

DAÑAR, INCUMPLIR Y REPARAR

Ensayos de filosofía
del Derecho privado



**JUAN ANTONIO
GARCÍA AMADO**

**DIEGO M.
PAPAYANNIS**
[Editores]

Escriben

Jesús Delgado Echeverría
Juan Antonio García Amado
Alexander Vargas Tinoco
María Guadalupe Martínez Alles
Diego M. Papayannis
María Magdalena Bustos Díaz
Esteban Pereira Fredes



Publicación
editada
en el Perú
por Palestra Editores



Cultura Pachacamac (siglos XV y XVI)

DAÑAR, INCUMPLIR Y REPARAR.
ENSAYOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO PRIVADO

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO
DIEGO M. PAPAYANNIS
Editores

DAÑAR, INCUMPLIR Y REPARAR
Ensayos de filosofía del Derecho privado



PALESTRA

Lima — 2020

DAÑAR, INCUMPLIR Y REPARAR.

Ensayos de filosofía del Derecho privado

Juan Antonio García Amado | Diego M. Papayannis (editores)

Primera edición Digital, agosto 2020

© Juan Antonio García Amado

© Diego M. Papayannis

© 2020: Palestra Editores S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 Lima 21 - Perú

Telf. (511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com

www.palestraeditores.com

DIAGRAMACIÓN Y DIGITALIZACIÓN:

Gabriela Zabarburú Gamarra

ISBN: 9786123251314

ISBN Digital: 9786123251338

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, bajo ninguna forma o medio, electrónico o impreso, incluyendo fotocopiado, grabado o almacenado en algún sistema informático, sin el consentimiento por escrito de los titulares del Copyright.

Contenido

PRESENTACIÓN

LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA TEORÍA DE LA PRÁCTICA MUSICAL DEL JAZZ

Jesús Delgado Echeverría

EL FUNDAMENTO DEL DERECHO DE DAÑOS. UNA PROPUESTA

Juan Antonio García Amado

- I. El estado de la cuestión. Justicia correctiva contra análisis económico del Derecho
- II. Tesis: el derecho de daños como protección de las reglas de distribución vigentes
- III. La tesis de Papayannis. Sobre los derechos de indemnidad como fundamento del Derecho de daños
- IV. La cuestión de los daños morales y, en general, de los daños no económicos
- V. ¿Hay alguna razón determinante para no renunciar al Derecho de daños?

BIBLIOGRAFÍA

REPARAR O RECONOCER. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE MEDIDAS NO PECUNIARIAS ANTE EL DAÑO EN EL DERECHO PRIVADO

Alexander Vargas Tinoco

- I. Sobre la estructura normativa de la indemnización

1.1. La cuestión del objeto del remedio y su determinación. El problema de los daños extrapatrimoniales

1.2. Diversidad de remedios y el injusto como condición de la respuesta jurídica

II. Medidas no pecuniarias

2.1. Medidas no pecuniarias como formas de reparación (*in natura*) del daño

2.2. Medidas no pecuniarias como reivindicación del derecho

III. Medidas no pecuniarias como formas de reconocimiento

Bibliografía

LA DIMENSIÓN RETRIBUTIVA DEL DERECHO DE DAÑOS.

LA PERSPECTIVA DE LA VÍCTIMA

María Guadalupe Martínez Alles

I. Introducción

II. Derecho de daños y sanción

2.1. Lo público, lo privado y su desdibujamiento

2.2. Sancionar bajo velos compensatorios: una respuesta insatisfactoria

2.3. Entre sanción y disuasión: demasiada abstracción

2.4. Algunas conclusiones

III. La dimensión retributiva

3.1. Retribución relacional: la perspectiva de la víctima

IV. Conclusión

Bibliografía

RESPONSABILIDAD POR EL DOLOR CAUSADO Y SUFRIDO

Diego M. Papayannis

I. Introducción

II. Una primera aproximación al dolor: dolor físico, dolor emocional y otras sensaciones y emociones

III. El problema ontológico-epistémico. ¿Qué es el dolor y cómo se conoce?

IV. La indemnización del dolor: ¿un problema de prueba?

4.1. ¿Qué hay en juego en la decisión de indemnizar el dolor emocional?

