un Estado de bienestar en decadencia .....	37

	<u>Pág.</u>
4.2. Los límites del argumento .....	39
<b>CAPÍTULO 3. DEFENSA DE LA POSTURA NORMATIVA .....</b>	<b>43</b>
INTRODUCCIÓN .....	43
1. FALTA DE LEGITIMIDAD .....	44
1.1. El argumento .....	44
1.2. Los efectos distributivos de la norma jurídica son inevitables. Naturaleza política del poder judicial .....	45
1.3. Elección pública .....	48
1.4. Capacidad para modificar .....	53
1.5. Justicia sustantiva vs. justicia procedimental .....	55
2. ALEATORIEDAD .....	56
2.1. La redistribución a través de la responsabilidad extracontractual no es particularmente aleatoria .....	57
2.2. La redistribución aleatoria es más justa que el <i>status quo</i> .....	60
3. COSTE EXCESIVO .....	66
3.1. En general .....	66
3.2. Eficiencia .....	68
4. INEFICACIA .....	84
4.1. Análisis institucional comparativo: ¿generará el compromiso judicial respecto de la causa igualitaria más resultados igualitarios? .....	84
4.2. Capacidad limitada de las normas jurídicas para lograr resultados distributivos .....	88
CONCLUSIÓN .....	97
<b>CAPÍTULO 4. MARCO DE APLICACIÓN .....</b>	<b>99</b>
INTRODUCCIÓN .....	99
1. NATURALEZA REGRESIVA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EXISTENTE .....	99
1.1. Principio <i>restitutio ad integrum</i> .....	100
1.2. Alcance de la responsabilidad .....	102
2. NIVELES EN QUE OPERA .....	103

	<u>Pág.</u>
2.1. La responsabilidad extracontractual y los esquemas de compensación alternativos .....	103
2.2. Elección del sistema.....	104
2.3. La conveniencia de ciertos ilícitos civiles y doctrinas .....	106
3. MULTIPLICIDAD DE PARTICIPANTES Y PRERROGATIVAS .....	107
3.1. Problemas conceptuales y problemas de hecho .....	107
3.2. Identificar a aquellos afectados por la norma .....	108
3.3. Dimensiones distributivas contrapuestas: bienes simbólicos y materiales .....	110
4. ORIENTACIÓN DEL RESULTADO DISTRIBUTIVO.....	111
4.1. Ampliar la responsabilidad .....	111
4.2. La limitación de la responsabilidad .....	113
4.3. Cuando la recomendación es poco clara .....	113
5. EL EQUILIBRIO ENTRE EL IGUALITARISMO Y OTRAS CONSIDERACIONES DE POLÍTICA JURÍDICA.....	114
5.1. Relevancia.....	114
5.2. Naturaleza autónoma: el igualitarismo es más amplio que la anti-discriminación .....	115
5.3. Imposibilidad de contar con una respuesta absoluta.....	115
5.4. La cuestión igualitaria no debería servir como un simple veto.....	116
5.5. Peso .....	116
5.6. Conclusión .....	121
<b>CAPÍTULO 5. EL ESTÁNDAR DE DILIGENCIA.....</b>	<b>123</b>
INTRODUCCIÓN .....	123
1. NOCIONES PROVENIENTES DE OTROS ENFOQUES .....	124
1.1. Justicia correctiva.....	125
1.2. Eficiencia.....	126
1.3. Dispersión de las pérdidas .....	128
1.4. Equidad .....	129
2. DEFENSA DE LA POSTURA NORMATIVA .....	130
2.1. La intuición .....	130
2.2. Justificaciones .....	132

