

El riesgo y la responsabilidad extracontractual: Algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación *

Carlos F. Rosenkrantz **

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, tanto en el Derecho Continental como en el Derecho Anglosajón, para que en un tribunal un demandado sea obligado a compensar al demandante han sido necesarios tres requisitos ineludibles; primero, la culpa, es decir, que la conducta del agente haya sido reprochable; segundo, el daño, esto es que la víctima (o eventualmente «algo» de su propiedad) haya sufrido un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria; y tercero, una relación causal que conecte la conducta reprochable con el daño en cuestión¹. Salvo en el relativamente moderno ámbito de la responsabilidad estricta u objetiva², estos tres requisitos han estado siempre presentes en toda condena en juicios de responsabilidad extra-contractual.

No obstante la importancia de esta tradición en el ámbito jurídico, la situación amenaza con cambiar de un modo radical. En efecto, algunos autores³ han sugerido la necesidad de recharacterizar la culpa, la causa y el daño concibiéndolos de manera probabilística.⁴ Este cambio conceptual no es sólo un intento de justificar nuestra actual visión de las cosas. Tampoco es sólo una manera diferente de explicar más acabadamente nuestras actuales intuiciones en la materia. Por el contrario, como espero quede claro en las secciones siguientes, es un cambio con consecuencias prácticas de gran magnitud.

Pero la importancia de la recharacterización de la culpa, la relación causal y el daño, no es sólo una función de la importancia de sus consecuencias. Es importante, además, por la envergadura de las ideas en las cuales se asienta. En efecto, los autores a los que me referiré, y las posiciones que directa o indirectamente adoptan, descansan en la convicción de que la forma canónica de la responsabilidad es la responsabilidad por los riesgos que generamos e

* Agradezco los comentarios recibidos a borradores anteriores de Luciana Sánchez, Silvina Ramírez, Jaime Malamud, Eduardo Rivera López, Marcelo Alegre y Juan Carlos Bayón. Agradezco también el excelente trabajo de los editores de la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, así como, en especial, los comentarios y sugerencias de Pablo Suárez.

** Abogado, Universidad de Buenos Aires (1983); Master in Law, Yale University (1987). Doctor in The Sciences of Law, Yale University (1989). Global Law Professor, New York University; Profesor de la Universidad de Palermo y de la Universidad de Buenos Aires.

1. Véase Thompson, J.J., «The Decline of Cause», *The Georgetown Law Journal*, vol. 76, 1987, pag. 137.

2. No obstante que en el derecho romano y en el derecho anglosajón la responsabilidad objetiva ya era conocida desde hace tiempo, su extensión es relativamente reciente.

3. El caso más claro y sofisticado ejemplo es David McCarthy. Véase McCarthy, David, «Liability and Risk», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, num. 3, summer 1996, pags. 238/262; «Rights, Explanation and Risks», *Ethics*, vol. 107, num. 2, January 1997, pags. 205/225.

4. Es importante dejar sentado que en todo lo que sigue usaré la palabra «riesgo» y la palabra «probabilidad» como sinónimos. Una muy lúcida exposición de las distintas concepciones de la probabilidad y el riesgo ha sido hecha por S. Perry. Véase Perry, S., «Risk, Harm and Responsibilities», en *Philosophical Foundations of Tort Law*, ed. David G. Owen, Clarendon Press, 1995, pags. 322 y ss.

imponemos a otro, mientras que la responsabilidad por daño es sólo una excepción al canon basada en razones de diversa naturaleza.

Como se verá, este es un trabajo acerca de ideas, más que de consecuencias prácticas. De todos modos, trataré la pregunta fundamental de la teoría de la responsabilidad, esto es, si en verdad el caso canónico de la responsabilidad es la responsabilidad por riesgos que introducimos y no la responsabilidad por daños, sólo de manera indirecta y tangencial.

La razón de esta estrategia indirecta es que no quiero alejarme demasiado del tipo de discusión existente en el ámbito de la dogmática jurídica, donde no se debate sobre ideas tan filosóficas como la prioridad de la responsabilidad por riesgo o la prioridad de la responsabilidad por daño.

En razón de lo dicho en el párrafo precedente, en este trabajo describiré y analizaré nuevas concepciones de la culpa, la causa y el daño, y algunas de las implicancias y consecuencias que tendría su adopción. Desde ya quiero adelantar que estoy convencido de que, como cuestión de principio (e independientemente de lo que más adelante llamaré «problemas de cumplimiento»), la forma tradicional de concebir o conceptualizar los requisitos de la culpa, la causa y el daño es esencialmente correcta y, por lo tanto, no debe ser abandonada.

El plan expositivo que me he trazado es el siguiente: En la sección II, me ocuparé del requisito de la culpa. Explicaré cómo se concibe este requisito en la teoría tradicional de la responsabilidad civil y la manera en que la concepción tradicional se encuentra influida por elementos probabilísticos. Luego analizaré la propuesta de recaracterización que se deriva de las ideas de G. Fletcher. Finalizaré la sección haciendo alusión a los problemas que introduce esta propuesta. En distintos puntos de la sección haré alusión a mis propias ideas ya que, de algún modo, se apartan de la ortodoxia. En la sección III me ocuparé del requisito de la causa, mientras que en la sección IV haré lo propio respecto del requisito del daño. Siguiendo la estructura de la sección II, en cada una de estas secciones explicaré la influencia de los elementos probabilísticos en la concepción tradicional de la causa y el daño y la forma en que ambos requisitos deberían concebirse si aceptáramos las ideas de quienes afirman que debemos recaracterizarlos. No trataré los problemas de la recaracterización de la causa, ni las razones existentes para preferir la concepción tradicional, hasta el final de la sección IV. La razón de esta postergación es que sólo allí, una vez presentadas las razones que aconsejan rechazar la recaracterización del requisito del daño, se comprenderá por qué la concepción tradicional de la causa es la concepción correcta. En la sección V estableceré el alcance de las evaluaciones que formulo a lo largo de este trabajo. Finalmente, en la conclusión realizaré algunas consideraciones generales respecto de la idea de que la forma canónica de la responsabilidad es la responsabilidad por riesgos.

II. LA CULPA Y EL RIESGO

1. Introducción: Las particularidades del concepto de culpa

En principio, como he intentado explicarlo en otro lugar,⁵ la conexión causal con el daño es una razón «prima facie» para que quien lo causó tenga la

5. Véase Rosenkrantz, Carlos, «Tres Concepciones de la Justicia Correctiva y la Responsabilidad Civil», *Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, vol. 67/68, 1997, pags. 147/203.

obligación de compensarlo. Por ello, pre-teóricamente, todos pensamos que nadie es mejor candidato para hacerse cargo de las consecuencias dañosas de una acción que aquél que causó dichas consecuencias. La mejor prueba de ello es que creemos, antes de reflexionar exhaustivamente sobre la cuestión, que la respuesta más natural a los problemas de la responsabilidad civil es que A debe compensar a B si A fue quien dañó a B, y que, por el contrario, C no debe compensarlo si fue un tercero causalmente extraño al daño de B.

En este contexto, el requisito de la culpa se presenta como perturbador de nuestras convicciones pre-teóricas pues no encaja con la idea de que basta estar causalmente vinculado a un resultado dañoso para tener que compensarlo. Ello porque, en determinadas circunstancias, tal exigencia convierte en falsa la respuesta que más arriba identifiqué como más natural a la cuestión de la responsabilidad civil. (En efecto, si exigimos culpa en el agente causal del daño, A, a pesar de su vinculación causal con el daño de B, no tendrá la obligación de compensarlo si no hubiera actuado de un modo culpable).

Ahora bien, el mero hecho de que el requisito adicional de la culpa sea perturbador de nuestras convicciones pre-teóricas no implica que sea injustificado, implausible o que no podamos encontrar razones que lo justifiquen o fundamenten.⁶

De hecho, en la dogmática jurídica y en la teoría moral contemporánea existen innumerables intentos de dar sentido a la idea de que cuando causamos un daño sin culpa no debemos repararlo. De todos modos, más allá de la diversidad de tales intentos existe una explicación usual.

En efecto, usualmente la culpa, y la liberación de la obligación de compensar que su exigencia produce, se justifica recurriendo a la idea de que la atribución de responsabilidad por los daños ocasionados sólo procede en los casos en que las acciones mediante las cuales los causamos son acciones que una persona razonable que se encontrara en nuestras circunstancias no habría realizado. Si, por el contrario, las acciones dañosas no fueran acciones que una persona razonable no hubiera realizado, no podríamos exigir compensación.

Detrás de esta usual justificación de la culpa se esconde una concepción de la responsabilidad que, en otro lugar, he llamado «la concepción retributiva de la responsabilidad extracontractual».⁷ De acuerdo con esta concepción existe una analogía entre el castigo y la compensación, por lo que únicamente podemos imponer la obligación de compensar en el caso en que la conducta que causó el daño haya sido reprochable.

6. En esta nota me interesa destacar la clase de razones que fundan o justifican el requisito de la culpa. En ese sentido, si pensamos en los términos de la distinción entre razones objetivas y razones subjetivas, el requisito de la culpa responde a razones subjetivas. Ello así, pues la justificación de la culpa siempre hace referencia esencial a circunstancias características del agente causalmente responsable del daño, más precisamente, al hecho de que por no ser su acción negligente -esto es por no violar un estándar que define la conducta esperada en las circunstancias del caso- su acción no le es reprochable. También es interesante destacar que la culpa, por el hecho de justificarse mediante razones subjetivas, es un requisito estructuralmente diferente a las razones que subyacen a los demás requisitos de la responsabilidad extracontractual, ya que la relación causal y el daño son requisitos totalmente ajenos a consideraciones idiosincrásicas del agente y a todo juicio de mérito o de mérito personal.

7. Ver opus cit. not. 5.

No obstante su popularidad, sostengo que esta justificación de la culpa es implausible.⁸

Su error consiste en asociar la responsabilidad por daños a la realización de acciones reprochables, cuando no existe ninguna vinculación entre el reproche por lo actuado y la obligación de compensar. La mejor manera de demostrar la ausencia de la vinculación mencionada es a través de un ejemplo.

Piense en el famoso caso de J. Feinberg.⁹ Un escalador de montaña en medio de una tormenta se encuentra ante la alternativa de morir por congelamiento en la intemperie o romper la ventana de una cabaña deshabitada para entrar y cobijarse en ella.

En un caso como este, nadie dudaría que se puede entrar en la cabaña y que si el escalador lo hace no realiza ninguna acción reprochable. No obstante ello, es decir, no obstante la inexistencia de reproche, el escalador no se libera de la obligación de compensar el daño que causa cuando entra, esto es, la rotura del vidrio. Nadie dudaría que el escalador, a pesar de haber actuado irreprouchablemente, debe colocar al dueño de la cabaña en la situación en la que éste se encontraba antes de su irrupción.

Ahora bien, si la obligación de compensar existe independientemente de la ausencia de reproche hacia la acción que genera el daño, ello muestra que la obligación de compensar no es una consecuencia de su actuar reprochable, sino de algún otro elemento del caso.

La misma conclusión -que no existe vinculación entre el reproche a lo actuado y la obligación de compensar- puede ser defendida de un modo distinto. Así si analizamos cuidadosamente la proposición «hemos realizado una acción reprochable» y la proposición, «tenemos que compensar el daño que causamos mediante la acción reprochable» veremos que no existe conexión alguna entre ellas. En efecto, tal como M. Zimmerman¹⁰ ha demostrado, no existe ninguna relación de derivación lógica entre «A ha realizado algo moralmente incorrecto que perjudica a B» y «A debe compensar a B por lo que ha hecho». Más aún, según ha sostenido este autor, no existe ninguna relación entre esta última proposición y las proposiciones que fundamentan que lo hecho por A sea reprochable.¹¹ Por lo que no puede sostenerse que la reprochabilidad y la responsabilidad estén asociadas de manera alguna.

Ahora bien, la implausibilidad de las justificaciones usuales de la culpa no es concluyente respecto de la implausibilidad de la culpa como requisito en el esquema de la responsabilidad civil.

Tal como lo he defendido en artículos precedentes, la responsabilidad por daños no se relaciona centralmente con la reprochabilidad o irreprochabilidad

8. Algunos autores han señalado que la implausibilidad de la exigencia de la culpa se ve con claridad tan pronto advertimos que si exigimos culpa en el agente causal del daño el efecto colateral inmediato, en aquellos casos en que el agente causal del daño no es culpable, es que el daño debe ser soportado por la víctima. Como la víctima tampoco es culpable, el resultado de la exigencia de culpa es paradójico pues determina que en última instancia debe cargar con el daño alguien cuya acción no es culpable. Véase Coleman, Jules, «The Morality of Strict Tort Liability», *18 William and Mary law Review*, vol. 259, 1976.

9. Véase Feinberg, Joel, *Rights Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton U. Press, 1980, pag. 230.

10. Véase Zimmerman, Michael, «Rights, Compensation and Culpability», en *Law and Philosophy*, vol. 13, 1994, pag. 426.

11. Zimmerman está preocupado por la relación existente entre incorrección de una acción y obligación de compensar. De todos modos creo que sus comentarios se aplican perfectamente al análisis entre reprochabilidad de una acción y obligación de compensar.

de las acciones de un agente, sino con el hecho de que el agente causó el daño en cuestión. (En otras palabras, y con las aclaraciones que dejaré sentadas en lo que sigue, A deberá compensar a B, independientemente del reproche de su actuar, si A ha sido quien ha dañado a B).

En este esquema, la culpa no funciona como un elemento atributivo de responsabilidad sino, por el contrario, como una excepción a la obligación de compensar.

Más aún, el requisito de la culpa se justifica de modo idéntico a la justificación de otras limitaciones a la obligación de compensar.

He sostenido que las limitaciones a la obligación de compensar se justifican,¹² todas ellas, en términos de un principio de acuerdo con el cual no se debe compensar a la víctima de un daño en todos los casos en que tal compensación impediría el funcionamiento de prácticas o instituciones sociales cuyos resultados producen beneficios mutuos.¹³

Imagine que A causa a B daños por producir más eficientemente en un determinado mercado y que como consecuencia de la productividad de A, B se va a la bancarrota. Si tomamos como presupuesto, por un lado, que el mercado (dado el sistema de incentivos prevaeciente en una sociedad) es la mejor manera de mejorar la situación de todos vis a vis, todos los otros sistemas de producción y distribución de recursos y, por el otro, que el mercado no podría funcionar si quienes producen más eficientemente tuvieran que compensar los daños que causan por mandar a la bancarrota a quienes carecen de esta habilidad,¹⁴ habremos justificado una excepción a la obligación general de A de compensar los daños que causa a B. Ello así, por la sencilla razón de que nadie (incluso los directamente perjudicados por la limitación de la obligación de compensar —en este caso B-) podría razonablemente rechazar una solución a la cuestión de la compensación cuando las alternativas de dicha solución perjudican a todos.¹⁵

12. Ver opus cit. not. 5.

13. He desarrollado este punto en «La riqueza no es un valor. Algunas reflexiones acerca de Dworkin y el Análisis Económico del Derecho», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, vol. 1 num. 1, pags. 93/106.

14. Existen explicaciones alternativas de la conclusión de que A no debe compensar a B. J. Coleman, uno de los autores que más ha trabajado el tema, ha sostenido que debemos distinguir entre pérdidas y daños. Mientras que las pérdidas son inconvenientes causados por aquellos que no tienen la obligación de no realizar la conducta en cuestión, los daños son los inconvenientes causados por quienes si tienen esta obligación. Usando esta distinción Coleman afirma que B, por no haber sufrido un daño —en razón de que A no debía abstenerse de competir con él- no debe ser compensado. Véase Coleman, Jules, *Risk and Wrongs*, Cambridge University Press, 1993, pag. 270 y ss. (Creo que esta explicación es equivocada por razones que desarrollo en Rosenkrantz, Carlos, opus cit. not. 5). También se ha sostenido que A no ha causado la bancarrota de B. De este modo A no debe compensar, pero la razón por la que no debe hacerlo no es que B no haya sido dañado sino que B no ha sido dañado por A. (Creo que esta explicación es muy problemática pues presupone una concepción equivocada —normativa- de la causalidad, de acuerdo con la cual uno no es causante de los daños que no debe compensar.)

