

LA PRÁCTICA DEL *ALTERUM NON LAEDERE*

The Practice of *Alterum Non Laedere*

Diego M. Papayannis*

Resumen

En este trabajo sostengo que el *alterum non laedere* es el principio rector de la responsabilidad civil, y sin él muchas de las características de nuestros sistemas de derecho de daños se tornan ininteligibles. Una vez que se aprecia el rol que cumple el *alterum non laedere* en el razonamiento jurídico puede comprenderse que la práctica de la responsabilidad civil está articulada sobre la evitación de daños y solo subsidiariamente sobre la reparación. Esta tesis, además, tiene importantes consecuencias dogmáticas.

Palabras clave

derecho de daños, deber de no dañar, prevención, reparación, daños justificados, antijuridicidad, culpa

Abstract

In this paper I claim that *alterum non laedere* is the main tenet of tort liability, and without it many features of our tort law systems become unintelligible. Once the role that *alterum non laedere* plays in legal reasoning is established it can be seen that the practice of tort law is articulated on harm prevention and only secondarily on reparation. In addition, this thesis has important theoretical implications.

Keywords

tort law, duty not to harm, prevention, compensation, justified harm, unlawfulness, fault

Diego M. Papayannis, Universidad de Girona, Facultad de Derecho. Correspondencia: Campus Montilivi s/n, 17071 Girona, España. diegomartin.papayannis@udg.edu

* Agradezco los comentarios de Sebastián Agüero San Juan, Carlos Bernal y Luis Duarte d'Almeida a una versión previa de este trabajo. Asimismo, presenté estas ideas en el Instituto "Tarello" de filosofía del derecho y recibí excelentes sugerencias de Paolo Comanducci, Riccardo Guastini, Giovanni Battista Ratti, Cristina Redondo, Diego Dei Vecchi, Fabrizio Esposito, Andrej Kristan y Pablo A. Rapetti. Finalmente, agradezco las recomendaciones de Martín Hevia y las observaciones de dos evaluadores anónimos de *Isonomía*.

I. Introducción

Desde mediados del siglo XX, la responsabilidad civil viene experimentando un interesante refinamiento doctrinario que, en conjunción con la especial atención dirigida a la técnica de la legislación, ha producido una variedad de documentos académicos y proyectos de reforma que tendrán sin duda una profunda influencia en la práctica de la responsabilidad.¹ A la vez, en el plano de sus fundamentos, las aportaciones del análisis económico del derecho y los estudios filosóficos del derecho de daños han dominado la escena durante las últimas tres décadas, promoviendo interpretaciones consecuencialistas y deontológicas de la práctica, respectivamente. Esta contienda no tiene aún un claro vencedor, y los teóricos del derecho civil —con buen criterio— continúan su camino ignorando las diatribas que filósofos y economistas se dirigen recíprocamente. A fin de cuentas, ¿qué importa quién lleva razón en el nivel más abstracto? Los problemas concretos, como la incertidumbre causal, la extensión del daño resarcible, el adecuado tratamiento del daño justificado, entre muchos otros, afortunadamente pueden ser resueltos por un legislador bien informado en la materia, pese a la indeterminación filosófica que, por filosófica, suele ser eterna. Y así, algunas cuestiones como la que trataré en este artículo permanecen en la indefinición y solo sirven para agrupar autores dentro de una corriente o su contraria.