	<u>Pág.</u>
3. ¿ESTÁNDAR O DEBER?.....	144
4. REFORMULAR EL ESTÁNDAR DE CUIDADO .....	146
4.1. El rol del igualitarismo en el análisis del estándar de diligencia .....	146
4.2. La comparación de la desutilidad: dificultades y lineamientos para los tribunales.....	149
5. ¿CÓMO FUNCIONA? .....	161
5.1. Creación activa del riesgo .....	161
5.2. Fracaso al momento de evitar el riesgo creado por terceros	170
6. INCONGRUENCIA CON LA RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL EXISTENTE .....	175
6.1. Estándar de diligencia .....	176
6.2. La consideración de las necesidades y la igualdad en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y en el derecho privado .....	181
CONCLUSIÓN .....	183
<b>CAPÍTULO 6. DEBER DE CUIDADO.....</b>	<b>185</b>
INTRODUCCIÓN .....	185
1. EFECTOS DEL IGUALITARISMO EN EL DEBER DE CUIDADO .....	186
2. POSIBLES SOLUCIONES AL PROBLEMA DEL DEBER DE CUIDADO PRENATAL .....	189
3. EL FUNDAMENTO IGUALITARIO CONTRA EL DEBER NO CONDICIONADO (DEBER ABSOLUTO).....	192
3.1. Los argumentos .....	192
3.2. Marco igualitario.....	195
3.3. ¿Son los recién nacidos con discapacidad demandantes des-aventajados? .....	197
3.4. ¿Deber general? .....	199
4. DEBER CONDICIONADO .....	200
4.1. La unidad de intereses entre las mujeres embarazadas y sus hijos .....	200
4.2. La tensión entre los resultados simbólicos y prácticos de la norma .....	203

	Pág.
4.3. Forma en que se cobran las primas: cuestiones de justicia inter-grupal e intra-grupal .....	204
4.4. Justicia intra-grupal: clase y raza .....	208
4.5. El aspecto simbólico de la responsabilidad .....	210
4.6. Comentarios complementarios respecto de la norma propuesta .....	212
4.7. El aspecto analítico: seguro, estándar y deber de cuidado...	215
4.8. El aspecto pragmático: ¿mucho que hacer acerca de nada?.	218
<b>CAPÍTULO 7. LA DISCRIMINACIÓN COMO UN SUPUESTO DE NEGLIGENCIA</b> .....	<b>221</b>
INTRODUCCIÓN .....	221
1. LA NEGLIGENCIA Y LAS ALTERNATIVAS DE RESPUESTA ANTE LA DISCRIMINACIÓN .....	221
2. LA CUESTIÓN INSTITUCIONAL .....	223
2.1. Ventajas .....	224
2.2. Desventajas .....	227
3. LAS CUESTIONES CONCEPTUALES Y NORMATIVAS .....	230
3.1. Implicaciones de elegir entre el deber y el estándar para negar la existencia de responsabilidad .....	230
3.2. Estándar.....	236
3.3. Deber.....	243
3.4. Daños .....	245
<b>CAPÍTULO 8. CONCLUSIÓN</b> .....	<b>249</b>
<b>JURISPRUDENCIA</b> .....	<b>259</b>
<b>LEGISLACIÓN</b> .....	<b>263</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>265</b>
<b>ÍNDICE</b> .....	<b>277</b>

# CAPÍTULO 1

## INTRODUCCIÓN

La responsabilidad extracontractual regula la interacción involuntaria en el ámbito privado, cuando dicha interacción ocasiona un daño a uno o más de sus participantes. De ese modo, plantea cuestiones referidas tanto a la política social como a la teoría moral. William PROSSER observó que «[p]robablemente en mayor medida que cualquier otra rama del derecho, la normativa que trata la responsabilidad extracontractual representa el campo de batalla de la teoría social»<sup>1</sup>. En realidad, la responsabilidad extracontractual representa el campo de batalla de la teoría filosófica. El campo de batalla filosófico antecede al social, por cuanto es mayor el debate referido a legitimidad de la postura que sostiene que la normativa regulatoria de la responsabilidad extracontractual debería ser campo de batalla de la teoría social. Algunos niegan la naturaleza pública del derecho de daños y dejan de lado sus ramificaciones sociales, que son aún más amplias, desde una perspectiva tanto práctica como simbólica. No obstante, el derecho de daños está colmado de juicios de valor referidos al tipo de sociedad en la cual queremos vivir. Logra un equilibrio entre los valores subyacentes a posturas opuestas basadas en la autonomía de las partes, y entre los valores de autosuficiencia y responsabilidad personal, por un lado, y el altruismo y el tener en cuenta a los demás, por el otro.