4.2. El limitado problema de prueba

V. La razonabilidad del dolor: causación injusta y sufrimiento injusto

VI. La cuantificación del dolor

VII. Conclusión

Bibliografía

LA LEALTAD COMO DEBER DE CONDUCTA EN EL DERECHO DE CONTRATOS

María Magdalena Bustos Díaz

I. La lealtad en materia contractual

1.1. Lealtad como interés encapsulado. Concepto

II. Lealtad como deber de conducta

2.1. Concepto de deber

2.2. Las normas como fuente del deber de conducta

2.3. Lealtad y deber de conducta

III. Conclusiones

BIBLIOGRAFÍA

ALGUNAS MANERAS DE MOSTRAR EL ALTRUISMO EN EL DERECHO PRIVADO

Esteban Pereira Fredes

Introducción

I. Individualismos y altruismos

II. Tres estrategias para mostrar el altruismo en el derecho privado

2.1. Autonomía y altruismo

2.2. Reglas privadas y adjudicación: entre el interés propio y el ajeno

2.3. Altruismo e instituciones del derecho privado

III. Dos institutos: buena fe y propiedad

3.1. Buena fe

3.2. Propiedad

IV. Conclusiones

Bibliografía

PRESENTACIÓN

Este libro reúne una serie de ensayos que han surgido de una muy fecunda interacción entre los grupos de investigación de filosofía del derecho de la Universidad de Girona y la Universidad de León. Esas relaciones han tenido también varios marcos formales, de los cuales el más relevante sin duda fue la Red Temática “Responsabilidad y Argumentación Jurídica” (DER2015-68719-REDT), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad español, y de la cual ambas universidades, junto con las Universidades de Alicante, Génova y Oxford formaron parte durante los años 2015-2017.

Han pasado un par de años desde que la Red dejó de operar formalmente, pero el grupo de autores que aquí contribuimos hemos mantenido un diálogo fluido en una línea de investigación que hoy ya se ha consolidado bajo el nombre de Filosofía del derecho privado. Los trabajos abordan diversos aspectos de la responsabilidad civil y el derecho de contratos, siempre con un enfoque fundacional, es decir, que se preocupan por las razones últimas que justifican las instituciones del derecho civil más que por sus específicas regulaciones en cada sistema jurídico. Esperamos, en este sentido, que los lectores iberoamericanos sean partícipes de esta empresa trasladando estas reflexiones más bien abstractas a la realidad de sus propios ordenamientos.

Juan Antonio García Amado
Diego M. Papayannis

LA RESPONSABILIDAD
CIVIL Y LA TEORÍA
DE LA PRÁCTICA
MUSICAL DEL JAZZ

*Jesús Delgado Echeverría**

* Catedrático Emérito de Derecho civil. Universidad de Zaragoza.

Si esto fuera una *jam session*, me presentaría como un aficionado que quiere tocar un par de temas junto a los maestros en el escenario. *Jam session*, según una conocida definición que me conviene para el caso, es “una reunión informal de músicos de jazz, con afinidad temperamental, que tocan para su propio disfrute música no escrita ni ensayada”; normalmente *after hours*, es decir, fuera de las horas de trabajo de los músicos participantes. “Esto será en régimen de seminario con poquita gente y por el gusto de hablar entre nosotros”, me escribió Juan Antonio. Quizás signifique lo mismo.

Los temas que voy a tocar son heterogéneos y trataré de unirlos como mejor sepa. El primero parte de unos compases de Calixto Valverde en su obra *Las modernas direcciones del Derecho civil (Estudios de filosofía jurídica)*, publicada en 1899. Filosofía jurídica de un civilista es el género de esta obra. El civilista Calixto Valverde y Valverde, de los dos o tres más importantes en España en la primera mitad del siglo XX, se plantea en este escrito de juventud los cambios que conviene introducir en las leyes para hacer frente a los cambios en la sociedad y a las exigencias de la justicia, siguiendo, aunque a regañadientes, las tendencias que se llamaron “socialismo de cátedra” (Menger, D’Aguanno, Cimbali...). En este contexto, se pregunta por las reformas que habría que hacer en el contrato de trabajo y, en particular, por la responsabilidad del empresario en los accidentes laborales. Mejor dicho, da su respuesta a esta pregunta que otros, inclinados a proporcionar mayor protección al trabajador, habían planteado: era uno de los interrogantes jurídicos que traía consigo la “cuestión social”. Su respuesta es esta:

Es también la cuestión relativa a la indemnización por parte del capitalista de los infortunios del trabajo que ha sufrido el obrero, y me parece que es criterio exagerado el sostener, que en todo caso el capitalista debe indemnizar tenga o no culpa, porque dicen ellos que si el empresario no tiene la culpa, tampoco la víctima la tiene y sufre en cambio, pero esto sería injusto, por lo mismo que si el empresario no ha tenido negligencia y ha puesto a contribución todos los medios para evitar un accidente desgraciado, no hay por qué hacerle responsable, pues los daños originados por caso fortuito debe sufrirlos únicamente el que ha sido víctima de ellos, pero nunca el que no ha tenido ninguna participación en el hecho producido. Para evitar los inconvenientes que resultan del actual estado de cosas, es conveniente traer a las legislaciones, disposiciones protectoras de las clases obreras en el

sentido antes indicado, reglamentando el seguro, y fomentando y creando sociedades cooperativas de consumo y de producción. (Valverde y Valverde, 1899, pp. 254-255).