Se verá en el desarrollo de este trabajo que una parte importante de la doctrina niega que exista un deber de no dañar en la responsabilidad civil. La mayoría, en cambio, lo afirma enérgicamente. Pero ¿qué hay en juego en esta discusión? De inicio puede apreciarse que quienes niegan la presencia del principio deben caracterizar la práctica como de *reparación de daños*, enfatizando su aspecto puramente *subsanador*, mientras que quienes afirman su existencia han de considerar que la práctica es esencialmente *reguladora de la conducta* y solo subsidiariamente reparadora. Este contraste es importante, porque cada postu-

¹ Como ejemplos, véanse en Europa los “Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil” (PETL) y el “Marco Común de Referencia” (DCFR); en América Latina, destacan los proyectos de unificación civil y comercial argentinos de 1998 y 2012.

ra presupone distintas estructuras normativas que deben ser acomodadas por la explicación filosófica del derecho de daños y la dogmática. La afirmación de un deber de no dañar suele ir acompañada de una descripción de la práctica en términos de derechos y deberes primarios y secundarios. Así concebida, la responsabilidad civil incluye un deber de no dañar, correlativo con un derecho a no ser dañado, cuya violación activa un par de derechos y deberes secundarios relativos a la compensación de los perjuicios causados. Por el contrario, la negación del deber de no dañar supone una descripción de la práctica menos compleja, constituida por un único par de derechos y deberes relativos a la reparación de las pérdidas sufridas por la víctima. Desde esta perspectiva, todo el discurso en torno a los derechos y deberes primarios ha de ser suprimido de la teoría, por irrelevante. Nótese que algún acuerdo sobre la estructura normativa de la responsabilidad civil resulta necesario para evaluar el éxito explicativo de las distintas concepciones filosóficas, ya sean deontológicas (como la justicia correctiva) o consecuencialistas (como el análisis económico del derecho). En este sentido, los filósofos deberían entender prioritario fundamentar ya sea la afirmación o el rechazo del *alterum non laedere*.

Asimismo, la postura que se adopte en esta discusión incide sobre la corrección de uno u otro esquema dogmático. ¿Es la antijuridicidad un presupuesto necesario de la responsabilidad civil? ¿Se ubica en la acción o en el resultado? ¿En qué sentido se habla de antijuridicidad? ¿Hay antijuridicidad en los daños causados por actividades sujetas a responsabilidad objetiva? ¿Qué ocurre con los daños justificados? ¿No muestra la obligación de reparar en estos casos que la antijuridicidad no es necesaria? ¿Cuál es la relación entre la culpa y la antijuridicidad? Todas estas preguntas reciben una respuesta u otra dependiendo de la dogmática que se defienda y de si el *alterum non laedere* ocupa algún lugar en ella. A la vista de esto, pronunciarse sobre la presencia de este principio en la responsabilidad civil tiene una innegable repercusión práctica, ya que todo el razonamiento jurídico que culmina con un juicio concluyente de responsabilidad –y, por consiguiente, con la obligación de indemnizar el daño causado a la víctima– se vale de un conjunto de conceptos básicos, con un contenido y unas relaciones mutuas determinadas.

En lo que sigue, descartaré muy brevemente los argumentos más comunes para negar la existencia de un deber de no dañar. Luego examinaré un argumento a favor del *alterum non laedere* que en mi opinión no llega a ser exitoso. No obstante, los problemas que identifico en este argumento sugieren cuál es el camino correcto para estudiar la cuestión. La idea que defenderé es que la práctica actual de la responsabilidad civil en la gran mayoría de los sistemas jurídicos liberales se torna ininteligible al negarse la existencia de un deber de no dañar. Muchos de los rasgos que consideramos centrales solo cobran sentido cuando son puestos en relación con el principio *alterum non laedere*. Finalmente, en las dos últimas secciones, discutiré las implicaciones que esto tiene para la dogmática del derecho civil.

II. Argumentos contra el deber de no dañar

Antes de intentar justificar mi afirmación de que existe un deber de no dañar en los ordenamientos modernos, descartaré tres argumentos habituales que niegan esta tesis.