15. Existen muchas cuestiones de detalle dejadas en la oscuridad en la presentación del principio que justifica la limitación de la obligación de compensar. La más importante es explicar qué entendemos por el requisito de que la institución en cuestión «beneficie a todos». En otras palabras, si a los efectos de justificar una limitación a la obligación de compensar es preciso que esta limitación sea necesaria para el funcionamiento de instituciones que mejoran la situación de la clase de personas que están peor o sí, es preciso además, que se trate de instituciones cuyo funcionamiento beneficia incluso a aquellos que resultan perjudicados por la limitación de la obligación de compensar, más precisamente, aquellos que deben cargar con sus propios daños. También dejo sin tratar la cuestión de qué sucede cuando, no obstante que las instituciones bajo análisis cuyo funcionamiento exige que no impongamos la obligación de compensar perjudican a alguien en particular, todas las demás instituciones posibles perjudican a más personas o a igual número de personas más gravemente. (He abordado parcialmente estas cuestiones en Rosenkrantz, Carlos, opus cit. not. 13).

Ahora bien, tal como sugerí más arriba, creo que el requisito tradicional de la culpa puede explicarse del mismo modo. Así, la excepción a la obligación de compensar todos los daños que uno causa, producto de la exigencia de la culpa en el agente causal del daño, se justifica si tal excepción arroja beneficios mutuos, resultados que no podrían obtenerse si hubieran de compensarse los daños en cuestión. Nuevamente un ejemplo ilustrará mi posición.

Dada una sociedad en la que todos sus habitantes, más o menos con la misma asiduidad, se transportan en bicicleta, imagine que existe una ratio de accidentes de 10/100 de tal modo que cada 100 viajes en bicicleta de cada ciclista, 10 terminan en accidentes con daños para los peatones. Suponga además que el costo de administrar un sistema de responsabilidad objetiva es muy alto, por la sencilla razón de que la estructura judicial es cara y burocrática. Imagine que los daños producidos por los accidentes son de distinta magnitud, aunque la mayoría de ellos no pasan de rasguños y magullones. Si en esta sociedad no se exigiera culpa en el agente causal para que sea obligado a compensar (y no fuera posible contratar un seguro en condiciones de mercado) todos se abstendrían de circular en bicicleta o pondrían muchísimo más cuidado que el habitual al hacerlo. (Es una premisa de este ejemplo, también, que la utilidad social de circular en bicicleta es muy alta, la que se perdería si hubiera que manejarse con mucho más cuidado).

En las circunstancias del ejemplo anterior, el requisito de la culpa es una medida que beneficia a todos. Si todos efectivamente se transportan con la misma asiduidad en bicicleta es mejor para todos ellos poder seguir usando las bicicletas con un cuidado no demasiado extremo que ser compensados en el caso de ser una de las víctimas de un accidente ciclístico. (Más conveniente aún será exigir culpa en el agente causal del daño si los accidentes pueden ser evitados con mayor facilidad por los peatones que por los ciclistas, o si los peatones pueden contratar seguros más baratos que los ciclistas).

Creo que lo anterior es más que suficiente dados los propósitos de este trabajo. Estimo que con lo dicho se apreciarán las características del requisito de la culpa y mi propia visión respecto de su justificación en la teoría de la responsabilidad extra-contractual. En lo que sigue, quiero detenerme en las ideas de quienes creen que el requisito de la culpa debe ser recharacterizado. Pero, previamente, tal como lo adelanté más arriba, quiero señalar la forma en que la teoría tradicional asocia culpa y riesgo.

2. La culpa y el riesgo

En la teoría tradicional, el estándar que determina qué es lo que se debe hacer -y cuya violación por parte de un agente lo convierte en culpable- incorpora al riesgo como uno de sus elementos centrales.

Una explicación plausible de esta referencia al riesgo en la teoría tradicional de la culpa puede ser que bajo las hipótesis de que el agente no controla todas las consecuencias de su conducta, el estándar de lo que se debe hacer, y cuya violación constituye a la conducta en reprochable, únicamente puede definirse en términos de los riesgos que no hay que imponer a otro; pues, de otro modo, es decir si el estándar se definiera en términos de lo que no se debe causar o de las consecuencias que no hay que traer al mundo, el agente podría terminar siendo responsable por circunstancias que escapan de su control.

Al definir lo que no se debe hacer en términos de los riesgos que no se deben imponer a otros, se resuelve parcialmente el problema que presenta la existencia de un deber de evitar consecuencias que no se controlan. Ello así, pues es más probable que dependa de nuestro control la imposición de riesgos que la causación de daños.¹⁶

Es por las razones más arriba esbozadas que en sus formulaciones más lúcidas la teoría tradicional incorpora elementos probabilísticos. Así sucede con las dos concepciones de la culpa más populares en el mundo anglosajón. Por ejemplo, para el Juez Hand, una conducta dañosa era además culposa toda vez que el costo de las precauciones adecuadas para prevenir el daño que esa conducta causó, fuera menor que el costo del daño multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia.¹⁷ Lord Reid, en cambio, si bien justificaba asociar la reprochabilidad de una conducta a los niveles de riesgo que ella imponía, creía que no se debía tomar en cuenta, como el Juez Hand hacía, los costos de las precauciones para prevenir el daño. Según Reid, la culpa debía ser concebida sólo tomando en cuenta la gravedad y la probabilidad de la ocurrencia del daño, de tal modo que una acción era culposa si dado la gravedad y la probabilidad del daño que ella involucraba no hubiera sido realizada por una persona razonable.¹⁸

Pero el intento de recaracterización del requisito de la culpa es mucho más radical. Como veremos en la sección siguiente, no consiste en incluir algunos elementos probabilísticos en la definición de la culpa sino, directamente, en reducir la culpa a la imposición de cierto tipo de riesgos.

3. La recaracterización del requisito de la culpa

El intento más interesante de recaracterización del concepto de culpa ha sido propuesto hace ya varios años por George Fletcher.¹⁹ Fletcher, en un artículo seminal, afirmaba que «los casos de responsabilidad son aquellos en los que el demandado genera un riesgo de daño desproporcionado en relación con las actividades creadoras de riesgos en las que el demandante se involucra... Conversamente, casos de ausencia de responsabilidad son aquellos casos de riesgos recíprocos, más precisamente, aquellos casos en los que la víctima y el agente causal del daño se someten mutuamente al mismo riesgo de daño».²⁰

16. Es cierto que si no controlamos todas las consecuencias de nuestras conductas tampoco podemos controlar los riesgos que nuestras conductas imponen ya que los riesgos que imponemos también son consecuencias de nuestra conducta. Si esto es así, la definición del estándar de diligencia en términos de imposición de riesgos no garantiza que en determinadas circunstancias no debamos hacer algo -no imponer un riesgo determinado- que no podemos controlar y, por ello, no garantiza que el estándar sea subjetivo. Si bien esto es cierto, la definición del estándar en términos de riesgos es más probablemente subjetiva que la definición del estándar en términos de lo que no se debe causar por la sencilla razón de que los resultados están sujetos a mayores contingencias que escapan de nuestro control que los riesgos.

17. Véase *United States vs. Carroll Towing Co.* (159 F. 2d. 169-1947).

18. Obviamente, la cuestión crítica aquí es cómo definimos a una persona razonable. Véase *Bolton vs. Stone* (1951) App. Cas 850 (HL).

19. Es posible que Fletcher no pensara estrictamente en la recaracterización de la culpa sino, en las condiciones que deben satisfacerse para la imposición de la obligación de compensar. Aunque ello puede ser así, Fletcher ha sido interpretado como ofreciendo una nueva visión de la culpa. Véase McCarthy, David, «Liability and Risk», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, num. 3, summer 1996, pag. 256.

20. Véase, Fletcher, George, «Fairness and Utility in Tort Theory», 85 *Harvard Law Review* 537, 1972, reimpresso en *Law Economics And Philosophy*, ed. Mark Kuperberg Charles Beitz, Rowman & Allaheld, 1983.

La propuesta de Fletcher puede verse como una sutil variación de las concepciones tradicionales pues, tal como estas concepciones, Fletcher supone que una conducta es culpable cuando genera un riesgo de determinada magnitud.

Sin embargo, el proyecto de recaracterización de Fletcher es totalmente revolucionario. La razón es que si, de acuerdo con Fletcher, una conducta es culpable cuando los riesgos por ella creados son distintos a los riesgos creados por terceros, la culpa deja de ser un requisito de la responsabilidad civil que presta atención a las condiciones y circunstancias personales del agente, esto es, deja de ser un requisito subjetivo. Ello así pues, en esta visión, la única cuestión relevante para administrar la culpa es la comparación de los riesgos creados por el actor y por el demandado, cuestión esta eminentemente objetiva en la que las circunstancias personales del agente no tienen ninguna relevancia.²¹

Un ejemplo ayudará a ver el punto con claridad. Imagine una situación en la que una tormenta amenaza a un barco, razón por la cual su capitán decide no abandonar el muelle al que aquél se encuentra amarrado. Suponga que la tormenta se desata y el barco bamboleado por las altas olas daña el muelle.²²

En la concepción tradicional, la conducta del capitán no sería calificada como culpable, pues el capitán no ha impuesto un riesgo mayor al que hubiera impuesto una persona razonable, ni ha impuesto un riesgo de daño que, multiplicado por su costo, hubiera sido mayor que el costo de prevenir dicho daño. En la concepción de Fletcher, en cambio, la conducta del capitán del barco debería ser calificada como culpable pues éste impuso al dueño del muelle un riesgo no recíproco: mientras la tormenta puede mover el barco contra el muelle, no puede mover el muelle contra el barco.

La única explicación de que el capitán sea considerado culpable en un caso como el anterior es que la culpa se conciba objetivamente, al punto de que pueda atribuirse culpa por la violación de un estándar objetivo que no contempla en modo alguno la situación del agente. Ello es así pues, en este caso, el capitán ha hecho todo lo que debía hacer dadas las circunstancias del caso, la situación en la que se hallaba y sus particulares condiciones personales y no ha hecho nada que un hombre razonable no hubiera hecho, ni nada que no hubiera hecho un hombre interesado en no comprometerse con acciones que generan riesgos de daños de un costo mayor que el costo de evitar dichos daños. Si, no obstante ello le atribuimos culpa, es porque creemos que la culpabilidad está asociada a

21. En las dos concepciones tradicionales del derecho anglosajón la subjetividad del estándar está garantizada en virtud de que, o se recurre a lo que haría una persona razonable en las circunstancias del caso (Reid), o se incorpora en el cálculo de los costos que para el agente tiene el evitar el daño, los costos de la conducta que el agente debería realizar para no causar el daño (Hand). (Es preciso reconocer que la «subjetividad» característica de los estándares que definen la conducta esperada en el derecho de la responsabilidad extra-contractual es menos radical que la «subjetividad» de los estándares del derecho penal. En virtud de ello, en sede civil, es posible considerar culposa la conducta de aquel que por sus capacidades mentales deficientes no pudo comprender acabadamente y con absoluta claridad la dañosidad de su conducta si es que un agente de capacidades mentales promedio podría haberlo hecho. (Véase Vaughan vs. Menlove y Perry, Stephen, «Moral Foundation of Tort Law», *Iowa Law Review*, vol. 77, 1992, págs. 509 y 510.) La subjetividad de los estándares tradicionales se pierde totalmente con el intento de recaracterización de Fletcher, pues para él basta la imposición de riesgos no recíprocos independientemente de lo que habría hecho una persona razonable en las circunstancias del caso e independientemente de los costos que la conducta alternativa habría tenido para el agente en cuestión.

22. El ejemplo del texto es tomado del caso *Vincent vs. Lake Eric Transportation*, 10 Minn. 456, 124, NW 221 (1910).

lo que en general no se debe hacer, independientemente de si el agente, dadas sus particulares circunstancias, no debía no haber hecho lo que hizo.

Claro que Fletcher podría reconocer esta objetivización y preguntarnos acerca de sus problemas. ¿Qué inconveniente hay en convertir la culpa en un requisito objetivo? ¿Cuál es la razón por la que la culpa debe hacer siempre alusión a lo que el agente en particular podía y debía hacer en las circunstancias del caso?, diría Fletcher. La respuesta, creo, es simple. Los inconvenientes son dos. El primero es conceptual, el segundo normativo.

Para empezar por la cuestión conceptual, el problema de la objetivización de la culpa es que ella borra las diferencias existentes entre las categorías de lo incorrecto y lo culpable lo que, a su vez, convierte a la culpa en una categoría superflua. En efecto, si objetivizamos la culpa, las conductas culpables no podrán distinguirse de las conductas incorrectas pues una conducta sería culpable por la mera violación del estándar que define lo que en general debe hacerse, con prescindencia de lo que el agente en las particulares circunstancias del caso y en virtud de sus condiciones personales debe hacer. Ahora bien, dado que lo incorrecto consiste en la violación del estándar que define lo que en general debe hacerse, culpa e incorrección se convertirían en la misma cosa.

Claro que el hecho de que reduzcamos nuestro universo conceptual y fusionemos dos categorías en una no es, per se, un problema. Pero existen razones normativas que recomiendan conservar la posibilidad de distinguir estas dos calidades de una conducta. En efecto, la razón de ser de la culpa es, de acuerdo con lo expuesto y fundamentado en la sección II, subsección I, permitir al agente liberarse de la obligación de compensar cuando dadas sus particulares condiciones y circunstancias personales ninguna persona razonable que se encontrara en su lugar hubiera actuado de manera distinta. La culpa, en este sentido, es una especie de prerrogativa centrada en el agente que nos protege de las obligaciones que se derivarían de estándares de conducta que no podemos satisfacer (cuya justificación, como sostuve más arriba, depende de si mediante esta protección permitimos el funcionamiento de instituciones que benefician a todos). La culpa es una concesión a la máxima que «deber implica poder», a la que parecemos férreamente adheridos.

Ahora bien, si asociamos la culpa con estándares objetivos, desaparece su razón de ser. Así recharacterizada, la culpa no puede servir como una prerrogativa protectora del agente pues, de acuerdo con ella, podemos ser culpables aún cuando en las circunstancias del caso ni nosotros ni ninguna persona razonable podría haber evitado lo que sucedió, esto es, la imposición de riesgos no-recíprocos. En síntesis, la objetivización de la culpa impide que la culpa satisfaga las razones que la subyacen y explican.

III. LA CAUSA Y EL RIESGO

En esta sección me ocuparé de la recharacterización del requisito de la conexión causal. En la subsección 1, tal como sucedió en la sección anterior, voy a referirme a los elementos probabilísticos incorporados en la concepción tradicional de la relación causal. En la subsección 2, trataré dos visiones distintas de la relación causal. En la subsección 3, me ocuparé de las ventajas y desventajas de estas dos perspectivas. Finalmente, en la subsección 4, ofreceré un argumento en favor de una de estas dos perspectivas que, a pesar de su atractivo, creo inadecuado.

1. La teoría tradicional de la causa y el riesgo

En la teoría tradicional el requisito de la relación causal entre el agente y la víctima del daño no se agota en la exigencia de que entre la conducta del agente y el daño exista una relación «sine qua non», tal que el daño no habría existido si la conducta del agente no se hubiera realizado. Además, entre otras cosas que no son relevantes aquí, es preciso que aquello que hace culpable a la conducta del agente haya sido la causa del riesgo del daño que aconteció. Un ejemplo ayudará a ver este punto.