La respuesta puede hoy parecernos decepcionante: para este civilista, habría que aplicar el art. 1902 CC., de acuerdo con el cual sería injusto condenar al empresario cuando no puede reprochársele culpa alguna. El civilista, que procedía de una de las más ricas familias de terratenientes de la provincia de Valladolid, y que sin duda tenía experiencia de accidentes laborales de sus asalariados, fue en 1901 activo Presidente del Centro de Labradores (es decir, terratenientes) de Valladolid y diputado a Cortes por el partido liberal (en la órbita de Santiago Alba). Años antes, en 1895, otro joven doctor había publicado su tesis sobre “Derecho obrero” con opiniones muy distintas: incluso en el caso de que la culpa del accidente sea del obrero, por su ignorancia y negligencia, no es “equidad ni justicia que la sociedad deje abandonado a quien, cuando pudo, supo ganar la propia subsistencia, ni a los seres débiles que dependieron de él”. Incluso en las desgracias que tienen por causa “el llamado por el moderno tecnicismo «riesgo profesional»”, “la mayoría de los escritores modernos (cita a Spencer) se inclinan en pro de la indemnización”; “y este criterio es ya dogma para multitud de economistas”. Juan Moneva, hijo de modesto ferroviario, ya tenía experiencia de trabajar como asalariado. En su tesis “Derecho obrero” se manifiesta católico, seguidor de las enseñanzas papales, propagandista de la “doctrina social de la Iglesia” (Moneva y Puyol, 1895, pp. 284-290).

Los accidentes laborales, como todo lo que hoy llamamos Derecho laboral o del trabajo, eran en el siglo XIX y buena parte del XX cuestiones de Derecho civil, “una lección del temario de civil”, como es fama que dijo un civilista. O sea, todo el Derecho del trabajo una lección entre más de doscientas. Mientras así fue, los accidentes laborales eran una nota a pie de página en las explicaciones del art. 1902 CC. Pero para estas fechas (finales del XIX) ya se había introducido en algunos países el seguro obligatorio de enfermedades y accidentes en el trabajo (Bismarck en 1883), de manera que poco a poco todo esto dejó de ser considerado Derecho civil. Evolucionó como “Derecho social”, “Derecho obrero” o “Derecho del trabajo”, cortó el cordón umbilical con el civil y, entre otras cosas, las reglas de la responsabilidad civil dejaron de aplicarse en las fábricas. No es que no existieran las reglas o no fueran teóricamente aplicables, sino que dejaron de ser relevantes, hasta ahora. La seguridad social es otro mundo.

Como parece serlo el de la responsabilidad de las administraciones públicas “por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”, aunque sigamos utilizando parte de la terminología del Derecho privado tradicional y tensionando sus reglas; y quizás ya el Derecho de protección de los consumidores.

Incluso la llamada responsabilidad civil procedente de delito tiene rasgos propios, y en España, debido a sus notables especialidades procesales, no sé si puede explicarse con los criterios generales de la responsabilidad civil. Por ejemplo, las indemnizaciones pedidas a Artur Mas y otros dirigentes catalanes en este concepto y las medidas cautelares impuestas en forma de fianza al inicio del proceso penal, quizás podamos esforzarnos en interpretarlas como consecuencia del daño causado, pero seguro que los contribuyentes voluntarios a la colecta pública para pagarla no lo ven de este modo, sino que piensan estar realizando contribución a la caja de resistencia para evitar el ingreso en la cárcel de su líder político. Tampoco parece creerlo SegurCaixa Adeslas, que ha rechazado la petición de cubrir la fianza de 5,2 millones que le pedía Artur Mas acogándose al seguro de responsabilidad civil que cubría a los empleados de la Administración pública catalana: según fuentes de la aseguradora, “esos hechos están excluidos en el condicionado de la póliza”.

La teorización doctrinal, las sentencias de los tribunales y, muchas veces, las leyes, adquieren hoy una complejidad extraordinaria, incomparable con el estado de la cuestión de hace apenas tres décadas. Un marco conceptual mucho más elaborado, pero del que se escapan conjuntos de situaciones sociales muy relevantes en las que la incidencia de los daños contingentes es abordada con otros criterios e instrumentos.

Al mismo tiempo, las reglas de responsabilidad civil abarcan otras realidades nuevas que adquieren incluso cierto protagonismo. Por ejemplo, los daños morales; por ejemplo, los daños al honor, la intimidad y la propia imagen. Hace cincuenta años, cuando yo estudiaba la carrera, y durante bastante tiempo después, pensar en pedir indemnización de daños por la pérdida de un hijo pequeño se hubiera considerado inmoral. Digo “hubiera” porque, de hecho, no se pensaba. Con la muerte del pequeño la economía familiar se veía aliviada. Queda el dolor del padre o de la madre, claro (creo que también distinto hoy y hace cincuenta años), pero el dolor no tiene precio y quien pretendiera cobrarlo parecería un desalmado. Como hubiera parecido persona

poco honorable quien reclamara sumas de dinero como indemnización por el daño infligido a su honor, su fama, su intimidad o su imagen. En su caso, era satisfacción suficiente ante los tribunales, cuando no había más remedio que arrostrar así la publicidad de los hechos, la petición del “franco simbólico” propio de la práctica francesa o fórmulas semejantes de satisfacción simbólica. Luego, las leyes y la jurisprudencia constituyeron un mercado del honor, la fama, la intimidad y la propia imagen en que cada uno tiene su cachet y lo cobra mediante contrato o (presumido legalmente el perjuicio económico) como indemnización.