El alcance potencial del derecho de daños es extenso, por cuanto se basa en la interacción involuntaria donde no media un posible sentido de co-

---

<sup>1</sup> PROSSER.1971: 14-15.

munidad compartida (como podría argumentarse respecto del ámbito contractual). Estas características convierten al derecho de la responsabilidad extracontractual en un campo de batalla filosófico y social particularmente interesante. Este presente libro adhiere a una visión sensible a los aspectos políticos de la responsabilidad extracontractual y, a la vez, igualitaria; comprometida con mejorar la situación de los miembros menos privilegiados de la sociedad. El trabajo intenta demostrar por qué motivo dicha visión es encomiable y debería ser suscrita normativamente, y cómo puede resultar pertinente a los efectos de la responsabilidad extracontractual.

La batalla en torno a las distintas interpretaciones filosóficas y sociales de la responsabilidad extracontractual toca la cuestión referida a las metas que esta debería promover. La pregunta ha recibido numerosas respuestas. Si bien la doctrina de la responsabilidad extracontractual contiene algunos enfoques pluralistas, está dominada por dos enfoques monistas: el análisis económico del derecho, que apunta a maximizar la riqueza social; y la justicia correctiva, que se limita a administrar justicia a litigantes particulares de forma retroactiva<sup>2</sup>. Este libro ofrece otro enfoque para la teoría de la responsabilidad extracontractual: un enfoque instrumentalista, pluralista, contextual y progresivo.

Los enfoques jurídicos instrumentalistas (o funcionalistas) son prospectivos. Ven el derecho como un instrumento utilizado para lograr metas sociales y morales. Los enfoques pluralistas de la responsabilidad extracontractual sostienen que este debería promover (o promueve) más de una meta. La idea central subyacente a este trabajo es que, además de las metas tradicionales, como puede ser disuadir e indemnizar, la responsabilidad extracontractual debería prestar atención a sus efectos distributivos; el derecho de daños puede, y debería, promover la equidad y, puntualmente, el estatus, poder y bienestar de quienes resultan desfavorecidos. Demostraremos cómo la responsabilidad extracontractual puede promover el estatus de los desfavorecidos, en función de sus limitaciones estructurales y su rol en la promoción de otras metas. Como surgirá claramente del debate contenido en el siguiente capítulo, el presente trabajo se ocupa de la intersección entre la doctrina (la responsabilidad extracontractual), el sistema conceptual (la justicia distributiva) y el compromiso normativo (un enfoque progresivo de tipo igualitario).

Este trabajo podría clasificarse como perteneciente a dos corrientes doctrinarias. La primera corriente busca defender la importancia y legitimidad de usar el derecho privado con fines (limitados) de redistribución. La otra línea doctrinaria vinculada a este trabajo intenta aplicar la responsabilidad

---

<sup>2</sup> Véase Cap. 5.1 del presente.

extracontractual de forma progresiva, buscando ser sensible a las exigencias de equidad y los intereses de los grupos menos privilegiados de la sociedad<sup>3</sup>.

El libro se divide en dos partes: teórica (Capítulos 2-3) y práctica (Capítulos 4-8). El Capítulo 2 empieza presentando el marco teórico —una exposición referida a la justicia distributiva, conceptos de equidad y un enfoque funcional del derecho y de la responsabilidad extracontractual—. Esta última será analizada en términos de función, impacto social, metas y compromiso normativo. Luego trata la relación entre un derecho de daños igualitario y el Estado de bienestar, y presenta los límites del argumento ofrecido en este libro. El Capítulo 3 se dedica a defender la postura normativa que sostiene que la responsabilidad extracontractual puede, y debería, promover la equidad como una de sus metas. El debate intenta dar respuesta a las críticas de los partidarios tanto de la justicia correctiva como de la eficiencia. Responde a los planteamientos que sostienen que la agenda igualitaria no es legítima, por cuanto los jueces no rinden cuenta de sus actos (ausencia de legitimidad); que es injusto promover la equidad a través del derecho privado, dado que dicha redistribución se entiende parcial (aleatoriedad); que dicho intento es indeseable, por cuanto interfiere demasiado con el logro de otras metas del derecho privado (costo excesivo); y que probablemente no sería efectivo debido a las limitaciones institucionales de los tribunales y el derecho privado (ineficacia). En definitiva, concluyo que todas estas críticas no son convincentes.