Suponga que A olvidó, sin identificación adecuada, una lata de veneno en la cocina de su restaurante. Suponga que en el horno de la cocina se produce una explosión la que, a su vez, provoca la explosión de la lata de veneno. Suponga que la explosión de la lata mata a un comensal, esto es B, del restaurante de A. Suponga que ni A, ni ninguna persona razonable tenía razones para pensar que la lata podía explotar del modo en que lo hizo. ¿Debe A compensar la muerte de B?

La teoría tradicional sostiene (yo disiento) que A no debe compensar a los herederos de B. La razón en que la doctrina tradicional apoya esta conclusión no es ni que A no sea culpable, pues lo es -A, al olvidar la lata de veneno sin identificación en la cocina no se ha comportado como una persona razonable lo haría- ni que olvidar la lata de veneno no es una condición «sine qua non» del resultado -el olvido de A es la condición «sine qua non» del resultado, a tal punto que si A no se hubiera olvidado la lata, ésta no hubiera explotado y B no habría muerto-. Por el contrario, la razón de la conclusión tradicional es que B no murió envenenado, sino como consecuencia de una explosión, y la culpabilidad de A está relacionada con el riesgo de que B muera envenenado y no con el riesgo de que B muera como consecuencia de una explosión pues, como quedó dicho más arriba, ninguna persona razonable podía pensar que la lata de veneno podía explotar como lo hizo. En virtud de que morir por una explosión no es una consecuencia probable de la conducta culpable de A de olvidar una lata de veneno sin identificación, la teoría tradicional anglosajona concluye que, a pesar de ser culpable -por haberse olvidado la lata de veneno- y a pesar de ser causalmente responsable de la muerte de B -pues si no hubiera olvidado la lata de veneno el accidente no habría ocurrido- A no tiene que compensar a B.²³

Es importante destacar que en la dogmática tradicional la conclusión anterior se expresa usualmente en lenguaje de riesgo causal y se articula teóricamente en lo que se conoce como la «teoría del daño dentro del riesgo».²⁴ En este sentido, se afirma que A no debe compensar a B pues lo que A hizo, no obstante haber sido una condición «sine qua non» de la muerte de B, en términos jurídicos no constituye haber «causado» la muerte pues una conducta «causa»

23. Esta posición ha sido desarrollada extensamente en el derecho anglosajón por R. Keeton. Véase Keeton, Robert, *Legal Cause in the Law of Torts*, Columbus. Ohio State University Press, 1963 (El ejemplo precedente está tomado de Keeton). Allí es presentada como la teoría del «daño dentro del riesgo». No es una posición sin controversias. Algunos críticos sostienen que esta teoría no da cuenta de la forma en que los tribunales americanos han solucionado los casos más importantes. Véase Wright, Richard W., «Causation in Tort Law», *California Law Review*, vol. 73, pag. 1737 y ss., 1985.

24. La teoría del «riesgo dentro del daño» es la denominación usada en el derecho anglosajón. En el derecho continental la misma idea se expresa mediante la condición de que el daño sea una causa inmediata de la acción culpable.

una consecuencia sólo cuando esta última está dentro del riesgo que se quiere evitar con el estándar cuya violación caracteriza a la conducta como culpable. Para seguir con el ejemplo anterior, la conclusión tradicional es que A no causó la muerte de B pues el estándar cuya violación convierte en culpable a la conducta de A quiere evitar el riesgo de que la gente muera envenenada y no que ella muera como consecuencia de explosiones.

De lo anterior debe surgir con claridad la asociación entre el concepto de causa y el riesgo en la teoría tradicional. Dado que mi propósito era solamente destacar que no debemos pensar que el intento de recaracterización que a continuación se trata es absolutamente novel en este sentido, creo que debo dejar la cuestión aquí sin explotar las sutilezas y complicaciones de la «teoría del daño dentro del riesgo».

2. Dos perspectivas de la relación causal y las respectivas consecuencias jurídicas y morales del cambio de perspectiva.

Nuestros juicios causales son usualmente formulados desde una perspectiva «ex post». De acuerdo con esta perspectiva, para saber si una determinada acción causa un resultado, es preciso, primero, determinar si el resultado se produjo y, segundo, determinar si el resultado se habría producido si la acción en cuestión no hubiera existido.²⁵

Los partidarios de la recaracterización de la relación causal resisten esta visión. Afirman que, a diferencia de lo que suponen los partidarios de la perspectiva «ex post», la relación causal es eminentemente probabilística²⁶ y, por lo tanto, debe concebirse desde una perspectiva «ex ante».²⁷ De acuerdo con

25. En el texto presupongo que la relación causal expresa una relación «sine qua non». Existen muchos autores que creen que ello no es así y que la relación causal expresa una relación de condición suficiente dentro del conjunto de condiciones necesarias (Nino, Carlos, *Ethics and Human Rights*, Oxford U. Press, 1991; Mackie, John L., *The Cement of the Universe: A Study of Causation*, Oxford U. Press, 1974; Wright, opus cit. not. 23; etc.). Por suerte esta cuestión es irrelevante para lo que quiero tratar aquí. Por ello, aquellos lectores que están inclinados a pensar que la relación causal no debe entenderse como una relación de condición suficiente, pueden sustituir el texto del modo en que lo crean más conveniente.

26. Las diferencias entre una visión probabilística y una visión determinística de la relación causal son las siguientes: Para una visión probabilística un argumento causal es un argumento acerca de la existencia de una determinada probabilidad de que si se produce una determinada acción o evento se producirá un determinado resultado. En esta visión, las afirmaciones causales, aún cuando incorporan la afirmación de que el resultado se produjo, consisten, primordialmente, en afirmaciones acerca de las probabilidades de que dicho resultado se produzca. Las afirmaciones causales no implican la afirmación de ningún hecho adicional ni contienen ninguna otra información que la información contenida en un juicio de probabilidad y en un juicio acerca del acaecimiento del resultado. Para una visión determinística, por el contrario, las afirmaciones causales no se agotan en información acerca de la probabilidad de que dada una cierta acción se siga un determinado resultado. Cuando sostenemos que A está causalmente vinculado a B sostenemos algo distinto a la mera existencia de probabilidades y de resultados, sostenemos un hecho adicional, más precisamente, el hecho de que A y B están vinculados de un modo tal que si A se da en las circunstancias apropiadas B debe darse.

27. Entre los partidarios de la perspectiva «ex ante» pueden incluirse a los siguientes autores: Calabresi, Guido, «Concerning Cause in the Law of Torts», *43 University of Chicago Law Review*, 1975, pag. 69 y ss; Fraser & Howarth, «More Concern for Cause», *4 Legal Studies*, 1984, pag. 131 y ss; Landes & Posner, en «Causation in Tort Law: An Economic Approach», *12 Journal of Legal Studies*, 1983, pag. 109 y ss; Rizzo, «The Imputation Theory of Proximate Cause: An Economic Approach», *15 Georgia Law Review*, 1981, pag. 1007 y ss; Shavell, «An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts», *9 Journal of Legal Studies*, 1980, pag. 463 y ss.

esta perspectiva, para afirmar que existe conexión causal entre una acción y un resultado no es preciso esperar hasta que el resultado se produzca (aunque si el resultado no se produjera no podría hablarse de relación causal). A dichos efectos, basta simplemente saber si dicha acción ha aumentado considerablemente el riesgo del resultado.²⁸

La recaracterización de la relación causal como una relación probabilística «ex ante» tiene alcances de gran relevancia jurídica y moral.

En efecto, suponga que la Sra. Sindell inicia un juicio contra 11 compañías farmacéuticas por los daños provocados por el cáncer que contrajo como consecuencia de que su madre había tomado, mientras estaba embarazada de ella, una droga (diethylstilbesterol o DES) producida por dichas compañías.

Suponga que la Sra. Sindell, dado el tiempo transcurrido entre el momento en que su madre tomó la droga y la aparición del cáncer, no fuera capaz de identificar la compañía farmacéutica que produjo la droga que su madre tomó. En otras palabras, suponga que la Sra. Sindell, no obstante mostrar que los daños son consecuencia de DES no puede demostrar la existencia de la relación causal, concebida como «ex post», entre el daño sufrido y la conducta de alguna de las demandadas.²⁹

La situación judicial de la Sra. Sindell es difícil si se adopta la perspectiva tradicional «ex post». Si la relación causal fuera concebida de esa manera los jueces no podrían ordenar la compensación por los daños que la Sra. Sindell sufrió, pues la relación causal concebida «ex post» no se encuentra acreditada. La Sra. Sindell no puede mostrar que las compañías farmacéuticas causaron su daño.

Desde la perspectiva «ex ante» la situación cambia. Los jueces pueden decidir que las compañías farmacéuticas compensen el daño sufrido por la Sra. Sindell. Para la perspectiva «ex ante» la relación relevante a los fines de la responsabilidad civil es una relación probabilística entre la acción y el resultado, relación que, en el caso en cuestión, se encuentra satisfecha en razón de que todas las compañías farmacéuticas fueron -con una probabilidad igual a la participación de cada una de ellas en el mercado al momento en que la madre de la demandante ingirió DES- probables causantes del resultado.

Además de facilitar la explicación de por qué en ciertos casos los jueces pueden imponer la obligación de compensar, la recaracterización de la relación causal como una relación probabilística «ex ante» expande el número de responsables por los daños.

En efecto, para la perspectiva tradicional «ex post» la existencia de la relación causal, salvo en los casos de concurrencia causal, es una cuestión de todo o nada.³⁰

28. Es importante tener en mente que la perspectiva «ex ante» hace referencia a la probabilidad «ex ante» de un resultado y no a la probabilidad estimativa «ex post» de que dicho resultado haya ocurrido. También es importante destacar que la perspectiva «ex ante» no afirma que una acción o un evento puede ser la causa de un resultado independientemente de que este se produzca. Si esta perspectiva fuese indiferente a la producción del resultado no sería una perspectiva de la relación causal pues, está última presupone, por razones conceptuales, la existencia de un resultado. El punto de esta perspectiva es, simplemente, que la única información necesaria para saber si existe conexión causal entre una acción o un evento y un resultado que de hecho se produjo son las probabilidades existentes «ex ante» de que, dada dicha acción o evento, se produzca el resultado.

29. Véase *Sindell vs. Abbot Laboratories*, 26 Cal. 3d. 588, 163 Cal Prtr. 132 607 P. 2d. 924 (1980).

30. Véase Robinson, Glen O., «Probabilistic Causation and Compensation for Tortious risk», *Journal of Legal Studies*, vol. XIV, 1985, pag. 781.

Como consecuencia de ello, en cada caso será posible sindicar a un sujeto, y sólo a uno, como responsable causal y, por consiguiente, cada caso tendrá sólo un agente responsable por los daños.

La situación es diferente para los partidarios de la perspectiva «ex ante». Para éstos, la causalidad depende de la probabilidad «ex ante» de que una acción sea condición «sine qua non» del resultado que se produjo. Como todo resultado puede ser consecuencia de más de una acción con probabilidad «ex ante» de causarlo, todo resultado puede tener más de un responsable causal.

El punto se ve con más claridad con un ejemplo. Suponga que usted realiza una actividad que libera una radiación que aumenta en 10% la probabilidad de que A contraiga un cáncer. Suponga que A ya tenía el 30% de probabilidades de contraer cáncer debido a cuestiones genéticas. Suponga asimismo que con posterioridad una tercera persona, B, realiza actividades que liberan una radiación adicional que aumenta en otro 10% dicha probabilidad. Por último, suponga que una cuarta persona, C, realiza una actividad que libera más radiación aún, aumentado en otro 10% la probabilidad de que A contraiga cáncer y, finalmente, que A contrae cáncer.

Los partidarios de la recaracterización de la relación causal impondrán la obligación de compensar los daños a usted, a B y a C, en proporción a su contribución al riesgo total de contraer cáncer. Así, usted, B y C deberán aportar cada uno el 10% de los daños de A mientras que la víctima deberá soportar el 30% de los daños por padecer el 30% de probabilidad de contraer cáncer, como consecuencia de las cuestiones genéticas antes aludidas. Por el contrario, los partidarios de la perspectiva tradicional «ex post» sólo harán responsable a C por todo el daño, en virtud de que este ha sido quien ha realizado la conducta más cercana al resultado y, por lo tanto, quien lo ha «causado».³¹

Además de las dos cuestiones anteriores, de adoptarse la perspectiva probabilística «ex ante» deberíamos apartarnos de la teoría tradicional en una cuestión adicional, más precisamente, deberíamos estar dispuestos a aceptar un particular tipo de evidencia. La explicación de este punto requiere, sin embargo, ciertas aclaraciones previas.

Existen dos tipos distintos de evidencia, los cuales serán mejor identificados recurriendo a dos ejemplos.

Suponga que estamos considerando si «un auto rojo causó un accidente» (proposición A). Suponga también que sabemos que el «80% de los autos del parque automotor son rojos» (proposición B), y que «un auto rojo fue visto atropellando a la víctima del accidente» (proposición C).

Suponga, por otro lado, que estamos considerando si «Pedro mató a Juan» (proposición A'). Suponga, igualmente, que sabemos que «Pedro gatilló 99 tiros en dirección de Juan mientras que Raúl gatilló sólo 1 tiro» (proposición B'), y que «el tiro que mató a Juan procedió de la pistola de Raúl, de acuerdo a un test balístico cuyo margen de error es del 20%» (proposición C').

31. La idea acerca de la conducta voluntaria más «cercana» al resultado ha sido ampliamente desarrollada por H.L.Hart y T. Honoré. Véase *Causation in the Law*, Clarendon Press, Oxford, Second Edition, 1985.

La verdad de B y B' es evidencia externa³² de que A y A' son verdaderas. Este tipo de evidencia es eminentemente probabilística. En este sentido, tenemos razones para creer que A es verdadera pues dado B, esto es la participación de los autos rojos en el parque automotor, es más probable que un auto rojo haya causado un accidente a que haya sido un auto de otro color.

En cambio, la verdad de C y C' es evidencia interna de que A es verdadera y A' falsa. Lo que caracteriza a esta evidencia es que ella integra o conforma una relación o narración explicativa causal con la hipótesis bajo análisis en el sentido de que la evidencia, esto es C y C', puede ser explicada como una consecuencia causal de dicha hipótesis, esto es A y A'.³³ Así, C -«un auto rojo ha sido visto atropellando a la víctima del accidente»- puede verse como una consecuencia causal de A -«un auto rojo causó un accidente» mientras que B -«el 80% de los autos del parque automotor son rojos»- no puede verse como una evidencia causal de A.³⁴

Ahora bien, si usted es partidario de la recharacterización de la relación causal como probabilística «ex ante», naturalmente estará dispuesto a aceptar evidencia interna para apoyar sus juicios de atribución de responsabilidad. Pero, y esto es lo relevante, no tendrá reparo alguno en aceptar evidencia externa. La evidencia externa no presentará un problema particular, pues para usted la relación causal consiste en la existencia de una probabilidad «ex ante» y, como B y B' hacen referencia a la probabilidad «ex ante» de que A y A' sean verdaderas, pueden verse como integrantes con estas últimas de una relación o narración explicativa, causal idéntica a la existente entre C y C' con A y A'.

Además de reconocer ambos tipos de evidencia, todo partidario de la recharacterización de la causa adjudicará igual peso o igual poder de convicción a la evidencia interna y a la evidencia externa. Ello, pues el peso adicional que usualmente se adjudica a la evidencia interna es parasitario de que la relación causal no sea meramente probabilística. (En efecto, la evidencia interna -C y C'- conlleva un poder de convicción mayor que la evidencia externa por el hecho de que explica causalmente, o como lo expresé más arriba, «integra una relación o narración explicativa causal con» la hipótesis en cuestión -A y A'-, lo que reasegura la verdad de esta última). Pero si usted cree que la relación causal debe ser concebida «ex ante» no podrá conceder este mayor poder de convicción a la evidencia interna. La razón es que en este caso tanto la evidencia interna como la externa integrará una relación o narración explicativa causal con la hipótesis en cuestión pues si la relación causal se disuelve en afirmaciones probabilísticas «ex ante» debemos concluir que tanto C y C' -evidencia interna- como B y B' -evidencia externa- explican causalmente A y A'.³⁵

32. Los ejemplos como la terminología han sido tomados de J.J. Thomson. Véase, «Causation and Liability», en *Rights Restitution and Risk*, Harvard U. Press, 1986, especialmente las páginas 217 y siguientes. J.J. Thompson también llama a la evidencia interna «evidencia individualizada». Véase «Liability and Individualized Evidence» en el mismo libro, pag. 225 y siguientes.