En primer lugar, se apunta que el legislador no suele imponer un deber de no dañar, sino solo un deber de compensar los daños que uno causa. En efecto, la mayoría de las legislaciones incluyen disposiciones como las del artículo 1902 del Código Civil (CC) español, conforme con el cual “[e]l que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Sobre esta base, se ha llegado a afirmar que la norma contenida en el artículo 1902 es tan genérica que no hay manera de concebir que ella contiene el principio *alterum non laedere* (Salvador Coderch, 2000, p. 11). Sin embargo, es obvio que la forma del lenguaje utilizado en el texto nada dice sobre cuál es la interpretación que finalmente le asigna la comunidad jurídica relevante. Ciertamente, aunque en ningún sitio el artículo 138 del Código Penal español establece literalmente una prohibición de matar a otro, cualquier jurista medianamente competente sabe que allí se prohíbe el homicidio; a partir de esto, muchas otras inferencias están justificadas, como que todos los individuos tenemos el deber de no matar, que matar es incorrecto, y así sucesivamente. Por

ello, que el artículo 1902 del CC no establezca ningún deber de no dañar en su letra todavía no prueba que la práctica no le asigne ese contenido. Un estudio detallado del sistema requiere indagar en otros aspectos de la práctica para determinar si, pese a no estar explícitamente mencionado, puede derivarse la existencia del deber de todas formas a partir de las tesis dogmáticas presupuestas² o de otros hechos de la práctica, como las actitudes o inferencias de los participantes, que no puedan ser explicados sin afirmar la existencia de un deber de no dañar.³

En segundo lugar, se sostiene que un deber de no dañar absoluto haría que la vida social fuese inviable. Una norma de estas características es contraria a nuestros sistemas económicos fundados en la competencia, que permiten y hasta fomentan actividades estadísticamente perjudiciales para los intereses ajenos (Pantaleón, 1991 p. 1995). Así formulado, el argumento es bastante plausible. No obstante, la defensa del *alterum non laedere* no pretende, precisamente por esta razón, consagrar un deber de no dañar a otros en *ningún caso*. El *alterum non laedere* exige no dañar a otros *injustamente*. Este deber no es absoluto, en el sentido de que cualquier perjuicio, molestia o pérdida que causamos a nuestros vecinos está reprobada por la ley. Pues ello sí haría que la vida en comunidad fuese imposible. Pero un subconjunto de los perjuicios que nos ocasionamos ha de ser considerado injusto, en tanto esto no solo no representa un peligro para la viabilidad de la vida comunitaria, sino que es un prerequisite para que ella pueda florecer.⁴ Es igualmente inimaginable un sistema que prohíba cualquier perjuicio, como uno que no prohíba ninguno. En este sentido, cierto tipo de acciones han de estar excluidas del conjunto de interacciones admisibles o justas. Y son aquellas las que constituyen el ámbito del *alterum non laedere*.

² No debe olvidarse que el razonamiento jurídico asume implícitamente ciertas premisas normativas que no se basan en los textos aprobados por el legislador, sino en el aparato conceptual utilizado para interpretar esos textos. Véase Guastini, 2010, pp. 130-131 y nota 24.

³ Por ello, desacuerdo con García Amado, 2011, pp. 1268-1269, cuando sostiene que para defender la existencia del *alterum non laedere* debe recurrirse a “una especie de derecho natural de la responsabilidad civil extracontractual”.

⁴ Para un estudio de la manera en que la responsabilidad extracontractual incrementa la cohesión social al promover que los individuos tomen en cuenta los intereses y el bienestar de los demás, véase Gerhart, 2010.

Qué daños son injustos es una cuestión contingente, dependiente de lo que establezca el sistema en concreto. Así, las normas como el artículo 1902 del CC español *pueden* ser interpretadas en el sentido de que imponen el deber de no dañar mediante conductas negligentes, mientras que las reglas de responsabilidad objetiva establecerían un deber de no dañar mediante ciertas conductas o actividades riesgosas especificadas por el legislador o la jurisprudencia.⁵ En ningún caso se postula la existencia de un insensato deber absoluto de no dañar a otros.