Están también los daños al medio ambiente, las indemnizaciones al cónyuge por coste de oportunidades perdidas al casarse, las indemnizaciones a los padres a quien los tribunales privaron indebidamente de la compañía de sus hijos, y tantos otros supuestos que conocemos por los medios de comunicación y que, nos convenzan o no las razones del caso concreto, nos parecen muy heterogéneos y sujetos al arbitrio judicial, cuando no los juzgamos como mera arbitrariedad.

Acepto de antemano que cada una de las afirmaciones que he hecho hasta ahora puede ser criticada y matizada. Mi intención es simplemente suscitar la imagen de la extraordinaria diversidad e impredecibilidad de los supuestos a los que se supone que se aplican unas reglas de responsabilidad civil que, sin embargo, no se siguen en otros ámbitos de la vida, o no del mismo modo.

Todo ello me sugiere que las reglas de “responsabilidad extracontractual” pueden analizarse productivamente como una técnica específica de control de conductas utilizada por el poder, según convenga, en unos ámbitos de la convivencia humana y no en otros. Técnica cuyo rasgo característico no es precisamente la indemnización del daño, sino dejar en manos de los particulares la acción para exigirla y hacerla suya, acción que pueden ejercitar o no. Técnica acumulable con cualesquiera otras, asimismo cuando convenga, e indiscernible en muchos casos de las sanciones pecuniarias administrativas o penales. Reglas y práctica de su aplicación que resulta muy difícil entroncar con el viejo principio de *alterum non laedere*, ese que junto a los de *suum cuique tribuere* y *honeste vivere* constituía los *tria iuris precepta* de nuestra tradición cultural.

Entra ahora el contratema.

Cuando hace un siglo, en febrero de 1917, la *Dixieland Jass Band* graba el primer álbum de música de jazz, podemos imaginar que algunos de aquellos músicos no sabían leer un pentagrama. Hoy muchas universidades del mundo tienen másteres y no sé si doctorados de jazz. Hoy un músico de jazz competente, y no digamos si centrado en la improvisación, tiene que dominar la teoría musical, en particular la armonía, con mayor soltura y profundidad que, por ejemplo, un competente instrumentista en una buena orquesta sinfónica. Porque el primero se exige, o le exigen, habilidad para la invención en mayor grado que al oboísta de repertorio clásico.

¿Qué teoría musical para el músico de jazz? O mejor, ¿la teoría musical de qué? Pues la teoría de la práctica de los músicos de jazz desde finales del siglo XIX hasta hoy, que sin duda incluye partes fundamentales de la teoría de la música clásica. Y esta última, es la teoría ¿de qué? Pues de la “práctica común” de los siglos XVII al XIX. Teoría de la armonía tonal que sigue siendo básica en la formación de los músicos occidentales y que se complementa con la teoría de la tonalidad extendida o moderna, la tonalidad modal, la atonalidad o el jazz¹.

La teoría musical, puedo decir con el desenfado atrevido que permite una *jam session*, es teoría de una práctica y es una teoría para la práctica. Y aunque se presente como meramente descriptiva, como es hoy más usual, tiene necesariamente un valor prescriptivo, al menos porque es la que aprenden los músicos en formación y conforme a la que se ejercitan. Lo mismo que ocurre con la teoría del derecho, canto ahora en una octava más alta a riesgo de desafinar. Teoría de una práctica y una teoría para la práctica. Ya sé que todo esto es perfectamente discutible. Los teóricos musicales del siglo XVIII y del XIX creían estar haciendo una teoría universal, aplicable a todas las músicas posibles, en todo tiempo y lugar; una teoría que podía ser perfeccionada, pero no contaban con que pudiera ser sustituida por otra. No contaban con que otras prácticas musicales fueran posibles. Al menos, otras prácticas de equiparable dignidad. No concebían tampoco una práctica musical en la música culta occidental ajena a su teoría. Quedaba fuera de su consideración la música popular, el folclore europeo, y todas las músicas, populares o cultas, del resto del mundo en todos los siglos de su existencia. ¿Cabe una teoría general de la música, universal e intemporal? Músicos geniales, de Rameau (1722) a Hindemith (1938)², lo pretendieron, fundando, por ejemplo, el carácter *natural* de los acordes perfectos en ciertas características físicas del sonido, en la

serie de los primeros armónicos, que si no he entendido mal es incluso susceptible de formalización matemática. Hay también intentos muy distintos en otros sentidos.

Walter Piston, en su tratado de Armonía (2007, p. VII), uno de los más utilizados en la enseñanza en España, reflexiona sobre el sentido de su propia obra en la Introducción de la primera edición norteamericana (1941):

(...) si pensamos que la teoría debe seguir a la práctica (rara vez la precede, excepto por casualidad) debemos comprender que la teoría musical no es un conjunto de instrucciones para componer música. Más bien se trata de una colección sistematizada de deducciones reunidas a partir de la observación de la práctica de los compositores durante largo tiempo, e intenta exponer cómo es o ha sido su práctica común. No dice cómo se escribirá la música en el futuro, sino cómo se ha escrito en el pasado.