33. Véase Thompson, opus. cit. not. Anterior, pag. 220.

34. Thompson pone la idea de la siguiente manera: «En todo caso la evidencia interna nos ayuda a ver el evento en el que estamos interesados como causalmente envuelto en una serie de eventos y, de ese modo, como parte de una historia». Véase Thompson, ibidem not. anterior, pag. 221.

35. En última instancia el poder de convicción de la evidencia dependerá de las probabilidades que adjudican cada una de ellas a la verdad de la hipótesis bajo análisis, independientemente de si se trata de una evidencia interna o externa.

A los efectos de fijar las diferencias entre ambas perspectivas en la cuestión del poder de convicción de la evidencia, piense en A', esto es, en la proposición «Pedro mató a Juan». Sabemos que Pedro percutió 99 tiros en dirección de Juan mientras que Raúl sólo 1 (proposición B') y que el tiro que mató a Juan había sido percutido por la pistola de Raúl, de acuerdo a un test balístico cuyo margen de error era del 20% [de tal modo que un 20% de las veces el test identifica erróneamente a una pistola como la que percutió el tiro y un 20% de las veces identifica erróneamente a una pistola como la que no percutió el tiro (proposición C')].

De acuerdo con la «evidencia externa» del caso Pedro es, con una probabilidad del 99%, el asesino, mientras que la probabilidad de que Raúl sea el asesino es sólo de un 1%. La «evidencia interna», por el contrario, muestra que Pedro es el asesino con una probabilidad del 4% (este número surge de multiplicar 20%, la probabilidad de que el tiro sea identificado erróneamente como percutido por la pistola de Pedro, por 20% la probabilidad de que el tiro sea identificado erróneamente como percutido por la pistola de Raúl) mientras que Raúl es el asesino con una probabilidad del 20%.

En virtud de lo anterior, si usted cree que la relación causal debe concebirse «ex post», no dudará en concluir que Raúl es el asesino y dicha conclusión no será perturbada en modo alguno por el hecho de que Pedro haya tirado muchos más tiros. Usted pensará que el poder de convicción de la evidencia externa es menor dado que la evidencia externa no puede integrar una relación o narración explicativa causal con la hipótesis bajo análisis. Por el contrario, si usted cree que la relación causal debe concebirse «ex ante» concluirá que Pedro es el asesino. Ello así pues, si para afirmar la existencia de una relación causal y por lo tanto lograr una relación o narración explicativa que adjudique peso a la evidencia, todo lo que importa son las probabilidades de ocurrencia de un evento evaluadas antes de que éste se produzca, usted afirmará que el hecho de que Pedro haya tirado muchos más tiros puede explicar causalmente la proposición «Pedro mató a Juan», y como hay más probabilidades que Pedro lo haya matado a que Raúl haya sido el causante de la muerte de Juan, usted concluirá que Pedro, y no Raúl, debe ser condenado.

Después de repasar las consecuencias que tiene en la adjudicación de la responsabilidad civil la adopción de una concepción probabilística «ex ante» de la relación causal, ha llegado el momento de enfrentar la cuestión de si la perspectiva «ex ante», como podrían proponer los autores que pregonan una recaracterización del requisito de la conexión causal, es la única concepción plausible. Veamos, para empezar, las críticas que los partidarios de la concepción probabilística «ex ante» han dirigido a la concepción tradicional.

3. Pros y contras de la perspectiva «ex ante» y de la perspectiva «ex post»

Los partidarios de la recaracterización³⁶ sostienen que nuestra preferencia por la perspectiva tradicional «ex post» no se basa en consideraciones muy profundas sino que, por el contrario, es el resultado de la convicción de que esta

36. Véase Kelman, «The Necessary Myth of Objective Causation Judgments in Liberal Political Theory», *Chicago Kent Law Review*, vol. 66, pag. 599.

perspectiva se adecua bastante bien a nuestras conclusiones prácticas intuitivas -esto es a nuestros juicios de asignación de responsabilidad- y que, en el peor de los casos, es neutral respecto de estas conclusiones.³⁷ Pero, estos autores sostienen que la perspectiva «ex post» no es neutral. Muy por el contrario, sería una perspectiva muy nociva en términos de uno de los objetivos de la responsabilidad extracontractual, más precisamente, la prevención o disuasión.

La idea es la siguiente: Un buen sistema de reglas de responsabilidad civil debe disuadir la generación de daños cuyos costos son mayores que sus eventuales beneficios. Para ello, el sistema de responsabilidad civil debe lograr un punto óptimo de disuasión -el punto en el que ninguna conducta que acarree más probabilidades de beneficios que riesgos de daño será omitida y ninguna conducta que acarree más riesgos de daño que probabilidades de beneficios será realizada-.

La perspectiva tradicional «ex post», sostienen los críticos, socava este objetivo disuasorio.

En algunos casos, produce menos disuasión que la necesaria (sub-disuasión). Así, al liberar de responsabilidad a quienes han realizado conductas riesgosas, que no son la causa «ex post» del resultado, disminuye los incentivos para que dichas conductas no sean realizadas.

En otros casos, la perspectiva «ex post» produce más disuasión que la adecuada (sobre-disuasión), pues incentiva la omisión de conductas con más probabilidades de beneficios que riesgos de daños.

Recuerde el caso donde usted, B y C realizan una actividad que libera radiación, aumentando cada uno el 10% de las probabilidades de que A contraiga un cáncer curable, las que se suman al 30% de probabilidades que A tiene de contraer cáncer por causas genéticas. De acuerdo con la perspectiva «ex post», en este caso, sólo C deberá compensar el daño pues la conducta de C es la única causa «ex post» del resultado. Esta solución disuade más de lo adecuado ya que todos aquellos situados en las mismas condiciones que C nunca realizarán aquellas conductas que aumentan el 10% de los riesgos de daño pues, si lo hacen, deberán compensar todo el daño, y ello aún cuando los beneficios eventuales de estas conductas superen al 10% del valor de los daños.

No obstante su atractivo, el argumento de la mayor disuasión de la perspectiva «ex ante» es falaz. Ello en razón de lo que los economistas llaman «aversión al riesgo», esto es, la tendencia a preferir un resultado seguro sobre un resultado probable con igual valor actuarial que aquél.

En efecto, la perspectiva «ex ante» obliga a compensar a todos los que imponen a otros riesgos de daños pero sólo exige que se compense en proporción al riesgo que se impone. La perspectiva «ex post», por el contrario, sólo obliga a compensar a aquellos que han causado «ex post» el daño pero los obliga a compensar todo el daño y no sólo en proporción al riesgo de daño que «ex ante» han impuesto.

37. Algunos autores han sugerido, además, que nuestra preferencia por la perspectiva «ex post» es el resultado de una tendencia a resistir conceptos probabilísticos (Véase Robinson, opus cit. not. 31, pag. 780) y del hecho de que las investigaciones causales son siempre hechas «ex post», lo que induce a creer en su inevitabilidad (Véase Fischhoff, B., «For Those Condemned to Study the Past: Heuristics and Bias in Hindsight in Judgment under Uncertainty», en *Heuristics and Biases*, D. Kahneman, P. Slovic & A Tversky, 1982).

Si fuéramos indiferentes al riesgo -si nos diera lo mismo un resultado seguro que un resultado probable con igual valor actuarial- ambas perspectivas serían igualmente disuasorias, pues nos daría lo mismo realizar una conducta riesgosa y compensarla en proporción al riesgo de daño de esa conducta, que realizar una conducta riesgosa y compensar todo el daño sólo en el caso que, «ex post», éste se produzca. Pero si somos adversos al riesgo -si preferimos un resultado seguro a un resultado probable con igual valor actuarial- preferiremos un sistema que nos permita compensar en proporción al riesgo que imponemos. En virtud de esta preferencia, en los casos de aversión al riesgo, la perspectiva «ex ante» tendrá menor poder disuasorio.³⁸

De todos modos, aún cuando el argumento anterior fuera erróneo, y la perspectiva «ex post» fuera nociva en términos de disuasión, lo cierto es que la fuerza del argumento disuasorio es relativa y está compensado por la mala performance compensatoria de la perspectiva «ex ante».

La disuasión no es un objetivo universalmente aceptado como suficiente en torno a la elección de un sistema de responsabilidad. Es un objetivo plausible únicamente en el contexto de una concepción de la responsabilidad organizada alrededor de la búsqueda de la eficiencia social, esto es, la realización de conductas con más beneficios esperados que riesgos de daños.³⁹ Además, aún dentro de una «concepción económica», es un objetivo que convive con otros pues la maximización de la eficiencia requiere, además de un punto óptimo de disuasión, un punto óptimo de compensación. En efecto, aun cuando el punto de disuasión fuera óptimo, si la víctima fuera sub-compensada se realizarían conductas ineficientes pues los causantes del daño no tomarían en cuenta todos los daños que sus conductas causan y, por otro lado, si la víctima fuera sobre-compensada se omitirían conductas eficientes, pues la sobre-compensación obligaría a quien daña a tomar en cuenta daños que no causa.

Si lo anterior fuera correcto, la eventual ventaja disuasoria de la perspectiva «ex ante» por sobre la «ex post» no alcanzaría para configurar un argumento económico a favor de esta perspectiva en el caso en que la perspectiva «ex post» fuera superior en términos de compensación.

38. Lo dicho en el texto se ve con claridad con un ejemplo. Suponga que A impone a B un riesgo de 1/10 de sufrir un daño de \$1000. Si se adoptara la perspectiva «ex ante» A debería pagar a B \$100 por someterlo al riesgo del daño de \$1000 pues \$100 equivalen a la magnitud del daño -esto es \$1000- descontado por la probabilidad «ex ante» de su ocurrencia -esto es 1/10-. Si se adoptara la perspectiva «ex post» A debería pagar a B \$1000 sólo si fuera el caso que A causó el daño «ex post» de B. Dada la magnitud del riesgo de daño al que A somete a B -1/10-, si se compensara por daños, A enfrentará 1/10 probabilidades de tener que compensar a B. En otras palabras, A será el causante del daño de B sólo en 1 de cada 10 casos dado que 1/10 es la magnitud del riesgo de daño que A le impone a B. Como el valor presente de 1/10 probabilidad de tener que pagar \$1000 es idéntico a \$100, ambas perspectivas imponen una idéntica obligación de compensar y por lo tanto tendrán idénticos resultados disuasorios. La cuestión cambia cuando introducimos la aversión al riesgo, es decir, la preferencia por un resultado seguro sobre un resultado probable con igual valor actuarial. En ese caso ambas perspectivas dejan de tener los mismos efectos. Pero, contrariamente a lo que presuponen los partidarios de la perspectiva «ex ante», es la perspectiva «ex post» la que arroja los mejores resultados disuasorios. En efecto, dado que por la aversión al riesgo preferimos pagar \$100 en todos los casos a 1/10 probabilidad de tener que pagar \$1000, tendremos más razones para no realizar conductas riesgosas si la consecuencia esperada de dicha realización es 1/10 probabilidad de pagar \$1000 que si la consecuencia esperada fuera tener que pagar \$100 en todos los casos.

39. En otro lugar he rechazado expresamente las concepciones de la responsabilidad organizadas alrededor de la eficiencia. Véase Rosenkrantz, Carlos, opus cit. not. 5.

Suponga que la acción de un francotirador impone un 90% de riesgo de muerte a la víctima mientras que la acción de otro francotirador, independiente de aquél, impone otro 90% a la misma víctima. Suponga que la víctima muere. Si adoptáramos la perspectiva «ex ante» cada uno de los francotiradores debería pagar a sus herederos 90% del daño con la consecuencia de que aquellos serán sobrecompensados en un 80% sobre su daño. Si, por el contrario, adoptáramos la perspectiva «ex post» los herederos de la víctima no serán sobrecompensados pues, en este caso, cada francotirador deberá pagar la mitad del daño.

Suponga ahora que cada uno de los francotiradores impone a la víctima un 30% de riesgo de muerte (dado que, por ejemplo, la única parte del cuerpo de la víctima visible para los francotiradores son las piernas), pero que si la víctima recibe los dos disparos, el riesgo de muerte no es la suma del riesgo que impone cada uno, esto es 60%, sino 90% en virtud de que dos disparos tienen efectos sinérgicos tales que cuando una persona recibe dos disparos su resistencia a los mismos, y por lo tanto su probabilidad de sobrevivencia, disminuye. Suponga que la víctima muere. En este caso, sus herederos serán subcompensados pues dado que como «ex ante» cada uno de los dos francotiradores impuso sólo un 30% de riesgo de muerte cada uno de ellos, no deberá pagar a los herederos de la víctima más del 30% del daño que su muerte ha producido, aunque la probabilidad de que la víctima muera una vez que ha recibido los dos disparos es mayor que el 60%. Por el contrario, la perspectiva «ex post» compensa adecuadamente pues, nuevamente, cada uno de los francotiradores pagará la mitad del daño.

En síntesis, basados en las enseñanzas de los ejemplos anteriores podemos concluir que si optáramos una «concepción económica» de la responsabilidad y aunque concediéramos que la perspectiva «ex ante» tiene ventajas disuasorias vis a vis a la perspectiva «ex post», ello no sería suficiente para mostrar la superioridad de aquella sobre esta, por la sencilla razón de que estas ventajas disuasorias de la perspectiva «ex post» se neutralizan con las ventajas compensatorias que la perspectiva «ex post» tiene sobre la perspectiva «ex ante».

No obstante todo lo anterior, el caso en favor de la perspectiva tradicional «ex post» no es para nada sencillo. En efecto, es muy difícil identificar las razones por las que esta perspectiva debe ser preferida. A los efectos de ejemplificar esta dificultad, en la subsección siguiente me ocuparé de mostrar que un buen argumento en favor de la perspectiva «ex post», que podría construirse a partir de las lúcidas ideas de J.J. Thompson, no puede aceptarse como un argumento correcto.

4. El valor de la libertad y la perspectiva «ex post»

J.J. Thomposon⁴⁰ sostiene que el requisito referente a que debe existir relación causal entre la acción de A y el daño de B puede explicarse en términos del valor de la libertad de planificar nuestras acciones en el futuro («freedom to plan on action on the future»). Así, esta autora señala que si A no causó el daño de B no puede ser obligado a compensarlo, cargando con los costos de tal daño, pues, en ese caso, afectaríamos su libertad de planear su futuro y la posibilidad de llevar adelante su vida del modo en que lo crea conveniente.

40. Véase Thompson J.J., «Remarks on Causation and Liability», en *Rights, Restitution and Risk*.

Si el valor de la libertad de planear el futuro es el principio que justifica la exigencia causal se podría concluir que la perspectiva correcta es la tradicional «ex post». Ello, por la sencilla razón de que si adoptamos la perspectiva «ex ante», A debería compensar a B en todos los casos en los que impone un riesgo «ex ante» de daño a B, independientemente de si A fue quien le causó «ex post» ese daño, y una obligación de compensar con tamaña extensión afectaría más la libertad de A de planear el futuro, de lo que sucedería si A fuera obligado a compensar sólo en aquellos casos en los que causa «ex post» el daño.

Este argumento, a pesar de su atractivo, no es correcto. Del valor de la libertad no se puede derivar una preferencia por la perspectiva tradicional «ex post», pues puede suceder que el valor de la libertad esté mejor protegido por la perspectiva «ex ante». En efecto, en los casos en los que la perspectiva «ex ante» provoca un aumento de la libertad de todos (en virtud de, por ejemplo, una disminución general de los daños que se ha de seguir del mayor poder disuasorio que se atribuye a esta perspectiva), mayor que la disminución de la libertad de planear el futuro de quien es obligado a compensar sin haber causado «ex post» el daño, razones también basadas en el valor de la libertad recomendarían la perspectiva «ex ante» por sobre la perspectiva «ex post».

