

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>
AGRADECIMIENTOS	13
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO	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
CAPÍTULO 3. DEFENSA DE LA POSTURA NORMATIVA	43
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
CAPÍTULO 4. MARCO DE APLICACIÓN	99
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
CAPÍTULO 5. EL ESTÁNDAR DE DILIGENCIA.....	123
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
CAPÍTULO 6. DEBER DE CUIDADO	185
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

	<u>Pág.</u>
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
CAPÍTULO 7. LA DISCRIMINACIÓN COMO UN SUPUESTO DE NEGLIGENCIA	221
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
CAPÍTULO 8. CONCLUSIÓN	249
JURISPRUDENCIA	259
LEGISLACIÓN	263
BIBLIOGRAFÍA.....	265
ÍNDICE	277

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»¹. 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-

¹ 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 retroactiva². 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

² 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 sociedad³.

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-

³ 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-