Por último, un tercer tipo de objeción podría plantearse del siguiente modo: aunque el sistema de responsabilidad civil pueda ser reconstruido discursivamente incluyendo un deber de no dañar en su núcleo, tal deber es inútil en la práctica, porque es incapaz de fundamentar la pretensión de que se eliminen los riesgos que se imponen a las víctimas. Para tener alguna eficacia, el principio debería tener impacto sobre la pretensión de no sufrir daños.

La respuesta más obvia para esta objeción señala que las numerosas pretensiones inhibitorias o preventivas acogidas en el derecho civil solo tienen sentido si la víctima goza de un derecho a no ser dañada, correlativo con un deber de no dañar a cargo del demandado. Así, las acciones dirigidas al cese de las molestias derivadas del humo, los olores, el ruido, las vibraciones, etc., que exceden la llamada “normal tolerancia entre vecinos”, la denuncia de daño temido ante una obra en ruinas que amenaza con causar un serio perjuicio a los habitantes de los edificios colindantes, el cese de la emisión de publicidades comparativas desleales o de los actos que vulneran la esfera de intimidad de las personas, son excelentes ejemplos (Zannoni, 2005, p. 74). En todos los casos, se veda al agente continuar con su actividad incluso si está dispuesto a pagar por los daños que ocasiona. Esto muestra que el derecho civil no se limita a las pretensiones resarcitorias. Por tanto, es posible interpretar que el *alterum non laedere* se proyecta sobre un combinado de normas preventivas y compensatorias, entre otras cosas.

⁵ En el derecho anglosajón, Perry, 2009, pp. 81, nota 7, y 101-102, sostiene esta misma interpretación de las reglas de responsabilidad.

III. La identificación del *alterum non laedere*

En la sección anterior intenté mostrar muy brevemente que ninguna de las objeciones usuales en contra de la existencia del deber de no dañar es plausible. En esta sección ofreceré un argumento positivo sobre la presencia del *alterum non laedere* en la práctica del derecho de daños.

1. El argumento de las normas implícitas

Aunque creo que la doctrina no ha ofrecido buenas razones teóricas para rechazar la existencia de un deber de no dañar en la práctica, también creo que su afirmación –mucho más frecuente que su rechazo– carece de un fundamento sólido. A menudo, el *alterum non laedere* es simplemente postulado;⁶ otras veces es derivado del orden natural de las cosas,⁷ como si semejante derivación pudiese ser intersubjetivamente comprobable. Que no se me malinterprete: puedo comprender por qué se sostiene que el deber de no dañar es un principio del derecho natural. Al menos en algunas de sus formas, estoy seguro de que puede resultar moralmente atractivo. Pero ¿hay alguna alternativa teórica que pueda ser aceptada por quien no cree que exista un orden natural en las instituciones sociales o que éste sea tan fácilmente accesible como presuponen quienes apelan a él?

Hasta donde conozco, el intento más sofisticado de elaborar una alternativa a las doctrinas iusnaturalistas es el de Cerutti (2011). El modelo que presenta esta autora tiene una fuerte inspiración kelseniana, aunque ella reconoce su fuente más próxima en la tesis de los derechos

⁶ Por ejemplo, respecto del artículo 1109 del Código Civil argentino, muy similar en sus términos al art. 1902 del Código Civil español, dice Bueres, 1991, p. 153: “Se nos ocurre que el art. 1109 consagró una antijuridicidad genérica, amplia. El precepto sienta el principio del *alterum non laedere*, ya que, en rigor, está prohibido dañar a otro *sin causa de justificación*” (énfasis en el original).

⁷ Mosset Iturraspe, 1980, p. 22, por ejemplo, afirma: “No puede sostenerse la existencia de un Derecho a dañar al prójimo. De ahí que el daño sea, en sí mismo, un hecho contrario a Derecho, injusto. Todo aquel que causa un daño está obligado a la reparación. Esa es la regla. Y es así porque el daño implica un desorden, un desequilibrio, un entuerto”.

implícitos de Carlos Ernst. Su idea es que el deber de no dañar puede ser afirmado como una *norma implícita* en los ordenamientos jurídicos que comparten ciertas normas explícitas y ciertos entramados conceptuales. Las nociones jurídicas fundamentales desarrolladas por la ciencia del derecho, y de las cuales se vale también el legislador, sirven de vínculo conceptual entre las normas explícitas y las que se implican de ellas.