(Quien se apoyara en Thompson para construir un argumento en favor de la perspectiva «ex post», podría sostener que la disminución de la libertad de A no puede ser sopesada con el aumento de la libertad de todos los demás. A pesar de que esta afirmación parece intuitivamente plausible habría que fundamentarla pues, de hecho, usualmente compensamos la libertad de uno con la libertad de todos los demás. Así, por ejemplo, justificamos el castigo de quien ha tentado un delito por el hecho de que mediante ello incrementamos la disuasión y disminuimos delitos futuros y, por ello, incrementamos la libertad de todos no obstante que, por un lado, en el caso del castigo de la tentativa no hay daño alguno, y que, por el otro, el castigo implica una disminución de la libertad de quien tentó el delito).

Dejaré aquí la discusión acerca de la mejor perspectiva causal, postergando hasta la próxima sección la respuesta dirigida a quienes pretenden recaracterizar el requisito de la relación causal adoptando una perspectiva probabilística «ex ante». La brevedad exige el tratamiento conjunto de las razones existentes para resistir la recaracterización del requisito del daño y de la relación causal dado que, como se verá al final de la próxima sección, las razones que explican y justifican la exigencia del daño también explican y justifican la perspectiva «ex post».

IV. EL DAÑO O EL RIESGO

En esta sección, tal como sucedió en las secciones anteriores, quiero referirme a las vinculaciones que la teoría tradicional ha realizado entre el requisito del daño y el riesgo. Luego, en la subsección 2 exploraré las ideas de quienes consideran que el requisito del daño debe recaracterizarse de modo de incluir el mero sufrir un riesgo de daño entre las pérdidas compensables. En la subsección 3, analizaré si las ideas kantianas pueden servir de fundamento a quienes consideran que el daño debe concebirse probabilísticamente. En la subsección 4 adelantaré las razones que apoyan la concepción tradicional del daño y en la subsección 5 las que apoyan la perspectiva «ex post» de la causa.

1. El riesgo de daño en la teoría tradicional

Suponga que A está afectado de un cáncer terminal. Suponga que B, el médico de A, incurrió en un error que le impidió diagnosticar este cáncer, cuando éste era todavía operable. Suponga que si el cáncer de A hubiese sido operable A habría tenido una probabilidad de 51% de salvar su vida. Suponga, finalmente, que A muere como consecuencia del cáncer.

Suponga, del mismo modo, un caso en el que D se rompió el cráneo como consecuencia de la negligencia de E. Suponga que, como consecuencia de haberse roto el cráneo, D está sujeto a una probabilidad de 51% de contraer meningitis en el futuro.⁴¹

Finalmente, suponga que F, como consecuencia de un error imputable a G, perdió la posibilidad de participar en una rifa en la que tenía el 51% de los números.⁴²

Estos tres casos, a pesar de sus grandes diferencias estructurales,⁴³ son usualmente conocidos como casos de «pérdida de chance».⁴⁴ Esta designación proviene del hecho que en el primero, B perdió una chance de evitar los efectos del cáncer; en el segundo, D adquirió una chance de contraer meningitis o, lo que es lo mismo, perdió una chance de verse libre de contraer meningitis en el futuro, mientras que, en el tercero, F perdió una chance de ganar una rifa.

Usualmente, los tribunales han decidido que en casos como los anteriores el agente causal del daño debe compensar los daños. Estas decisiones podrían considerarse una evidencia de que la teoría tradicional de la responsabilidad acepta que el mero riesgo de daño es una pérdida compensable. Si ello fuera así la recaracterización del requisito del daño carecería de toda novedad pues la jurisprudencia reconocería, justamente, lo que la recaracterización de daño sugiere, esto es, que los daños deben concebirse probabilísticamente.

Pero ello no es así. Existe una forma de explicar las decisiones de los tribunales en los casos precedentes que en modo alguno sugiere que la mera generación de riesgos sea una pérdida compensable. En efecto, es posible afirmar en el primer caso, que la razón por la que B debe compensar a A es que la omisión de un diagnóstico temporáneo por parte de B ha sido la causa de la

41. Caso similar a *Feist vs. Sears, Roebuck & Co* 267, Or. 402, 517 P 2d. 675 (1973).

42. Caso estructuralmente similar a *Mange vs. Unicorn Press* 129 F. Supp. 727 (SDNY 1955).

43. El primer y el tercer caso son simétricos en tanto que en el primero A perdió una chance de evitar un resultado adverso y en el tercero F perdió la chance de lograr un resultado beneficioso. El segundo y el tercer caso son análogos en el sentido de que ambos involucran consecuencias inciertas ya que no se sabe si C contraerá meningitis ni si F ganará la rifa. Ambos se diferencian del primero donde se sabe que A murió. En otro orden de cosas, el primer caso es idiosincrásico en tanto las condiciones preexistentes de A -el cáncer- son importantes a la hora de explicar lo que sucedió, lo que no sucede en los casos segundo y tercero donde no hay condiciones preexistentes de la víctima que puedan explicar, o ayudar a explicar, la emergencia del resultado.

44. Véase «Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences», *Yale Law Journal*, vol. 90, pag. 1353 y ss., 1981. Es importante distinguir dos tipos de casos de «pérdida de chance». Suponga que A sufre una quemadura facial por culpa de B, como consecuencia de la cual no podrá trabajar como modelo publicitario en el futuro. Si bien esta imposibilidad no afecta ahora a A ya que A, aunque es actriz, no trabajaba ni pensaba trabajar en el corto plazo como modelo publicitario, es una imposibilidad actual pues hoy ya se ha determinado que A no podrá ser modelo en el futuro. Este tipo de casos es calificado por algunos autores y en algunos fallos como un caso de «pérdida de chance». No hay inconveniente alguno en hacerlo siempre que los distingamos de los casos a los que me refiero en el texto en los que la imposibilidad de hacer algo en el futuro no se ha producido ni se sabe si se producirá.

muerte de A. Lo mismo sucede en los casos de C y E. D debe compensar a C en razón de que consideramos que el daño en cuestión, esto es la meningitis de C es, o mejor dicho será, una consecuencia de lo que D ha hecho.⁴⁵ Finalmente, la razón por la que F debe compensar a E es el hecho que F le ha causado un daño a E, más precisamente, la pérdida de la posibilidad de ganar una rifa (en virtud de que la gente está dispuesta a comprar números para participar en la rifa esta pérdida es un daño per se y no un mero riesgo de daño).⁴⁶

Nada de lo anterior cambiaría si los tribunales decidieran que B, D y F deben compensar a A, C y D aún cuando las probabilidades de que se evite el cáncer con un diagnóstico temporáneo, las probabilidades de contraer meningitis y las probabilidades de ganar la rifa fueran inferiores al 50%. En efecto, en estos casos la compensación se explicaría no en virtud de que los riesgos que se imponen son pérdidas compensables sino en razón de lo que se ha denominado la «regla de la minimización del error» de acuerdo con la cual los tribunales deben decidir los casos del modo en que la probabilidad de errores sea menor.⁴⁷

45. La justificación de imponer la obligación de compensar a D, cuando todavía no se produjo el daño que él causó, puede justificarse sobre la base de que ello minimiza los costos administrativos del sistema (El concepto de «costos administrativos» ha sido desarrollado por Calabresi. Véase Calabresi, Guido, *El Costo de los Accidentes*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984). En efecto, si no se permitiera a C demandar a D por la compensación por un daño futuro, el que en virtud de tener una probabilidad de ocurrencia del 51% puede considerarse cierto, C debería iniciar un nuevo juicio cuando los daños futuros se produzcan. Ello, sin duda, incrementaría los costos del sistema de responsabilidad pues harían falta dos juicios para reclamar lo mismo que podría reclamarse en un sólo juicio. Esta explicación de la imposición de la obligación de C de compensar a D puede verse como una explicación excesivamente «ad hoc», tal como me lo ha sugerido E. Rivera López. Sin embargo creo que no es así. Estoy convencido de que la razón que explica que D sea compensado está relacionada con la existencia de costos secundarios. De otro modo, es decir, si la razón de la compensación a D fuera la mera exposición a un riesgo de daño, los tribunales deberían obligar a compensar a D aún cuando C no le hubiera roto el cráneo sino que sólo le hubiera impuesto un riesgo de que sufra meningitis, cosa que de hecho los tribunales no aceptan.

46. Los tribunales han adjudicado estos casos en manera cambiante aunque en general, han decidido que ni B ni D deben compensar a A y C. La razón es que es más probable que ninguno de los dos haya causado o vaya a causar el daño en cuestión, esto es la muerte de A y la meningitis de C. Estas decisiones judiciales se explican por lo que se ha llamado la «Regla de la Preponderancia de la Prueba». Sobre la base de esta regla, los tribunales sostienen que la obligación de compensar existe siempre que la pérdida de la chance de sobrevivir de A sea mayor al 50%, en el caso de un diagnóstico temporáneo, y la chance de C de contraer meningitis mayor al 50%. (En *Hobson vs. East Beshire Area Health Authority* (1987 Z.W.L.R. 287, rev'd 1987, A.C. 750) la Cámara de los Lores rechazó la pretensión de un actor, quien demandó a la autoridad sanitaria por haber realizado un diagnóstico tardío que incrementó en un 25% la probabilidad de contraer «necrosis avascular», enfermedad que el actor en definitiva padeció). F usualmente es obligado a compensar, cualquiera sea la chance de ganar la rifa que hubiera tenido, sobre la base de que los números de la rifa tienen per se un valor monetario -hay un mercado de números de rifa- lo que determina que la pérdida de la posibilidad de participar en la rifa sea, en sí misma, una pérdida patrimonial compensable. S. Perry ha sostenido que en los pocos casos en los que los jueces han obligado a compensar a demandados como B o D es debido a que han considerado que estos son casos análogos al de E, es decir, casos en los que la pérdida de la chance tiene per se un valor monetario. Véase Perry S., «Risk; Harm and Responsibility», en *Philosophical Foundations of Tort Law*, David G. Owen (ed), Clarendon Press, 1995.

47. La «regla de la minimización del error» funciona de la siguiente manera: Suponga que existen 40% de probabilidades de que B evite el cáncer de A si diagnostica tempranamente a A y que el cáncer de A le provoca un daño de un valor de \$ 100. Por los datos del ejemplo sabemos que A no se causó el cáncer a sí mismo sino que, por el contrario, éste es, por un lado, en un 40% una consecuencia causal de la omisión de diagnóstico por parte de B y, por el otro, una consecuencia causal de que C sometió a A a sustancias cancerígenas. Suponga que por alguna razón C no pudiera compensar a A. Ahora bien, en estas circunstancias, si A no fuera indemnizado por B se cometería, por un lado, un error de un valor de \$100. Ello así, pues A debería cargar con el cáncer cuando él no lo causó y el cáncer le provoca un daño de \$ 100.

2. El riesgo de daño como pérdida compensable

En el derecho de los Estados Unidos, algunos autores han sostenido que la responsabilidad por riesgos es una adecuada fuente de responsabilidad en todos los casos de riesgos de daños que no son coetáneos con la actividad riesgosa que causa dichos daños.⁴⁸

De acuerdo con estos autores, en todos estos casos existen grandes dificultades probatorias para satisfacer los requisitos concebidos en la forma tradicional. La razón es que los daños se manifiestan o materializan después de un largo período de latencia. Así, desde que una persona es expuesta a una sustancia tóxica -un cancerígeno por ejemplo- hasta que se desarrolla el cáncer que ese cancerígeno causa transcurre un tiempo muy considerable, lo que dificulta la prueba de la relación causal entre el daño y la acción del demandado. Consecuentemente, estos autores sostienen, si nos mantenemos inflexibles con el requisito del daño dejaremos sin compensación a muchas víctimas que merecen ser repuestas al estado que disfrutaban antes del accidente.

Según estos autores, los problemas del requisito del daño concebido de la manera tradicional desaparecen totalmente si optamos por la compensación por la mera exposición al riesgo. Si compensamos por meros riesgos, al no existir intervalo entre la conducta del agente y el hecho resarcible -el riesgo de daños- las dificultades probatorias desaparecen.

Existen otras razones que también parecen justificar la idea que los riesgos deben incluirse dentro de la categoría de las pérdidas compensables. Por ejemplo, la mejor performance en términos de disuasión de una concepción de la responsabilidad extra-contractual que asimila los riesgos impuestos con los daños causados.

La idea es la siguiente. Nuestra racionalidad es de corto y mediano plazo. En virtud de ello, no existen posibilidades de disuasión para que no cometamos los daños que se manifiestan luego de largos períodos de latencia. Dada la distancia temporal entre lo que hacemos hoy y los daños que con ello causamos en el futuro, y dada nuestra racionalidad, desaparecen los

Además, se cometería otro error. En efecto, sabemos que B es un 40% probable causante del daño. Por ello, si B no compensa dicho daño cometeremos un error equivalente al 40% de \$100, es decir \$ 40. En virtud de lo anterior sabemos que el error esperado cuando A no es compensado por B es \$ 140. Si, por el contrario, B compensa a A, el error esperado es de \$60. Esta cifra resulta de la siguiente operación: Si B es obligado a compensar todo el daño, dado que es sólo un 40% causante del daño, habrá un error esperado del 60% de \$100, es decir \$60. No habrá error esperado por el lado de A, dado que en ese caso si bien él no carga con el daño, sabemos que no causó dicho daño. La «regla de la minimización del error» sugiere que debemos imponer a B la obligación de compensar a A en virtud de que la probabilidad de error, en ese caso, es de \$60, mientras que si B es liberado de la obligación de compensar a A, la probabilidad de error de la decisión es de \$140. Tal como se sugiere en el texto del artículo, la «regla de la minimización del error» explica la decisión de los tribunales de imponer la obligación de compensar en los casos en los que las probabilidades de que el evento futuro suceda fueran inferiores al 50% pues explica que los jueces decidan que quien aparentemente causó el daño lo compense.

48. Véase Legum, Barton C., «Increased Risk of Cancer as an Actionable Injury», en *Georgia Law Review*, vol. 18, pag. 564 y ss., 1984. Véase Schoeder, Ch., «Corrective Justice and Liability for Increased Risk», *37 UCLA L. Review* 439, 1990. La misma idea ha sido desarrollada por Simons, K.W., «Corrective Justice and Compensation for Risk-Creation: A Comment», *38 UCLA L. Review* 113, 1990.

incentivos apropiados para que hoy adoptemos las medidas precautorias que evitarían estos daños.⁴⁹

En virtud de lo dicho anteriormente, se argumenta que la única forma de crear los incentivos adecuados para minimizar los daños y, por lo tanto, satisfacer los objetivos disuasorios de la responsabilidad extracontractual, consiste en considerar a la mera exposición al riesgo como una pérdida compensable.⁵⁰

Los argumentos anteriores en defensa de la idea de que la mera imposición de riesgos debe incluirse dentro de las pérdidas compensables no son contundentes. Por un lado, los que puntualizan las dificultades de la responsabilidad por daños en virtud de la naturaleza de ciertos tipos de accidentes -daños tóxicos- sólo muestran que en algunos casos la compensación de los daños requiere salidas no convencionales. Así, por ejemplo, las dificultades probatorias de los accidentes con largos períodos de latencia podrían superarse con una modificación de las reglas de producción o evaluación de prueba (por ejemplo, recurriendo a la antes referida «regla de la minimización del error» o de la «preponderancia de la prueba»).