¿Y si tratamos a la filosofía de la responsabilidad extracontractual como una teoría del jazz, de la práctica del jazz? Dentro de una teoría del Derecho entendida como teoría de la práctica del Derecho.

En la práctica del jazz las partituras, cuando las hay, son breves, escuetas, con pocas indicaciones, susceptibles de interpretaciones muy diversas. La práctica de la responsabilidad extracontractual, manifestada en sentencias, laudos y acuerdos es densísima, muy variada y no inteligible como mera ejecución de partituras. La teoría de la responsabilidad extracontractual no puede ser teoría de normas, al menos no de normas legales, esas partituras tan insuficientes para determinar la práctica. Partituras o, más bien, *cheat sheets*, chuletas con los acordes, que luego cada banda de jazz, cada jurisdicción, cada juez, toca a su manera. Teoría de una práctica cambiante, muy distinta a la de hace unos pocos decenios.

Metido en la experimentación de la atonalidad y en el dodecafonismo, Arnold Schoenberg, en su *Tratado de armonía* (1974) nos avisa:

El alumno aprenderá las leyes y usos de la tonalidad como si hoy estuvieran en plena vigencia, pero aprenderá también los movimientos que conducen a su supresión. Debe saber que las condiciones para la disolución del sistema tonal están contenidas en los supuestos mismos sobre los que se funda. Debe saber que en todo lo que vive está contenido su propio cambio, desarrollo y disolución... Lo único que es eterno: el cambio; y lo que es temporal: la permanencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Hindemith, T. (1937). *Arte de la composición musical*. Schott Musik International.
- Moneva y Puyol, J. (1895). *Derecho obrero*. Zaragoza: Mariano Salas.
- Piston, W. (2007). *Tratado de Armonía*. Madrid: Musicamudi.
- Rameau, J. (1722). *Traité de bharmonie réduite à ses principes naturels*.

Shoenberg, A. (1974). *Tratado de armonía*, traducción y prólogo de Ramón Barce, Madrid: Real Musical (publicado por primera vez en Viena, *Harmonielehre*, 1911).

Valverde y Valverde, C. (1899). *Las modernas direcciones del Derecho civil* (Estudios de filosofía jurídica). Valladolid: Tipografía J. M. Cuesta.

¹ La teoría de la armonía tonal fue precedida por otra de enfoque interválico, no acórdico, que es la que mejor da cuenta de la práctica del contrapunto: conserva plenamente su valor descriptivo para aquella práctica, pero ya no su fuerza prescriptiva para la práctica actual.

² Por cierto, Rameau y Rousseau se enfrentaron duramente sobre estas cuestiones en el marco de la querelle des buffons.

EL FUNDAMENTO DEL
DERECHO DE DAÑOS
UNA PROPUESTA

*Juan Antonio García Amado**

* Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León (España).

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN. JUSTICIA CORRECTIVA CONTRA ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Una teoría general sobre el derecho de la responsabilidad por daño extracontractual o derecho de daños (como lo vamos a llamar aquí) puede plantearse con un afán descriptivo o con un propósito normativo. Si se trata de lo primero, se querrá poner de relieve el hilo conductor o la base conceptual, moral o hasta ontológica que subyace a esa rama de lo jurídico, lo explica y le da su sentido, tal como existe en las normas y se practica en los tribunales. No se pretenderá construir modelos ideales, sino retratar el esqueleto común del vigente derecho de daños. Si la finalidad de la teoría es normativa, se buscará también construir un modelo, pero uno ideal, sobre la base del valor que, en el fondo, deba dar orientación y sentido al derecho de daños y con el fin de contrastar el derecho vigente con ese parámetro normativo.

El mayor obstáculo para una teoría general de corte descriptivo se halla en la heterogeneidad de supuestos que el derecho de daños abarca, en el riesgo de que aparezcan partes de tal derecho que no encajen en ese patrón con el que se quiere dar cuenta de la esencia de esa rama de lo jurídico¹. Si de una teoría normativa hablamos, nos topamos con un inconveniente similar, como es lo difícil que resulta cotejar la gran variedad de supuestos con un modelo ideal único y abarcador².

Si lo que doctrinalmente se quiere, en un nivel algo más abstracto, es dar cuenta del fundamento teórico o filosófico del derecho de daños, los problemas son similares. Ese fundamento que se proponga debería cuadrar sin distorsiones con los variadísimos campos del derecho de la responsabilidad civil extracontractual y no tendría que quedar al margen de ese campo jurídico ninguno de los supuestos para los que, de acuerdo con ese fundamento, deba operar el derecho de daños.

Las dos doctrinas que con más vigor se oponen a la hora de justificar el derecho de daños, y muy en especial el de la responsabilidad civil

extracontractual, son la escuela llamada del análisis económico del derecho y la doctrina de la justicia correctiva³.