Para Cerutti, una norma como la expresada en el artículo 1902 del CC español (equivalente al 1109 del CC argentino que ella analiza) permite derivar una norma cuyo contenido está dado por el deber de no dañar. La inferencia, en realidad, está garantizada por el contenido de los conceptos centrales que organizan el derecho de daños. Así, nociones como antijuridicidad (o ilicitud), deber jurídico, daño y delito, entre otros, son elaborados y mejorados permanentemente por la ciencia del derecho. Los juristas, jueces y abogados, por su parte, los utilizan cotidianamente y el legislador los presupone al desempeñar su función de creación normativa (Cerutti, 2011, p. 246).

Habiendo advertido esto, Cerutti aplica el análisis kelseniano de estos conceptos a las normas explícitas del sistema. De acuerdo con Kelsen, conviene recordar, el concepto de sanción es primigenio, en el sentido de que nos permite definir todos los demás. La acción *ilícita* es aquella a la cual el sistema jurídico imputa una *sanción*; el *deber* es la conducta contraria al *ilícito*, es decir, aquella cuya realización por el agente evita normativamente la aplicación de la *sanción*; el *responsable* es el sujeto al cual está dirigida la *sanción*, y así sucesivamente (Kelsen, 1960, pp. 123-138). Entonces, si el artículo 1902 del CC establece una sanción para quien dañare a otro, dañar es una acción ilícita y, por consiguiente, el deber implícitamente impuesto por esta norma es la realización de la conducta contraria, es decir, no dañar (Cerutti, 2011, p. 242). Veamos esquemáticamente el contenido del artículo 1902 y la derivación del *alterum non laedere*:

1) Artículo 1902 del CC:

El que [...] causa daño a otro [...] está obligado a reparar el daño causado

2) Derivación del *alterum non laedere*:

Primera premisa: Si “dañar a otro” es ilícito, entonces, “no dañar a otro” constituye un deber.

Segunda premisa: “dañar a otro” es ilícito.

Conclusión: “no dañar a otro” constituye un deber.⁸

La primera premisa establece una relación conceptual entre la ilicitud y el deber jurídico, de modo tal que siempre que una acción sea ilícita tenemos el deber jurídico de evitarla. La segunda premisa surge de una interpretación del artículo 1902 a la luz de los conceptos básicos de la responsabilidad civil, conforme con la cual dado que el ordenamiento sanciona la causación de daños, la acción de dañar es ilícita. Con estas dos premisas, es inevitable concluir que el artículo 1902 implícitamente dispone un deber de no dañar, pese a que su lectura literal solo prescribe la compensación de los daños causados.

Es importante aclarar que Cerutti no afirma meramente que el deber de no dañar es un principio implícito en el ordenamiento jurídico, sino que el mecanismo de derivación permite concluir la existencia del *alterum non laedere* como una obligación que forma parte del derecho vigente (Cerutti, 2011, pp. 245 y 252). Esta obligación no está contenida expresamente en una norma promulgada por el legislador, pero su negación, dada la estructura conceptual empleada por los juristas, haría que el sistema se torne irremediabilmente incoherente (Cerutti, 2011, pp. 247-248).

⁸ Para facilitar el análisis he dejado de lado la “culpa o negligencia” mencionada en el artículo 1902 del CC. Si consideramos ese aspecto, entonces, el deber derivado es no dañar mediante culpa o negligencia.