Por otro lado, los argumentos disuasorios, aún cuando se aceptare una «concepción económica» de la responsabilidad, no son concluyentes. Como dije más arriba, los partidarios de la «concepción económica» no limitan los objetivos de la regulación legal de la responsabilidad extra-contractual a la

49. Esto es particularmente grave en el caso de las sociedades o corporaciones, para el caso las mayores causantes de daños tóxicos, cancerígenos y masivos. Según innumerables estudios, los directivos de las corporaciones están motivados por una racionalidad de más corto plazo que el resto de los mortales (Véase Richard M. Cyer & James G. March, *A Behavioral Theory of the Firm*, 1963). Ello determinará que sus incentivos para evitar este tipo de daños sean aún menores que para el resto de los mortales (Véase Roe, Mar, «Bankruptcy and Mass Tort», *Columbia Law Review* 84, 1984, pag. 846 y ss).

50. Los partidarios de la compensación por riesgos se encuentran divididos en cuestiones menores. Así, responden de manera diversa a la crítica de que la compensación por riesgos sub-compensaría a la víctima en la eventualidad de que el daño se materialice -dado que la víctima sólo habría sido compensada con un monto igual a la magnitud del daño descontada por la magnitud del riesgo que, por definición, es menor al monto del daño-. Frente a este problema algunos sostienen que la crítica es equivocada toda vez que la compensación por el riesgo es un sistema que deja a la víctima en una situación idéntica a la compensación por el daño. Asumiendo la neutralidad frente al riesgo la víctima debería ser indiferente entre ser compensada, totalmente en el caso que el daño se produzca, o de ser compensada sólo de acuerdo con la probabilidad de que el daño se produzca en el futuro. Sostienen, además, que aun cuando la víctima no fuera neutral al riesgo, el sistema de la compensación por la mera exposición al riesgo no la perjudicaría. Ello así, pues al ser compensada por el riesgo contaría con los recursos necesarios para pagar la prima correspondiente por un seguro que la proteja de la materialización del daño, si es que prefiere estar cubierta contra esta materialización a emplear la compensación recibida en otros fines que valora más. Otros autores, seguramente bajo la doble convicción de que la aversión al riesgo es bastante generalizada cuando se trata de riesgos de daños muy sustanciales y que, aún cuando existieran compañías de seguros que garantizaran la cobertura contra la materialización de los daños las primas correspondientes serían superiores a lo recibido como compensación por los riesgos, sostienen que a los efectos de no sub-compensar a la víctima la compensación por la mera exposición al riesgo debería ser facultativa de la víctima. De este modo, la víctima podría elegir, según su propia actitud frente al riesgo, ser indemnizada por la mera exposición al riesgo o ser indemnizada por el daño, en el caso que éste se materialice. (La hipótesis de que las primas correspondientes a un seguro que garantizara la cobertura contra la materialización de los daños fuesen superiores a lo que podría recibirse como compensación por la exposición al riesgo es bastante plausible dado que si las primas fuesen iguales o inferiores al monto de la compensación las compañías de seguros no podrían generar los ingresos necesarios para pagar los siniestros y dar alguna utilidad. Si el valor de las primas fuese igual o inferior al valor presente de los riesgos que aseguran, tarde o temprano, cuando los riesgos se materializaran, todas las compañías se fundirían. Véase Robinson, Glen, «Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk», *Journal of Legal Studies*, vol. XIV, dec. 1985, pag. 788.

disuasión. La maximización de la eficiencia requiere además de un punto óptimo de disuasión un punto óptimo de compensación. Ello es así pues si la víctima fuera sub-compensada se realizarían conductas ineficientes, es decir conductas con más riesgos de daño que la probabilidad de beneficios y si la víctima fuera sobre-compensada se omitirían conductas eficientes, es decir conductas con más probabilidades de beneficios que riesgos de daño.

Ahora bien, sucede que la perspectiva «ex post» tiene una mejor performance compensatoria que la perspectiva «ex ante». En efecto, en muchos casos la compensación por riesgos produce, como también sucedería con la perspectiva «ex ante», la sobre-compensación o sub-compensación de la víctima.

Recuerde los ejemplos de los francotiradores analizados en la sección III, subsección 3.⁵¹

Ahora bien, ¿Existen otros argumentos que sirvan de fundamento al intento de considerar al mero riesgo como una pérdida compensable? En otras palabras, ¿La responsabilidad por riesgo es una concepción plausible de la responsabilidad?

3. Kant, la suerte moral y el riesgo de daño como pérdida compensable

Algunos autores han sostenido, como el más claro fundamento para considerar a los riesgos como pérdidas compensables, la idea kantiana (que todos, en diversa medida, parecemos dispuestos a aceptar) de que los juicios de atribución de responsabilidad deben ser insensibles a las contingencias de la suerte.⁵²

51. La acción de un francotirador impone un 90% de riesgo de muerte a la víctima mientras que la acción de otro francotirador, independiente de aquel, impone otro 90% de riesgo de muerte a la misma víctima. Si concibiéramos al riesgo como una pérdida compensable cada uno de los francotiradores debería pagar a la víctima 90% del daño. La consecuencia es idéntica a la adopción de la perspectiva «ex ante»: la víctima será sobrecompensada en 0,8 veces su daño. Si, por el contrario, compensamos únicamente por los daños causados la víctima no será sub-compensada sino que sólo recibirá una indemnización idéntica al valor de su daño. Suponga ahora que cada uno de los francotiradores anteriores impone a la víctima un 30% de riesgo de muerte (dado que, por ejemplo, la única parte del cuerpo de la víctima visible para los francotiradores son las piernas) pero que si la víctima recibe los dos disparos el riesgo de muerte no es la suma del riesgo que impone cada uno, esto es 60%, sino 90% en virtud de que dos disparos tienen efectos sinérgicos. En este caso, la víctima será sub-compensada pues dado que cada uno de los dos francotiradores impuso sólo un 30% de riesgo de muerte cada uno de estos francotiradores deberá pagar a los herederos de la víctima el 30% del daño que su muerte ha producido, aunque la probabilidad de que la víctima muera una vez que se han efectuado los disparos es mayor que el 60%. Por el contrario, la compensación por daños, como sucede con la perspectiva «ex post» compensa adecuadamente. La víctima recibirá de cada francotirador la mitad del daño en caso de que este se produzca.

52. Kant creía que «la buena voluntad no (era) buena en virtud de lo que afecta u obtiene o por su eficacia para obtener algún fin». Por el contrario, en su opinión, la buena voluntad era «buena sólo por lo que quiere» de tal modo que era «buena en sí misma» sin que su «utilidad o inutilidad» pueda «aumentar ni disminuir su valor». Véase Kant, *Foundations of the Metaphysics of Morals* 12-12 (Bobbs. Merill ed., 1969). En otras palabras, la buena voluntad, el único valor de acuerdo con Kant, no tenía ninguna relación con los cambios que ella producía en el mundo sino únicamente dependía de lo que ella en sí misma era. (Algunos autores han señalado que esta cita de Kant es engañosa. Ello así pues de acuerdo con Kant la calidad de la voluntad cae dentro de la ética, no dentro de lo correcto, y, por lo tanto, es irrelevante para decidir la cuestión de la responsabilidad extracontractual. Véase Weinrib, E., *The Idea of Private Law*, Harvard U. Press, 1995, not. 23, pag. 156).

Todo kantiano piensa que el valor moral de lo que alguien hace en el mundo no puede depender de lo que no está bajo su control.⁵³ Como lo único que está bajo nuestro control es nuestra voluntad, para un kantiano, el valor moral de lo que hacemos sólo puede depender del valor moral de nuestra voluntad. Así, lo que hacemos con mala voluntad, voluntad de dañar por ejemplo, será moralmente reprochable, mientras que lo realizado con buena voluntad, voluntad de beneficiar por ejemplo, será moralmente encomiable, en ambos casos independientemente de los resultados que la mala o buena voluntad produzcan.

Sobre la base de las ideas anteriores es posible prescindir de la exigencia del daño. La idea es que si el valor moral de lo que hacemos sólo puede depender de nuestra voluntad, y no de los resultados de nuestra voluntad en el mundo, ya que ello está fuera de nuestro control, la decisión de imponer la obligación de compensar no podría estar suspeditada a la ocurrencia de un daño, pues ello es un resultado de nuestra voluntad en el mundo y, por lo tanto, se encuentra fuera de nuestro control.

El punto crucial del argumento es la afirmación de que la evaluación moral de lo que hacemos en el mundo no debe ser sensible, en modo alguno, a lo que está fuera de nuestro control. Ahora, ¿es ello verdad? En otras palabras, ¿la suerte no puede ni debe tener lugar ni en nuestro universo jurídico ni en nuestro universo moral? Lamentablemente para mis lectores, la respuesta a esta pregunta me exigirá una pequeña excursión por la teoría moral.

T. Nagel, en su famoso artículo «Moral Luck»,⁵⁴ ha sostenido que de hecho realizamos evaluaciones morales basados en circunstancias sobre las que no tenemos ningún control (según Nagel, ello no implica que la exigencia del control sea equivocada sino, simplemente, «paradójica»).

Nagel, entre otros ejemplos, cita el de un camionero que atropella accidentalmente a un niño. Para Nagel, el camionero está expuesto a un reproche moral por la muerte del niño, mayor al reproche que le correspondería si la suerte hubiera hecho que el niño no hubiera muerto.

J.J. Thompson también ha afirmado que la suerte determina la calidad moral de nuestras acciones.⁵⁵ Por ello, tal como Nagel, Thompson niega que el valor moral de lo que hacemos dependa únicamente del valor moral de lo que está enteramente bajo nuestro control. (La diferencia entre Thompson y Nagel es que para aquella la suerte sólo impacta nuestras evaluaciones morales en aquellos casos en lo que lo que está bajo nuestro control es reprochable. En otras palabras, de acuerdo con Thompson, la evaluación de las acciones reprochables puede modificarse dependiendo de sus consecuencias. Por ejemplo, si el camionero es idénticamente negligente en los dos casos, su acción es moralmente peor en el caso en que el niño muere. Pero si es idénticamente irreprochable, la evaluación de sus acciones

53. Como lo ha dicho Martha Nussbaum «un kantiano cree que existe un dominio del valor, el dominio de valor moral, que es totalmente inmune a los asaltos de la suerte». Véase Nussbaum, Martha, *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Cambridge U. Press, 1986, pag. 5.

54. Véase «Moral Luck», en *Mortal Questions*, Cambridge U. Press, 1979, pages. 24-38.

55. Véase Thompson, Judith, opus cit. not. 1, pag. 137.

no puede diferir si el niño muere, pues esta consecuencia no hace que su acción sea peor).⁵⁶

La posición de Nagel y de Thompson podría ser resistida recurriendo a las ideas kantianas antes referidas. Podría sostenerse que ambos están en un error pues la evaluación moral de lo que hacemos no puede depender de lo que no está bajo nuestro control.

De todos modos creo que existe un argumento, originariamente ofrecido por B. Williams,⁵⁷ que permitiría terminar esta polémica. De acuerdo con Williams, a menos que reconozcamos que la suerte influye en la evaluación moral de lo que hacemos no podremos dar cuenta de un omnipresente sentimiento moral. En efecto, según Williams, cuando causamos un daño sin culpa no permanecemos en un estado de indiferencia moral. Por el contrario, siempre que el resultado pueda ser identificado por nosotros y terceros como algo que nosotros hemos hecho, y no como algo que meramente sucedió, nos reprochamos el haber realizado la acción dañosa (Williams llama a este reproche «agent-regret»).

Si este omnipresente sentimiento fuera moralmente adecuado los kantianos no pueden tener razón. Ello así, pues el reproche presupone que mis acciones pueden ser negativamente evaluadas por mi por el mero hecho de ser dañosas e independientemente de si este daño es, en alguna medida, el producto de circunstancias que están fuera de mi control.

Claro que los kantianos podrían replicar negando que un sentimiento falsee, o para el caso confirme, una concepción moral. También, como de algún modo lo ha sugerido J. Andre,⁵⁸ los kantianos podrían sostener que el reproche es adecuado únicamente cuando no se puede reparar el daño que se causó, de tal modo que su existencia no es un indicio de la reprochabilidad de la acción sino, en todo caso, un indicio de la reprochabilidad por no poder reparar lo que se ha hecho.⁵⁹

No obstante la importancia de la discusión anterior, y que ha sido considerada por todos los autores que intervienen en esta polémica como especialmente importante para decidir la plausibilidad de la responsabilidad

56. Las razones por las que Thompson distingue entre el rol de la suerte en la evaluación de las acciones correctas y en el de la evaluación de las acciones incorrectas es fácil de comprender. Thompson cree que el resultado de una acción puede cambiar la evaluación moral de esta, siempre que no sea única o meramente el resultado de la suerte. Así, si alguien conduce apropiadamente y atropella a un niño nuestra evaluación moral de esta acción no puede ser distinta a la evaluación moral de la acción en la que el niño no es atropellado. Ello así pues el resultado -un niño atropellado- es única o meramente el resultado de la suerte. Pero cuando el resultado es sólo en parte el resultado de la suerte la cuestión cambia. En este caso sí podemos alterar nuestras evaluaciones. Así, si alguien conduce negligentemente y atropella a un niño, la acción es peor a la acción en la que a pesar de idéntica negligencia nada dañoso sucede. Ello así pues en este caso, a diferencia del anterior, el resultado no es sólo imputable a la mala suerte del conductor. Si bien es cierto que el hecho de que el niño se encontrase allí no depende del conductor y, por lo tanto, desde su punto de vista es mala suerte, sí depende de él el haber conducido negligentemente. La asimetría defendida por Thompson ha sido criticada fuertemente. Véase Rothstein, P., «Causation in Torts, Crimes, and Moral Philosophy: A Reply to Professor Thompson», *Georgetown Law Journal*, vol. 76, pag. 151.

57. Véase, Williams, Bernard, «Moral Luck», en *Moral Luck*, Cambridge University Press, 1981, pag. 20 y ss.

58. Véase Andre, J., «Nagel, Williams and Moral Luck», en *Moral Luck*, ed. D. Statman, SUNY Press, 1993, pags. 127/128.

59. Los argumentos ofrecidos por J. Thompson también sugieren que el «agent-remorse» no puede verse como un argumento anti-kantiano. De acuerdo con Thompson es razonable que quien causa un daño, a pesar de haber actuado diligentemente, deba sentirse peor que quien realizando la misma acción

por riesgo, lo cierto es que ella es totalmente irrelevante como argumento en ese sentido, habida cuenta de la concepción compensatoria esbozada al comienzo de este trabajo. Las ideas kantianas no bastan para considerar al riesgo como una pérdida compensable. En efecto, aún si aceptáramos que las evaluaciones morales de nuestras acciones no pueden ser modificadas por circunstancias que están fuera de nuestro control, de ello no se sigue que A deba compensar a B por un riesgo de daño que no se instanció. Para concluir que A debe compensar a B necesitamos, además de aceptar que las evaluaciones morales de nuestras acciones no pueden ser modificadas por circunstancias que están fuera de nuestro control, aceptar, primero, que la obligación de compensar depende de la evaluación moral de nuestras acciones, esto es de su corrección o incorrección moral. De otro modo, si la evaluación moral de nuestras acciones no tuviera relación alguna con la obligación de compensar, cualquiera sea la conclusión respecto la influencia del control en la evaluación moral esta sería intrascendente a los fines de la discusión en el ámbito de la responsabilidad extra-contractual.

En la sección II he sostenido que no existe relación alguna entre la obligación de compensar y la incorrección de nuestras acciones. Allí afirmé, usando el famoso ejemplo de J. Feinberg del escalador de montañas, que existen casos en los que no obstante no haber hecho nada incorrecto debemos compensar los daños que causamos. Agregue, siguiendo a Zimmerman, que de la proposición «A ha realizado algo moralmente incorrecto que perjudica a B» no se sigue la proposición «A debe compensar a B por el perjuicio», lo que muestra que el reproche y la compensación no tienen nada en común. Mediante estos argumentos concluí que la incorrección de las acciones y la obligación de compensar no tienen relación alguna.