Para el análisis económico del derecho, al derecho de daños le da sentido una función, cual es la de minimizar todo lo posible los costes de los accidentes. La perspectiva es macro, por así decir, en el sentido de que no importa ante todo la justicia que se haga a dañado o dañador, sino que sea lo más baja posible la suma del coste de todos los accidentes y de todas las medidas de prevención de accidentes. Es decir, el fin del sistema sería llegar a una situación óptima en que ninguna medida jurídica pueda ya hacer que los accidentes cuesten menos, sumando los costes de los accidentes habidos y los costes de prevención de los accidentes y de sus costes⁴. En la interacción social nos causamos daños unos a otros y esos daños suponen pérdidas y costes, pérdidas y costes que consumen recursos económicos. Por tanto, a menos accidentes y daños, menos costes. El objetivo del derecho en general es reducir costes, y el derecho de daños lo consigue a base de imputar los costes del daño a aquel al que más barato le resultaría prevenirlo⁵. Lo determinante no es ni la justicia en la relación interpersonal entre dañador y dañado ni la justa distribución social de bienes, sino la eficiencia en la prevención social de costes, la maximización de los recursos disponibles⁶ para fines distintos de la reparación de daños que habrían podido evitarse o sufrirse a un “precio” más bajo. Además, el que la indemnización que deba pagar aquel al que más barato le habría resultado prevenir el accidente vaya precisamente al dañado no es tampoco algo que se tome como una exigencia de la justicia, sino como un requisito de eficiencia, pues de esa manera se incentiva a los dañados para que demanden, y así se ahorra el Estado sus propias acciones para animar a los potenciales dañadores para que prevengan los posibles daños⁷.

En palabras de Rosenkrantz,

“[E]l Análisis Económico del Derecho (AED) es el desafío más radical a la idea que la responsabilidad por culpa debe ocupar el lugar del principio ‘general y supletorio’ de la responsabilidad civil. El AED considera que el objetivo de la responsabilidad civil no es responder apropiadamente a acciones reprochables, ni realizar la lógica inmanente de la relación que se crea entre quien causa un daño y quien lo sufre, ni rescatar nuestra dignidad como agentes intencionales (la que se vería afectada si tuviéramos la obligación de compensar los daños que causamos sin intención de dañar, o al menos, sin intención de actuar con desaprensión respecto de los intereses y derechos de otro) sino, mucho más prosaicamente, minimizar el costo de los accidentes (o, más elaboradamente, minimizar la suma del costo de los accidentes y los costos de su evitación). Consiguientemente, para el AED la culpa sólo debe tenerse en cuenta en un sistema de responsabilidad civil, si acaso, cuando ello fuera funcional al ideal que la informa. En otras palabras, para el AED la infracción de un estándar de cuidado puede

constituirse en un prerrequisito de la obligación de compensar siempre que ello haga más probable que imponiendo dicho prerrequisito los costos sociales disminuyan y los beneficios sociales aumenten” (Rosenkrantz, 2008, p. 294).

Así pues, para la corriente del análisis económico del derecho el daño no importa propiamente como afectación negativa del interés de un individuo o como merma de su bienestar en algún aspecto, sino por lo que supone de coste que incide en la eficiencia económica del sistema social en su conjunto. Consiguientemente, la razón de ser del derecho de daños está en procurar la disminución de los costes de los accidentes o desgracias a base de incentivar a los sujetos para que tomen las medidas precautorias correspondientes y de hacer que con el coste del daño cargue aquel al que le salga más “barato” evitarlo⁸. El derecho de daños será tanto más eficiente cuanto mayor sea su efecto preventivo (cuanto más funcione como incentivo para que los potenciales dañados y dañadores inviertan para prevenir los daños y aminorar sus costes) y cuanto más bajos sean los costes de los daños que acontezcan⁹.

Imaginemos que hay un tipo de daños que suelen causar los miembros de un grupo A a los miembros de un grupo B. El coste promedio de los daños para los B es de 5 y el coste para los B de prevenir esos daños sería de 4. Por su parte, el coste que para los A supondría prevenir la causación de dichos daños por ellos mismos sería de 3. Según ese elemental esquema, habría que imputar el coste del daño a los A, porque para ellos es más barato prevenir el daño de lo que es para los B asumirlo o precaverse frente a él. Pero imaginemos ahora que hay un pequeño grupo, los C, y que cada miembro del grupo C tiene un millón. Y supóngase que el daño puede evitarse o sanarse quitando a un C dos unidades de lo suyo cada vez que acontezca uno de aquellos daños causados por los A a los B. En términos de eficiencia económica, tendríamos ahí una excelente razón para imputar a los C los costes de esos daños, aunque no hayan tenido arte ni parte en su producción. Si nos repugna esa solución es probablemente por alguna razón vinculada a un sentimiento de justicia. Desde los planteamientos de justicia correctiva, diríase que es por algo relacionado con la justicia por lo que no tomamos por incondicionado el criterio de eficiencia económica y restringimos a dañador y dañado el margen para la imputación de los costes del daño. Pero bajo tal óptica nos resultará difícil justificar aquellos supuestos, no tan escasos, en los que hay daño y dañador y, sin embargo, se ponen en marcha mecanismos de distribución de costes entre los que no han dañado.