Pese a lo anterior, creo que la tesis del deber implícito enfrenta una serie de problemas insalvables. Es sin duda un avance respecto del estado de la cuestión, porque pretende esclarecer el marco de análisis de los juristas con instrumentos bien precisos, pero en última instancia no satisface la dimensión de ajuste descriptivo. Deseo argumentar ahora que el deber de no dañar no está incorporado en la práctica del modo en que es representado por la tesis de las normas implícitas.

En primer lugar, de acuerdo con el esquema kelseniano, la sanción es un acto coactivo estatuido como reacción contra una acción u omisión (Kelsen, 1960, p. 123); y el acto ilícito es la condición que el derecho establece para que proceda jurídicamente la imposición de una sanción (Kelsen, 1960, p. 125). Siendo ello así, la obligación de reparar que dispone el artículo 1902 del CC no puede contar como una sanción, ya que no es un acto coactivo; no es la privación de ningún bien contra la voluntad del sujeto afectado por la norma. Si la responsabilidad no es una sanción, entonces, el acto (dañar) que genera responsabilidad no puede ser considerado ilícito por el hecho de generar responsabilidad, y su conducta contraria (no dañar) no puede ser entendida como un deber.

Así y todo, podría señalarse que la acción de dañar está en último término vinculada con una sanción. El sistema impone a quien causa un daño la obligación de repararlo y, en caso de que incumpla con esta última, ordena la privación coactiva de sus bienes para satisfacer su deuda de responsabilidad. Esto es cierto, pero todavía insuficiente para mostrar que la acción de dañar es ilícita. Más bien, el ilícito civil estaría compuesto por dos acciones: *dañar y no indemnizar*. Según esta lectura de las normas del derecho civil, hay dos conductas capaces de evitar la aplicación de la sanción: no dañar o indemnizar. Por tanto, el deber está conformado por una disyunción de acciones. Todos tenemos el deber de no causar perjuicios a terceros o de indemnizarlos. Esta disyunción es lo que en el derecho civil se conoce como obligación alternativa. En las obligaciones alternativas el obligado satisface la exigencia jurídica realizando cualquiera de las acciones que son parte de la disyunción. Imaginemos que Axileas firma un contrato con Xenofonte y una de sus cláusulas estipula que Axileas entregará a Xe-

nofonte “un caballo o dos mulas”. En este caso, Axileas cumple con su prestación contractual entregando o bien “un caballo” o bien “dos mulas”, según su *discreción*. Xenofonte no puede exigir con base en ese contrato que Axileas entregue, por ejemplo, un caballo. Si Axileas decidiese entregar las dos mulas ello extinguiría toda pretensión adicional de Xenofonte.

Esta reconstrucción en términos de un deber alternativo es coherente con el esquema de Kelsen, puesto que si realizar p es ilícito, es decir, si está prohibido realizar p ($\text{Ph}p$), entonces, abstenerse de p es obligatorio ($\text{O}\neg p$). Si ahora decimos que el ilícito está compuesto por la conjunción de dos acciones, p y $\neg q$, es decir, que la norma es $\text{Ph}(p \wedge \neg q)$, esto equivale a afirmar una obligación alternativa de “omitir p o realizar q ”: $\text{O}(\neg p \vee q)$.⁹ Reemplazando p por “dañar” y q por “indemnizar”, tenemos que la obligación realmente implícita en el modelo propuesto por Cerutti es no dañar o indemnizar, según el agente considere conveniente. Evidentemente, este tipo de afirmación es más propia de quienes niegan el *alterum non laedere*. Quienes defienden que la responsabilidad extracontractual establece un deber de no dañar no encontrarían plausible su reducción a una obligación alternativa de no dañar o resarcir. La principal razón tal vez sea que un genuino deber de no dañar es correlativo con un derecho a no ser dañado. Pero si el agente cuenta con la facultad discrecional de dañar e indemnizar, ello convertiría al derecho en una pretensión de no ser dañado o ser compensado, que puede ser respetada por el agente tanto no dañando como indemnizando. Y si el agente puede satisfacer su deber hacia la víctima indemnizándola, es falso que ella tenga un verdadero derecho a no ser dañada, puesto que el resarcimiento extingue toda pretensión adicional. No parece que un derecho de esta naturaleza fuera a proteger a la víctima contra el daño injusto de la manera en que los participantes suponen que están protegidos.¹⁰ Si esta fuera la reconstrucción correcta del de-