El Capítulo 4 sienta las bases para la aplicación de un enfoque igualitario de la teoría de la responsabilidad extracontractual. Expone el prejuicio regresivo inherente a la estructura de responsabilidad extracontractual actual, explora las formas en que un compromiso igualitario puede redefinir el derecho de daños, presenta las dificultades que conlleva intentar evaluar el efecto de las normas sobre la igualdad, explica las dos formas posibles de recomendaciones igualitarias, y bosqueja el marco para equilibrar los preceptos del igualitarismo con otras metas del derecho de daños que puedan estar en conflicto. El Capítulo 5 sugiere cómo desarrollar un estándar de deber de cuidado igualitario. Defiende la adopción de dicho estándar, a la vez que concilia el igualitarismo con otras grandes consideraciones políticas de justicia correctiva, eficiencia, distribución del coste de las pérdidas y jus-

---

<sup>3</sup> Los doctrinarios vinculados a la primera corriente son Anthony KRONMAN, Hugh COLLINS (derecho contractual), Hanoch DAGAN (enriquecimiento sin causa), Iain RAMSAY, Alan KRUGER, y Robert LEE (defensa del consumidor). Véase, por ejemplo, KRONMAN, 1980: 472. Los doctrinarios vinculados a la segunda corriente son Richard ABEL, a quien este trabajo debe mucho, Leslie BENDER, Kate SUTHERLAND, Elizabeth HANDSLEY, Anita BERNSTEIN, Martha CHAMALLAS, Elizabeth ADJIN-TETTEY, Bruce FELDTHUSEN, Mayo MORAN, Ken COOPER-STEPHENSON, Ted DECOSTE, Thomas KOENING y Michael RUSTED, Chris SANCHIRICO, y Duncan KENNEDY. Véase, por ejemplo, ABEL, 2006: 323-324; BENDER, 1993: 575.

ticia. El Capítulo 6 explica cómo el deber de cuidado ha de tener en cuenta el igualitarismo. Se concentra en la cuestión del deber prenatal materno y concluye, de un modo algo sorprendente, que un enfoque feminista-igualitario podría requerir que el deber dependa de la existencia de un seguro. El Capítulo 7 sostiene que la culpa podría, y debería, usarse como complemento de la legislación, a fin de combatir la discriminación. El Capítulo 8, luego de revelar ciertos patrones y lecciones que surgen de la aplicación de los capítulos precedentes, concluye sugiriendo el contorno de una reforma al derecho de daños y proponiendo una nueva frontera para el derecho de daños igualitario (pendiente de futura investigación): la lucha contra la trata de personas.

El debate contenido en los próximos capítulos gira en torno a cuatro preguntas y una idea central. El intento de promover la equidad y la justicia distributiva a través del derecho de la responsabilidad extracontractual debe preguntarse qué tipos de prerrogativas distribuye ese derecho, quién se ve afectado por esta distribución, cuál es el precio de promover la equidad (o de llevar a cabo la redistribución), y cómo puede promoverse la equidad de forma efectiva y justa. Estas preguntas pueden resumirse en «qué», «a quién», «a qué coste» y «cómo». La idea central subyacente es la importancia del contexto. La interacción dañosa surge en distintos contextos, y el grado de sensibilidad a las distintas variables que controlan dicha interacción se ve garantizado a fin de desarrollar una norma jurídica atractiva desde el punto de vista normativo.

Respecto del «qué», el análisis apunta a que la responsabilidad extracontractual asigna diferentes prerrogativas; que en ocasiones cierta norma afecta positivamente la asignación de una prerrogativa determinada a favor de un cierto grupo, a la vez que afecta negativamente la asignación de otra prerrogativa a favor del mismo grupo; y que el análisis debería distinguir entre cuestiones de redistribución y reconocimiento.

Respecto del «a quién», el análisis distingue entre cuestiones de justicia inter-grupal y justicia intra-grupal, y apunta a que los terceros —quienes probablemente no revistan el carácter de litigantes— también pueden verse afectados por la norma jurídica.