Por su lado, para las doctrinas de la justicia correctiva de lo que se trata es de que por el responsable sea compensado todo daño que él a otro ha causado, en el entendimiento de que daño será toda pérdida que la acción indebida o ilícita (*wrong*) de uno cause a otro¹⁰, de manera que le provoca a este unas pérdidas que hacen que, de resultas de aquella acción, tal dañado pase a tener menos de lo que tenía. A veces se insiste también en que se trata de corregir la ganancia ilícita que con su acción el dañador obtuvo¹¹.

Se insiste a menudo en el carácter *formalista* de dichos enfoques de justicia correctiva, ya que, como fácilmente se aprecia, *no pretenden proteger una distribución justa, sino cualquier distribución vigente*. Ahí está la base para la independencia completa entre justicia correctiva y justicia distributiva que subrayan con gran énfasis los autores de tal corriente¹². Esto se suele explicar forzando el razonamiento, a efectos didácticos, con ejemplos así: si, mismamente en España, una de las personas más pobres del país atropella con su bicicleta a uno de los españoles más ricos (pongamos que a Amancio Ortega) y le causa en su precioso maletín de cuero un daño valorado en dos mil euros, ante la demanda del dañado rico deberá ese dañado pobre indemnizarlo con el valor del daño, los dos mil euros, de modo que cada uno siga teniendo después lo que antes del accidente tenía, nos parezca justo o injusto el modo cómo entre uno y otro la riqueza está distribuida.

II. TESIS: EL DERECHO DE DAÑOS COMO PROTECCIÓN DE LAS REGLAS DE DISTRIBUCIÓN VIGENTES

Mi *tesis* aquí es que la función o justificación del derecho de daños ni consiste en reducir en lo posible los costes económicos de los accidentes ni se halla en servir a ese modelo de justicia llamada correctiva. El enfoque que me parece preferente es uno propiamente funcional y vendría a mostrar que lo que el derecho de daños ampara es el orden social, y lo hace *impidiendo que los individuos puedan tomarse por su cuenta el poder de alterar las distribuciones vigentes, cualesquiera que estas sean, enmendando así los mecanismos operantes para la asignación de bienes entre las personas*. El derecho de daños sería un *esquema normativo de protección del vigente orden normativo de distribución*. No se pretende amparar al sujeto dañado para que siga teniendo lo que antes tenía porque sea justo que lo tenga o porque resulte injusto que haya sido privado de ello, sino que *es la norma distributiva misma la que es salvaguardada y es la vigencia de esa distribución general lo que se respalda*. En ese sentido, *el derecho de*

*daños no sería tributario de la justicia de la distribución, sino de la vigencia de la norma distributiva*¹³.

Imaginemos que A tiene cinco coches de lujo y B nada más que tiene una bicicleta, pues carece de recursos económicos para comprar un vehículo más caro. Ahora pongamos dos situaciones. *Situación 1*: B, por descuido, salta un semáforo en rojo y causa con su bicicleta en el coche de A daños por valor de cien euros. *Situación 2*: A, por descuido, salta un semáforo en rojo y causa en la bicicleta de B daños por valor de cien euros. El derecho de daños impone en ambas situaciones idéntica obligación al dañado, sea uno o sea otro, la obligación de indemnizar por el valor del daño, cien euros. Para A los cien euros apenas significan nada, mientras que para B representan mucho, mas esa diferencia no la toma en cuenta el derecho de daños. ¿Por qué? Por lo siguiente:

- a) Porque el derecho de daños no se ocupa de imponer reglas de distribución, sino que opera asumiendo las que de hecho rijan en la respectiva sociedad.
- b) Porque el derecho de daños no está condicionado por un juicio previo sobre la justicia de las reglas de distribución vigentes, ya que tal debate se desarrolla en otro ámbito teórico y práctico, no en el del derecho de daños; de modo similar a como el Derecho penal, al sancionar el robo, no se ocupa de si los vigentes repartos de la propiedad son justos o no.
- c) Porque el derecho de daños se justifica como instrumento para evitar que en las relaciones interpersonales ordinarias se alteren los repartos vigentes por vías no consensuales, pues el daño es una pérdida que a otro se le causa sin su consentimiento.

Dicho de otro modo, *mediante el derecho de la responsabilidad por daño extracontractual no se refuerzan los resultados de la distribución vigente, sino las vigentes normas de distribución* o, por mejor decir tal vez, la mecánica normativa de la distribución. No se trata de que la distribución vigente se tenga por justa y que por eso se salvaguarden sus resultados, sino de que *se estima socialmente perjudicial que los particulares puedan, mediante su conducta individual, reemplazar la norma de distribución por su propia pauta personal*. Si el pobre debe indemnizar al pudiente por el valor del maletín de piel que le dañó no es porque sea justo que el pobre se empobrezca más para que el otro siga siendo igual de rico que era antes, con su maletín y todo, sino porque el que unos alteren el orden distributivo es fuente de inseguridad y desorden, tanto si es el pobre el que modifica la distribución dañando al rico, como si ocurre a la

inversa. La justicia distributiva, como objetivo social, requiere reglas generales de distribución generalmente aplicadas y respetadas; por definición la justicia distributiva no se impone a golpe de acción individual dañosa de situaciones individuales¹⁴.