⁹ Esto es fácilmente demostrable. En lógica deóntica, obligatorio p ($\text{O}p$), prohibido no p ($\text{Ph}\neg p$) y no permitido no p ($\neg\text{P}\neg p$) son equivalentes. Para mostrar la equivalencia entre $\text{Ph}(p \wedge \neg q)$ y $\text{O}(\neg p \vee q)$, podemos formular $\text{O}(\neg p \vee q)$ en términos de permisión: $\neg\text{P}\neg(\neg p \vee q)$. Por ley de De Morgan, la negación de una disyunción equivale a la conjunción de la negación de las proposiciones que la componen. Entonces, $\neg\text{P}\neg(\neg p \vee q)$ equivale a $\neg\text{P}(p \wedge \neg q)$, y esto último ya es fácilmente reconocible como equivalente a $\text{Ph}(p \wedge \neg q)$.

¹⁰ Véase el argumento de Coleman, 2000, p. 924.

ber de no dañar, no sería la víctima quien tiene derecho a no ser dañada, en el sentido de contar con una elección o decisión jurídicamente respetada, sino que el agente tendría derecho a dañar siempre que esté dispuesto a compensar. Una vez dispuesto a indemnizar, su decisión de causar el daño estaría respetada por el derecho puesto que extinguiría toda otra pretensión en su contra.¹¹

En segundo lugar, aun cuando Cerutti pueda reforzar su defensa de la tesis del deber implícito matizando la noción kelseniana de sanción, el resultado es teóricamente implausible. Digamos que el concepto de sanción no se identifica con los actos coactivos, sino con la vulnerabilidad normativa en la que se encuentra el agente como consecuencia de la realización de la acción que se reputa ilícita. Así, la obligación de resarcir sujeta al agente dañador a la voluntad de la víctima, pues una vez acaecido el daño ella tiene la facultad de exigir a los tribunales que ejecuten los bienes del deudor en caso de que este se niegue a indemnizar. Esta vulnerabilidad que el ordenamiento prevé para el agente dañador constituye una sanción en el sentido mencionado. Por tanto, siguiendo nuevamente a Kelsen, la conducta contraria a la cual el sistema jurídico imputa una sanción es ilícita y su omisión un deber. Dicho brevemente, como la acción de dañar está enlazada normativamente con la obligación de reparar, y ella supone una vulnerabilidad del agente ante la víctima del daño, existe un deber de no dañar.

Lamentablemente, esta enmienda soluciona el problema anterior introduciendo uno mucho más grave. Resulta que el derecho nos sujeta a este tipo de vulnerabilidades, y en particular a la voluntad de otras personas, en un sinnúmero de situaciones que no tienen nada que ver con la ilicitud de la acción que estamos realizando. Supongamos que Axileas toma un taxi en el centro de Girona para ir a la estación de tren. Al subir al taxi y darle la dirección de destino a Xenofonte, que es el conductor, el ordenamiento coloca a Axileas en una situación de vulnerabilidad. Axileas debe ahora el precio del viaje y Xenofonte puede exigir a los tribunales que los bienes de Axileas sean ejecutados para cubrir la deuda. No obstante, ningún jurista admitiría que la acción de tomar un

¹¹ Sobre la idea de que los derechos suponen una libertad de elegir que es respetada por el ordenamiento jurídico, véase Hart, 1982, pp. 188-189.