Respecto del «a qué coste», el análisis sostiene que el peso relativo que debería asignarse a la meta de promover la equidad cambia en función del contexto, como medida de la tensión entre la meta de promover la equidad y las demás metas. Por ejemplo, a veces, la norma más igualitaria es también la más eficiente.

Respecto del «cómo», el análisis sugiere lo siguiente: (1) Debería analizarse el resultado distributivo general de la norma en cuestión (como opues-

to al enfoque rawlsiano). (2) El compromiso igualitario puede imponer al demandante el deber de actuar de un cierto modo; también puede imponer al legislador el deber de considerar la posibilidad de adoptar determinada norma, dados sus efectos distributivos. (3) Las consideraciones igualitarias pueden operar en el sentido de reducir o incrementar la responsabilidad de los grupos desaventajados. (4) En ocasiones, la limitación de responsabilidad puede basarse en motivos de excusa y, en otras, en motivos de justificación. Dados los aspectos expresivos y simbólicos de la ley, esta distinción resulta importante, por cuanto las consideraciones igualitarias cambian el significado social de la conducta del demandado. (5) Las consideraciones igualitarias pueden funcionar de un modo directo o indirecto, reformulando las consideraciones de otras políticas. (6) El análisis debería distinguir entre la capacidad que el derecho de daños tiene para redistribuir riqueza, y su capacidad para redistribuir prerrogativas que no revisten carácter material. (7) En el proceso de construir reglas igualitarias, podemos distinguir entre las reglas que buscan ayudar a las personas desaventajadas (pro-desaventajados) y aquellas que buscan privar a los «pudientes» de la riqueza excesiva (anti-«pudientes»). (8) En el proceso de construir reglas igualitarias, podemos distinguir entre las reglas que buscan revertir la desigualdad generada por el efecto de la regla jurídica, y aquellas que buscan revertir la desigualdad cuya causa es ajena a la regla en cuestión. (9) La incorporación de sensibilidad igualitaria puede lograrse a distintos niveles; no obstante, la distinción más básica se da entre las reglas que corresponden a la extensión de la responsabilidad y las reglas que corresponden a la extensión de la indemnización.

El propósito de este libro es demostrar que la responsabilidad extracontractual puede, y debería, aplicarse de forma progresiva, como una herramienta en la lucha continua por lograr una sociedad más justa e igualitaria. Una aproximación contextual igualitaria hacia el derecho de daños puede ser compatibilizada con otras metas que este debería promover. El presente libro no constituye una explicación descriptiva general del derecho de daños existente, sino una búsqueda pro-activa de nuevos enfoques y herramientas conceptuales para satisfacer los desafíos a los que los igualitarios se enfrentan. Con suerte, la concepción de la responsabilidad extracontractual presentada en este libro generará mejores resultados prácticos en casos puntuales, impulsará el apoyo a las tropas progresivas en las continuas batallas filosóficas y sociales que se dan en el ámbito del derecho de daños y en otros ámbitos, y agregará otra voz — más rica, sutil y sensible — al coro de la teoría de la responsabilidad extracontractual.



## CAPÍTULO 2

# MARCO TEÓRICO

### INTRODUCCIÓN

Este capítulo presenta los tres conceptos que conforman el marco teórico, y explica la forma en que estos se interrelacionan: justicia distributiva, compromiso igualitario y responsabilidad extracontractual. La noción de justicia distributiva lidia con asignar los beneficios y las cargas que existen en la sociedad de un modo justo, en función de diversos criterios. Un posible criterio es la igualdad —el intento por reducir la brecha entre los «pudientes» y los desfavorecidos—. La responsabilidad extracontractual es un área en la cual se distribuye cierta carga —el daño generado por la interacción involuntaria entre las personas físicas—. El derecho de daños debería desarrollar diversos criterios para atender al modo en que ha de distribuirse dicha carga, y así lo ha hecho. El planteamiento central del presente trabajo consiste en que uno de estos criterios debería ser la igualdad. Luego de presentar los principios que subyacen a las nociones de justicia distributiva, igualitarismo y responsabilidad extracontractual, en los Puntos I, II y III respectivamente, el Punto IV aúna las aguas y sienta las bases para el planteamiento normativo y la aplicación el argumento.