Si lo anterior fuera correcto, podemos desentendernos del argumento kantiano. Es innecesario profundizar la cuestión de si la evaluación moral de nuestras acciones puede depender de circunstancias que están fuera de nuestro control pues, cualquiera sea la respuesta a este interrogante, no tocaría la discusión acerca de la obligación de compensar.⁶⁰

De todos modos, nada de lo anterior cuenta como un argumento en favor de la teoría tradicional. Como máximo sugiere el fracaso del argumento más sofisticado que se ha ofrecido en apoyo de la recharacterización del daño. Con esta convicción en mente quiero, ahora sí, explorar las razones por las que no debe concebirse a los riesgos como pérdidas compensables o, en otras palabras, las razones por las que no se debe recharacterizar el requisito del daño.

con la misma intención no lo causa. Sin embargo, de acuerdo con Thompson, este sentimiento no es un sentimiento moral pues no está relacionado en modo alguno con la atribución de culpa o con las razones para pensar que las dos personas son reprochables en distinta medida. De lo anterior se deduce que para Thompson el «agent-remorse» no es una indicación de que la suerte poluciona nuestras evaluaciones morales de agentes y acciones y, por lo tanto, no puede usarse para mostrar que los kantianos están equivocados. De hecho Thompson no cree que ella misma se aparte de la senda kantiana, a pesar de reconocer que la suerte influye nuestros juicios morales pues, como lo digo en el texto, sólo lo hace cuando el agente ha incurrido en culpa. Véase Thompson, J., «Morality and Bad Luck», en *Moral Luck*, ed. Statman D. Suny Press, 1993, pag. 194 y ss.

60. Más allá de la impertinencia de la discusión acerca del control de los que hacemos para fundar nuestra responsabilidad por los daños que causamos, creo, junto con Nagel y Williams, que la responsabilidad no exige control y que, por lo tanto, en algunos casos podemos ser responsabilizados por nuestras acciones aún cuando no tengamos un control absoluto sobre ellas.

4. La justificación de la exigencia del daño

Algunos autores han señalado que existen razones prácticas que explican y justifican que el sistema de responsabilidad extracontractual exija como requisito de la compensación que la víctima haya sido dañada, y no meramente sometida a un riesgo de daño. Estas razones prácticas son de dos clases diferentes. Algunas son epistémicas. Así, se sugiere que es más difícil saber cuándo alguien origina un riesgo de daño a otro que saber cuándo alguien impone un daño a otro. Mientras el riesgo de daño no se manifiesta de un modo perceptible, por lo que no es fácil saber si el mismo ha existido o no, el daño es siempre perceptible, por lo que su existencia está sujeta a menos controversia. En virtud de ello, se concluye que dado que es más difícil organizar un sistema de responsabilidad por riesgo que un sistema de responsabilidad por daño, el daño debe ser un requisito de la responsabilidad.⁶¹

Además, se sostiene que existen ventajas administrativas que sugieren optar por el sistema de responsabilidad por daños. La idea es que generamos riesgos con mucha más asiduidad de lo que causamos daños, pues muchos de los riesgos que generamos no devienen en daño. Por ello, si organizamos un sistema de responsabilidad sobre la base de la responsabilidad por riesgos, el demandado debería pagar al demandante muchas más veces que si organizamos un sistema de responsabilidad alrededor de la responsabilidad por daños. Ahora bien, mientras más veces se pueda demandar, más grande y caro será el aparato burocrático necesario para administrar el sistema de responsabilidad. En virtud de ello la responsabilidad por riesgo siempre será un sistema más caro que la responsabilidad por daño, lo que, como dije más arriba, sugiere que, si queremos reducir costos sociales, debemos mantener el daño de la víctima como un requisito de la responsabilidad civil.

Las anteriores son razones de indudable importancia práctica. Ellas militan en contra de considerar a la mera generación de riesgos como una pérdida compensable. Sin embargo, no son razones últimas. Por el hecho de apuntar a ventajas prácticas dejan inalterada la plausibilidad de la recaracterización del requisito del daño como cuestión de principio.

Dado que aquí sólo me interesan los problemas de principios, no me detendré en explorar si efectivamente el requisito del daño concebido en forma tradicional disminuye costos epistémicos o administrativos. Por el contrario, encararé la siguiente pregunta: ¿existen argumentos de principio que recomienden insistir con la exigencia del daño? o, en otras palabras, como cuestión de principio ¿la obligación de compensar, tal como lo sostiene la doctrina tradicional, exige más que la mera imposición de un riesgo a otro?⁶²

61. Algunos autores sostienen que la única justificación de la exigencia del daño es justamente el hecho de que el daño nos libera de la incertidumbre epistémica reinante alrededor de los riesgos. Es más fácil descubrir cuándo alguien daña a otro que descubrir cuándo alguien impone un riesgo de daño a otro. Véase Rothstein, *opus cit.* not. 56.

62. S. Perry ha ofrecido una respuesta a esta pregunta. Ha sostenido que si asumimos que la relación causal es determinística no puede pensarse que el riesgo de daño sea una pérdida compensable pues, en dicho caso, todo juicio acerca de probabilidades de que una clase de personas sufra un daño, podría descomponerse en un juicio acerca de que una sub-clase de personas «A» sufrirá el daño en cuestión y otra sub-clase, llamémosla «B», no lo sufrirá. Si ello es posible, Perry sostiene, no habría bases para sostener

Lamentablemente, no puedo responder esta pregunta sin referirme a ideas de cierta complejidad que he defendido en otro lugar.

En otro trabajo he afirmado⁶³ que la justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual no pueden concebirse tal como lo han hecho los partidarios de concepciones económicas y retributivas. A diferencia de los primeros -para quienes la obligación de compensar existe únicamente en caso que el agente en cuestión pudiera haber evitado los daños en forma más económica que todos los demás agentes- y de los segundos -para quienes la obligación de compensar existe únicamente en caso de que la acción dañosa realizada por el agente hubiera sido incorrecta-, en mi visión las consecuencias dañosas de una acción deben ser imputadas a aquél que causó dichas consecuencias. En virtud de esta convicción defendí la idea de que el agente causal del daño debe compensar el daño causado, independientemente de consideraciones económicas o de la calidad moral de la acción dañosa.

Las razones que presenté para justificar la conclusión anterior eran de dos tipos.

Por un lado, una idea que expresamente defendí y que constituye una respuesta al problema quizá más importante de toda la teoría política y jurídica, esto es, la sensibilidad que, a los efectos de distribuir las cargas y beneficios sociales, deben tener las instituciones de una sociedad frente a lo que cada uno de nosotros hace. Al respecto sostuve, diferenciándome de algunos autores como Scanlon⁶⁴ y Nino⁶⁵, que las instituciones sociales deben hacer que cada uno internalice los costos y los beneficios que sus acciones ocasionan a sí mismos y a terceros. La fundamentación de esta idea es que únicamente cuando las instituciones sociales nos hacen internalizar los costos y beneficios de lo que hacemos somos tratados como agentes morales. Por el contrario, si las instituciones nos permitieran externalizar dichos costos, o si nos obligaran a externalizar dichos beneficios o a internalizar los costos generados por otros, nos tratarían como si fuéramos integrantes de una entidad supraindividual con lo que nuestra identidad e individualidad como agentes se socavaría irremediamente.⁶⁶

que el riesgo de daño es una pérdida compensable toda vez que sólo deberían ser compensados los miembros de la sub-clase «A», por haber sufrido un daño y no por meramente haber sufrido un riesgo de daño, mientras que los miembros de la sub-clase B no deberían ser compensados pues no sufrieron daño alguno. El problema que encuentro en la explicación de Perry es que su plausibilidad depende de que la relación causal sea determinística y, justamente, el carácter determinístico de la relación causal es resistido por la mayoría de quienes pretenden reemplazar el requisito del daño por el del mero riesgo. Véase Perry, S., opus cit. not. 46.

63. Véase opus cit. not. 5.

64. Véase Scanlon, T., «The Relevance of Choice», en *The Tanner Lecture on Human Values*, Utah University Press, 1986.

65. Véase Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, Bs. As., Ed. Astrea, 2 edición, 1989.

66. Lo que digo en el texto no depende ni presupone una visión libertaria de la justicia. A diferencia de autores libertarios, creo que el mandato que las instituciones sociales deben hacer que cada uno internalice los costos y beneficios de sus acciones (que en otro lugar he llamado el «Principio de la Relevancia de las Decisiones»; véase Rosenkrantz, Carlos, *Liberal Egalitarianism: An Essay in Social Ethics*, Disertación Doctoral presentada a la Yale Law School, Yale Law Library), cuando aplicado a cuestiones de justicia distributiva o al diseño de la estructura básica de la sociedad exige una muy cuidadosa neutralización de las circunstancias en las que las acciones de cada uno son realizadas. En otras palabras, únicamente se justifica un trato diferente cuando hemos realizado acciones diferentes si las circunstancias de nuestras acciones o decisiones son iguales para todos los demás. De otro modo, si estas circunstancias son desiguales, no puede justificarse el tratar a cada uno de manera disímil pues, en ese caso, lo que hacemos puede ser más el producto

La segunda idea de la que partí es que es un valor vivir de acuerdo con nuestras acciones. Esto es, que es mejor una vida en la que somos artífices de lo que somos, a pesar de que ello pueda implicar que debamos soportar los costos de lo que hacemos, a una vida en la que las consecuencias de nuestras acciones no nos impactan de modo alguno. La hipótesis sobre la que descansa esta idea es que nuestras vidas van mejor si ellas son sensibles a lo que hemos hecho.

Estas dos ideas, por un lado -la necesidad de internalizar los costos de nuestras acciones-, y, por el otro -el valor de vivir de acuerdo con ellas-, constituyen el punto de partida de una razón contundente para resistir la recaracterización del requisito del daño en la responsabilidad civil que, a diferencia de los argumentos epistémicos y administrativos más arriba reseñados, ataca al intento de recaracterización de raíz, no en virtud de consideraciones prácticas sino en virtud de consideraciones de principios.

En efecto, si recaracterizamos el requisito del daño de tal modo que la mera imposición de riesgos es considerada una pérdida compensable, tendremos que abandonar el sistema de responsabilidad que exige como condición de la compensación que el demandante haya sido dañado. En su lugar nos veremos forzados a instrumentar un sistema de responsabilidad en el que el demandante podrá reclamar compensación en todos los casos en los que, a pesar de no haber sido dañado, ha sufrido un riesgo de daño.

Ahora bien, este sistema determinará que en el caso que el riesgo generado por A y sufrido por B no se hubiera materializado, A debe compensar a B, aún cuando en dicho caso A no ha dañado a B. Por otro lado, este sistema de responsabilidad también determinará que en el caso en que B, además de haber sufrido el riesgo generado por A, fuera dañado por A, A, a pesar de haber dañado a B, sólo deba compensarlo por el riesgo que éste sufrió.

El hecho de que A deba compensar a B en algunas circunstancias, a pesar de no haberlo dañado, y que, en otras, debe compensarlo sólo por el riesgo de daño que generó, es un síntoma claro de que el sistema de responsabilidad por riesgos es insensible a las acciones de A. A, en este sistema, no responde en la medida en que actúa, pues debe compensar a B aunque no le cause ningún daño, por lo que sus acciones no determinan el límite de su responsabilidad.

Por otro lado, el que A no responda en la medida en que actúa es también un síntoma de que el sistema de responsabilidad por riesgo no satisface el valor de vivir de acuerdo con nuestras decisiones. En efecto, si en algunos casos A debe compensar a B, a pesar de no haberlo dañado y debe, en otros, compensarlo sólo en la medida del riesgo, a pesar de que lo dañó, A no vive una vida sensible a lo que hace. Ello pues en los primeros casos A internaliza costos que no causa o produce, lo que sucede cuando compensa a B a pesar de no dañarlo, y externaliza costos que

de las circunstancias que de nuestros actos volitivos autónomos. No obstante lo anterior, es verdad que mi posición se parece bastante a la posición que autores libertarios deberían suscribir en el ámbito de la justicia correctiva. De todos modos, existe una diferencia fundamental. Mientras que los autores libertarios deberían estar dispuestos a imponer la obligación de compensar siempre que se dañe a otro yo creo que esta obligación no existe si ella hace imposible la existencia de instituciones que funcionan para el beneficio común. Esta modificación, o restricción, me evita enfrentar el problema, que sí deben enfrentar los autores libertarios, consistente en explicar porqué no estamos dispuestos a aceptar que en todos los casos en los que se cause un daño a otro quien lo causó debe compensarlo.

sí causa o produce, lo que sucede en los casos en los que debe compensar a B en la medida del riesgo y no del daño, a pesar de que lo dañó.

En síntesis: Si aceptamos que las instituciones, entre ellas el sistema de responsabilidad extracontractual, deben ser sensibles a nuestras acciones y que nuestras vidas son mejores vidas cuando son sensibles a lo que hacemos, no podemos aceptar la recaracterización del requisito del daño, pues ello determina un sistema de responsabilidad insensible a lo que hacemos y a lo que da valor a nuestras vidas.

Quizá esta conclusión sea apresurada. Quizá sea posible que los partidarios de la recaracterización ofrezcan una explicación de sus posiciones consistente tanto con la idea que debemos ser responsables por nuestras acciones y que es un bien vivir de acuerdo con ellas.

La explicación comenzaría destacando que el riesgo que A impone a B es algo que A causa o produce. En otras palabras, el riesgo que B sufre no es un mero evento o suceso desconectado causalmente de las acciones de A, sino que es, justamente, una consecuencia causal de lo que A ha hecho.

Sobre la base de este hecho los partidarios de la recaracterización sostendrían que la responsabilidad por riesgo, en virtud de que es un sistema de responsabilidad por lo que hacemos -esto es, imponer riesgos-, no contradice la idea de que las instituciones deben ser sensibles a nuestras acciones y que es un valor vivir de acuerdo con ellas. (En tanto el sistema de la compensación por riesgos responsabiliza a A por algo que constituye una consecuencia causal de sus acciones, esto es, la imposición de riesgos, honra lo que según mis propias ideas debería respetarse).

El punto de partida de esta estrategia defensiva es interesante. En efecto, el riesgo de B no es un estado de cosas desvinculado de A. No es un hecho de la naturaleza con el cual A no tiene ninguna relación. Por el contrario, es un evento causalmente vinculado con movimientos corporales e intenciones de A. De este modo, la obligación de compensar los riesgos que imponemos parecería ser la única manera de ser sensible a lo que hacemos.

Sin embargo, la plausibilidad de la estrategia se desvanece tan pronto advertimos que los riesgos que imponemos a otros no son todo lo que hacemos. El riesgo que B sufre en virtud de la acción de A es sólo parte de lo que sucede en el mundo como consecuencia de lo que A hace. En efecto, A, en los casos en que el riesgo se materializa en daño, además de imponerle un riesgo a B, lo daña. Asimismo, en los casos en que el riesgo de B no se materializa en daño, A, no obstante imponerle dicho riesgo a B, no lo daña.

El daño que A causa, o la ausencia de daño en los casos en que el daño no se materializa, son también cosas que A hace. Son consecuencias causales de sus movimientos corporales más básicos que pueden ser concebidas como acciones de A por el simple expediente de incorporar dichas consecuencias causales en la descripción de la acción de A (efecto acordeón). En virtud de que el daño, o su ausencia, son productos de acciones de A, la descripción de sus acciones en términos de «imponer un riesgo de daño a B», de cuya plausibilidad depende el argumento defensivo de los partidarios de la recaracterización del daño que estoy analizando, es una descripción trunca. Es una descripción que no incorpora todo el desenlace causal, todo lo que sucede en el mundo en virtud de lo que hacemos. Como tal, es una descripción sólo parcialmente verdadera de lo que A hace.

Ahora bien, si la descripción de las acciones sobre las que se asienta este argumento es sólo parcialmente verdadera, no obstante que la responsabilidad por riesgos sea sensible a las acciones descritas de este modo, no puede sostenerse que ella satisface las dos ideas que, según mi criterio, debe satisfacer toda teoría de la responsabilidad. La responsabilidad por riesgos, en el mejor de los casos, satisfecerá estas ideas sólo parcialmente.