Además, los individuos permanecen como iguales en dignidad y consideración básica si ninguno de ellos tiene respecto de las normas comunes una posición de privilegio consistente en poder descomponer los resultados de su aplicación general. Si, por ejemplo, en un grupo de personas rige la norma de que cada uno ha de poder comer en proporción a su estatura y conforme a ese baremo se produce el reparto de la comida, pero uno de ese grupo puede intencionadamente o por descuido destruir una parte de la comida de otro y no está obligado a recomponer el reparto roto, ese que dañó y no compensó *se coloca por encima de aquella regla de reparto*, ya que puede “válidamente” modificar sus resultados. *Es, en suma, la igualdad de los ciudadanos ante la norma vigente de distribución, la que sea, la que está garantizando el derecho de daños*¹⁵.

Volvamos al ejemplo de antes, en el que A tiene 10 y B tiene 50. En un marco de vida social mínimamente organizada con base en unas normas intersubjetivamente operantes, habrá siempre unas normas reguladoras de la distribución posible de bienes entre los integrantes de la sociedad. Normalmente dichas normas no dirán cuánto puede o debe cada uno tener, sino cómo puede cada cual adquirir legítimamente lo que vaya a tener y cuánto se puede a cada uno, conforme a normas generales, detraer de lo que legítimamente ha obtenido (por ejemplo, por vía de políticas fiscales) o dar a cada uno complementariamente a los que ha obtenido.

A tenor de tales normas, que llamaremos normas de distribución de bienes, lo que alguien tenga en cada momento puede resultar lícito o ilícito. Ante la tenencia ilícita, los sistemas jurídicos reaccionan con normas sancionadoras, sean penales o administrativas, y con normas de restitución, como pueda ser en el caso de la restitución de lo robado o de lo ilícitamente logrado, como ocurre, por ejemplo, el caso de la restitución de lo indebidamente cobrado o del enriquecimiento injusto, entre otros muchos supuestos. Todas las normas que ahí encajan tienen la misión de proteger los mecanismos válidos de adquisición y transmisión de bienes y de sancionar las vías ilícitas de obtención de bienes.

A esas normas propiamente sancionadoras se agregan las de la responsabilidad por daño extracontractual, y muy en particular aquellas que mandan reparar el daño causado con dolo o falta del debido cuidado. A no robó a B ni se apropió indebidamente de algo que era de B o que a B debía haber correspondido, sino que provocó a B una pérdida de 2 unidades de las 50 que B tenía. En A faltan elementos constitutivos del ilícito penal o administrativo y no procede, por tanto, castigarlo quitándole algo de las 10 unidades que A tiene. Adicionalmente, A no se ha beneficiado de ninguna manera del daño de B, nada ha sumado A a sus bienes de resultas de su acción dañosa para B¹⁶. Lo que sí ha hecho A es descomponer la distribución vigente antes de su acción dañosa, pues B tenía legítimamente 50 y ahora tiene 48.

¿Dónde está la razón para que A deba compensar a B por esa pérdida de dos unidades, y, en especial, para que deba hacerlo, aunque sea grande la diferencia en bienes entre A, que es pobre, y B, que es rico? ¿Por qué la indiferencia del derecho de daños a los balances concretos de la justicia distributiva? Mi tesis es la siguiente: porque *si el sistema social o jurídico-político permite que alguien pueda deshacer la distribución vigente y tenida por legítima según las reglas generales operantes en la respectiva sociedad, se estaría permitiendo que los ciudadanos se tomen la justicia por su mano o que las acciones de los ciudadanos no intencionadas o intencionadas operen de hecho como mecanismo corrector de las normas generales de distribución*. En otras palabras, si para que A tenga que indemnizar a B por el daño que le causó hubiéramos de establecer previamente que es distributivamente justo que A sea privado de 2 de sus 10 para recomponer las 50 que B tenía, sería lo mismo que si dijéramos que todo sujeto tiene derecho a dañar a otro siempre que la situación entre los dos resultante sea distributivamente justa, ya sea porque el que tiene más deja de tener parte de lo que tenía, ya porque el que tiene menos pasa a tener más de lo que tenía. Los sistemas jurídicos prevén mecanismos para quitar al que tiene lo que se considere indebido, o más de lo debido, o para dar alguna cantidad al que tiene menos de lo debido o de lo que necesita, pero entre esos mecanismos no se halla la apropiación individual o la causación individual de pérdidas a otro distributivamente justificada.

La subordinación del derecho de daños a la justicia distributiva conduciría a que solamente hubiera que indemnizar para restablecer entre los sujetos situaciones relativas no distributivamente injustas, y por eso a menudo no