En efecto, la responsabilidad por riesgos, por ser sensible al hecho de que A impone un riesgo de daño a B, es indudablemente sensible a cierta descripción de la acción de A. Sin embargo, al ser insensible al hecho de que A daña a B en algunos casos mientras no causa daño alguno en otros, es parcialmente insensible a lo que A hace. Precisamente por ser parcialmente insensible a lo que hacemos, la responsabilidad por riesgos contradice la idea de que las instituciones deben ser sensibles a nuestras acciones y, en tanto tal, no puede ser aceptada.

5. Un argumento en favor de la perspectiva «ex post» de la relación causal

En este punto, y antes de terminar esta sección, quiero retomar una cuestión que quedó pendiente en la sección anterior. Allí sostuve que el intento de recaracterización de la relación causal afirma que esta relación debe concebirse como una relación probabilística «ex ante». Analicé las consecuencias normativas de la adopción de esta perspectiva y busqué argumentos que pudieran justificar una preferencia por la perspectiva «ex post», la forma en que tradicionalmente se concibe a este requisito. Me referí al que me parecía más contundente -el argumento construido a partir de la idea de Thompson de que el requisito de la causa se basa en el valor de la libertad de planear el futuro- pero concluí que no era un argumento satisfactorio. Luego anuncié que iba a resolver la cuestión en esta sección, tarea a la que ahora me aboco.

La recaracterización del requisito de la relación causal debe resistirse por razones análogas a las que recomiendan resistir el intento de recaracterizar el requisito del daño: la perspectiva «ex ante» no se condice con la adecuada sensibilidad que deben tener las instituciones a lo que cada uno de nosotros hace, ni satisface el valor de vivir de acuerdo con nuestras decisiones.

Suponga una sociedad en la que la responsabilidad se impone de acuerdo con la perspectiva «ex ante». En dicha sociedad, A deberá compensar a B por su contribución probabilística al daño, aún cuando el daño de B no fuera una consecuencia de lo que A hubiera hecho, mientras que C deberá compensar sólo por su contribución probabilística aún cuando lo que él hizo, además de contribuir probabilísticamente al daño, hubiera sido dañar a B.

Esta forma de resolver la adjudicación de la obligación de compensar no es sensible a lo que cada uno hace: A debe compensar a B a pesar de que, en realidad, no lo ha dañado, mientras que C sólo deberá compensar a B en la medida de su contribución probabilística, cuando en realidad lo dañó.

La consecuencia de esta insensibilidad de la perspectiva «ex ante» a lo hecho por A y por C también afecta el valor de vivir de acuerdo con nuestras decisiones. En efecto, si A debe compensar a B, a pesar de no haberlo dañado y C debe compensarlo sólo en la medida de su contribución probabilística al daño, a pesar de que lo dañó, ni A ni C viven una vida que registra lo que cada uno de ellos hace: A internaliza costos que no causa o produce, lo que sucede

cuando compensa a B a pesar de no haberlo dañado, mientras que C externaliza los costos que produce, cuando compensa a B sólo en la medida de su contribución probabilística, a pesar de que lo dañó.

Si adoptamos la perspectiva «ex post» la situación cambia. A no compensará a B pues, a pesar de su contribución probabilística «ex ante», no lo dañó, mientras que C, en virtud de haberlo dañado, compensará todo el daño de B. Consecuentemente, A y C internalizarán los costos que causan y, en virtud de ello, vivirán vidas sensibles a las decisiones que adoptan.

En síntesis, si aceptamos que las instituciones deben ser sensibles a lo que hacemos y que nuestras vidas van mejor cuando son el resultado de nuestras decisiones, la concepción tradicional, «ex post», de la relación causal se presenta como la única aceptable. En conclusión, contrariamente a lo que sugieren los partidarios de la recaracterización de la relación causal para quienes el requisito causal se satisface con la mera presencia de una probabilidad de vinculación entre el daño y la acción del demandado, el requisito de la causa exige una investigación tendiente a determinar si, primero, el resultado se produjo y, una vez hecho ello, si el resultado se habría producido si la acción en cuestión no hubiera existido.

V. LOS LÍMITES

En las secciones precedentes he intentado resistir las pretensiones de aquellos que sostienen que debemos recaracterizar los requisitos de la obligación de compensar en términos esencialmente probabilísticos. En esta sección quiero dejar sentado cuál es el alcance de mi resistencia. Creo que ello es importante pues, de otro modo, podría interpretarse erróneamente mi posición.

Para explicar lo que tengo en mente imaginé una explosión en una planta nuclear y los daños que dicha explosión causaría.

Un accidente de esta naturaleza pone en tela de juicio la posibilidad de que las víctimas sean repuestas al estado que disfrutaban antes del evento dañoso. Más allá de lo que digan las normas al respecto, consideraciones fácticas hacen enormemente difícil la compensación.

Ello es así dado que aparecen dos tipos de problemas. Por un lado, problemas relativos al carácter de los daños. Es posible que muchos de los daños causados por el accidente sean «no-compensables». (Un daño es «no-compensable» cuando la víctima del daño, una vez que éste ha sucedido y se la ha compensado, preferiría el bien que el daño le privó a la compensación).⁶⁷ Por otro lado, problemas relativos al carácter de la compensación. Es posible que aunque los daños sean compensables, la magnitud de los montos necesarios para la compensación torne imposible que los daños sean compensados, pues puede que tenga el dinero suficiente para dejar a las víctimas indiferentes entre la opción entre el bien que el daño les privó y la compensación.

67. Thomson define a los daños «no-compensables» de otro modo. Para ella, un daño es «no-compensable» cuando la víctima no habría vendido el derecho a que otro le cause el daño en cuestión por ninguna suma de dinero. Véase, Thomson, J., «Government Regulation of Behavior», en *Rights, Restitution and Risk*, Harvard U. Press, 1986, pag. 156.

Estos dos tipos de problemas, a los que podríamos llamar «problemas de cumplimiento»,⁶⁸ introducen cuestiones muy importantes. Nos obligan a tomar en cuenta ciertas limitaciones fácticas que condicionan lo que decidimos en el nivel de los principios. Así, si estamos discutiendo acerca de las reglas de la responsabilidad extra-contractual -por ejemplo, si hay que responder por el riesgo generado o el daño causado-, en virtud de los «problemas de cumplimiento» debemos pensar no sólo en cuál de estas dos reglas es más consistente con las consideraciones últimas que entendemos correctas sino, además, cuál de estas dos reglas satisface en mayor medida u optimiza estas consideraciones.

Ahora bien, nada de lo dicho en las secciones precedentes presta atención alguna a los «problemas de cumplimiento». En todo lo anterior he presupuesto la posibilidad de satisfacción universal de la regla de acuerdo con la cual debemos compensar los daños que causamos y no los riesgos que generamos. Por ello, las conclusiones a las que he llegado son conclusiones correctas sólo para un mundo donde los «problemas de cumplimiento» no existen.

En lo que sigue quiero analizar, aunque de una forma provisional y tentativa, si los «problemas de cumplimiento» obligan a repensar mis conclusiones en lo que respecta a la recharacterización de los requisitos de la responsabilidad. Entonces, ¿qué sucede en un mundo donde los «problemas de cumplimiento» existen? En ese mundo, ¿debe preferirse la responsabilidad por daño a la responsabilidad por riesgo?, ¿la relación causal debe concebirse probabilísticamente y la culpa como la imposición de riesgos no recíprocos?.

Glen Robinson ha sostenido que en los casos de daños tóxicos la creación de un riesgo irrazonable es una base apropiada para la responsabilidad.⁶⁹ Brent Carson, por su parte, ha afirmado que los tribunales deberían reconocer el derecho a ser compensado cuando existe exposición al riesgo producido por residuos peligrosos.⁷⁰ Para estos autores, en los casos que plantean «problemas de cumplimiento» debe adoptarse la responsabilidad por riesgo.

La razón que sustenta la posición de estos autores es la presunta superioridad de la responsabilidad por riesgo en términos de disuasión; la idea es que si somos obligados a compensar cada vez que imponemos un riesgo de daño es más probable que abandonaremos la actividad riesgosa que si sólo somos obligados a compensar en caso de que causemos el daño. Estos autores podrían sostener que cualquiera sea la relevancia de la disuasión en la responsabilidad extra-contractual en general, en los casos en los que existen «problemas de cumplimiento» la disuasión debe ser más relevante por la sencilla razón de que cuando no se puede compensar por la realización de acciones dañosas nada mejor que prevenirlas.

Más arriba he sugerido que bajo ninguna de las dos hipótesis, ni bajo la neutralidad al riesgo (la responsabilidad por daños y por riesgo tiene idénticos efectos disuasorios), ni bajo la aversión al riesgo (la responsabilidad por daño tiene mejores efectos disuasorios), la responsabilidad por riesgos tiene mejores efectos disuasorios. Pero, ¿es la situación distinta cuando nos enfrentamos a daños no compensables?

68. Véase McCarthy, opus cit. not. 3. Bruce Ackerman llama a los problemas de cumplimiento «problemas segundo-mejor». Véase Ackerman, B., *La Justicia Social en el Estado Liberal*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

69. Véase Robinson, Glen, «Risk Causation and Harm», en *Liability and Responsibility Essays in Law and Morals*, Ed. R.G. Frey and Christopher W. Morris, Cambridge U. Press, 1991.

70. Véase Carson, Brent, «Washington Law Review», vol. 60, pag. 635 y ss., 1985.

Podría pensarse que sí. Podría sostenerse que la responsabilidad por riesgos tiene mejores efectos disuasorios en los casos de daños que no pueden ser compensados por quien los causó. En estos casos, podría sostenerse, que quien genera el riesgo no puede ser indiferente entre compensar el riesgo, en la medida del riesgo, y el daño, en la medida del daño, pues, por definición, no puede compensar el daño. En razón de la imposibilidad de compensar el daño, el agente no encontraría disuasivo alguno en un sistema de responsabilidad por daños, de tal modo que siempre habría que preferir un sistema de responsabilidad por riesgo sobre éste.

Si la conclusión anterior fuera correcta mi posición debería limitarse a aquellos mundos donde los «problemas de cumplimiento» no existen. He sostenido que no deben recaracterizarse los requisitos de la responsabilidad extra-contractual pero, según parece, aquí habría razones poderosas para hacerlo. En otras palabras, quizá mi posición sea correcta para mundos ideales pero no para todos los mundos.

A pesar de que reconozco la aparente plausibilidad de la conclusión anterior, ella no me perturba demasiado.

En primer lugar, si de disuasión se tratase, existen otras instituciones sociales, la pena entre ellas, más disuasorias y cuyo objetivo y justificación es precisamente la minimización de los daños.

Reconozco que la solución punitiva es problemática en los casos en los que las actividades riesgosas en cuestión no sólo generan riesgos de daños no compensables sino, además, posibles grandes beneficios. En estos casos, si la solución fuera punitiva, y se prohibieran las conductas riesgosas sería imposible aprovecharse de los eventuales beneficios de dichas acciones. La única manera de evitar este dispendio social que alcanzo a imaginar consistiría en prohibir solamente la realización de conductas que involucran riesgos de daños no compensables y beneficios mayores al valor actuarial de dichos daños cuando el agente no ha contratado un seguro y exigir, que quien realiza conductas riesgosas se asegure, bajo la amenaza de otra pena.

Además, en segundo lugar, la conclusión de que la responsabilidad por riesgo debe ser preferida a la responsabilidad por daño en un mundo con «problemas de cumplimiento» no es aplicable a circunstancias donde la ratio de aversión al riesgo es mayor que la ratio entre el monto del daño y la capacidad patrimonial del agente.

Un ejemplo ayudará a ver el punto. Suponga que usted, junto con la mayoría de los integrantes de su sociedad, tiene aversión al riesgo con una ratio de 2. Así, usted y sus conciudadanos prefieren pagar \$2 cada vez que imponen un riesgo de 1/100 de causar un daño de \$100, que pagar \$100 en caso de que causen un daño de \$100. Suponga ahora que la fortuna de todos los miembros de la sociedad es de \$60 cada uno, de modo que la ratio entre fortuna y el daño es de 6/10.

En circunstancias como las anteriores, la disuasión será mayor con un sistema de responsabilidad por daño que con un sistema de responsabilidad por riesgo. Ello, pues el ahorro que representa la responsabilidad por daño en razón de la limitada capacidad patrimonial de usted y sus conciudadanos, no neutralizará las preferencias de usted y sus conciudadanos por la responsabilidad por riesgo. Obviamente, si quienes pueden dañar a otros prefieren la responsabilidad por riesgo por sobre la responsabilidad por daño es porque aquella tiene menos efectos disuasorios.

Si lo anterior es correcto, la conclusión de las secciones precedentes puede ser mantenida con cierta seguridad: Aún en mundos con «problemas de cumplimiento», como regla general los requisitos tradicionales de la responsabilidad extra-

contractual no deben ser alterados en todos los casos en los que existe una aversión al riesgo mayor a la incapacidad patrimonial de los eventuales agentes dañosos.

VI. CONCLUSIÓN

En la Introducción he sostenido que la recaracterización de la culpa, la causa y el daño se asienta en la idea de que la forma canónica de la responsabilidad es la responsabilidad por los riesgos que generamos e imponemos a otro, y no por los daños que les causamos. Como adelanté también en la Introducción no traté esta cuestión de modo directo. En este trabajo me referí principalmente a las razones que existen para rechazar la recaracterización de los requisitos mencionados. No obstante ello, no quiero terminar este trabajo sin poner de resalto que la idea más básica sobre la que se asienta el intento de recaracterización es equivocada: El caso canónico de responsabilidad es la responsabilidad por lo que hacemos -esto es, causamos- y no por el riesgo que introducimos.

La justificación de esta afirmación ha sido, de un modo u otro, ofrecida en las secciones anteriores cuando me ocupé de las razones para rechazar la recaracterización de la relación causal y del requisito del daño. Allí sostuve que la obligación de compensar requiere haber causado el resultado dañoso y que el daño se hubiera producido. Ello en virtud de las dos ideas que defendí en otro trabajo,⁷¹ más precisamente, que las instituciones sociales deben ser sensibles a lo que hacemos y que es un valor vivir nuestras vidas en términos de los resultados de nuestras decisiones. Estos argumentos son también argumentos en pos de la afirmación de que el caso canónico de la responsabilidad es la responsabilidad por lo que hacemos.

Entiendo que muchos lectores pueden no convencerse por lo anterior, sosteniendo que, en realidad, estos argumentos presuponen que somos responsables por daños, y no por riesgos y, por lo tanto, no dan sustento a la conclusión de que la responsabilidad por daño es el caso canónico de responsabilidad. A ellos sólo me cabe sugerirles dos argumentos adicionales: el primero es que la responsabilidad por lo que causamos se sigue de nuestro carácter de agentes. En efecto, si fuéramos responsables por los riesgos que introducimos y no por lo que causamos, las consecuencias de nuestras acciones no tendrían relevancia para asignar responsabilidad, lo que no podría defenderse si el rasgo más importante de nuestra concepción de nosotros mismos es nuestra capacidad para actuar. El segundo argumento está relacionado de alguna manera con una discusión a la que me referí más arriba respecto de la suerte moral. La idea es que somos dueños de nuestra propia suerte en el sentido de que ella debe perjudicarnos y beneficiarnos. Por ello, en los casos en que imponemos riesgos sin dañar no podemos ser obligados a compensar, pues esta obligación implica que la suerte consistente en no haber dañado no sea relevante a la hora de decidir la cuestión de la compensación. Inversamente, si somos obligados a compensar en términos de los riesgos que imponemos cuando, en realidad, hemos dañado, la mala suerte consistente en haber dañado no será relevante, lo que implica privar a la suerte del lugar que moralmente le corresponde.

71. Véase Rosenkrantz, Carlos, opus cit. not. 5.