taxi es ilícita porque el ordenamiento enlaza una obligación de pagar el viaje y otorga a Xenofonte un conjunto de prerrogativas al respecto. En todo contrato ocurre esto; y lo mismo sucede con los impuestos. Quien realiza una actividad lucrativa tiene la obligación de pagar impuestos. Esta obligación supone una vulnerabilidad, como la que surge del contrato en el ejemplo recién analizado o la que deriva de la responsabilidad por daños. Pero sería absurdo pensar que *por esa razón* toda actividad lucrativa es ilícita.¹² ¿Cómo distinguir en este esquema las sanciones de otros fenómenos como los precios y los impuestos? Kelsen no ofrece una respuesta, aunque niega expresamente que para ello pueda recurrirse a una interpretación de la realidad social en términos de lo que usualmente se considera valioso o disvalioso (Kelsen, 1960, p. 127).

El problema general del argumento de Cerutti es que suscribe la concepción kelseniana del derecho como orden coactivo y con ello hereda todas sus dificultades. Pero su intuición de que si existe un deber de no dañar en los ordenamientos que solo incluyen cláusulas de compensación ha de tratarse de una norma implícita me parece bien encaminada. Por mi parte, más que sostener que el *alterum non laedere* puede ser derivado a partir del material jurídico vigente diré que este principio puede observarse directamente en el razonamiento práctico de los juristas. El patrón de inferencias que llevan a un juicio de responsabilidad por el daño cometido y a la imposición de un deber de compensar no es completamente explicable sin presuponer un deber de no dañar. Existe, entonces, en tanto podría ser suprimido del discurso y el pensamiento jurídico y ello alteraría la práctica de un modo notable.

2. El argumento de la inteligibilidad de la práctica

La tesis del deber implícito asume que un sistema que ordena reparar los daños causados, pero que niega la existencia de un deber de no dañar sería inconsistente. La base de esta tesis es conceptual: es analí-

¹² Aquí mi argumento se basa en la crítica de Hart a la teoría de Kelsen. Véase Hart, 1983, pp. 299-300.

ticamente imposible que el sistema jurídico impute una sanción a una conducta sin que la conducta contraria constituya un deber. Por mi parte, rechazo que haya algo incoherente en la idea de que una conducta pueda generar responsabilidad sin ser ilícita. El daño causado en estado de necesidad es un ejemplo de ello. Los ordenamientos jurídicos que imponen a los agentes que obran en estado de necesidad el deber de resarcir los daños que causan no convierten de ese modo a la acción justificada en incorrecta (si acaso semejante idea resulta inteligible). Esto nos lleva a pensar que la concepción de la obligación basada en la sanción es profundamente desorientadora, al menos para el derecho civil. Presenta como incoherente algo que para los participantes de la práctica tiene perfecto sentido.

La diferencia con la tesis del deber implícito no radica solo en los casos de estados de necesidad. Según entiendo, no hay ninguna incoherencia en adoptar *con carácter general* una posición escéptica respecto del *alterum non laedere*. Quienes afirman el deber de compensar los daños causados, pero niegan un deber de no dañar, no incurren en ninguna contradicción lógica: simplemente describen la práctica de manera inadecuada. Esa es toda mi objeción. Ello en tanto asumo una concepción distinta del deber jurídico. Esta concepción no toma la coacción como definitoria del deber, sino que enfatiza el rol que cumplen las reglas en la guía de conducta. El modelo que sostengo se alinea claramente con la teoría iusfilosófica de Herbert Hart.

A continuación, expondré brevemente la noción de deber jurídico que utilizaré y luego evaluaré en qué medida la responsabilidad extracontractual incorpora un deber de no dañar.

a) El concepto de deber jurídico

Siguiendo una sana costumbre filosófica, Hart se aproxima al concepto de deber jurídico (u obligación jurídica, pues no encuentra ninguna relevancia teórica en la distinción) analizando primero aquellas concepciones que resultan implausibles. A partir de los aspectos insa-

tisfactorios de otras posturas, el teórico puede apreciar qué dimensiones del fenómeno han quedado sin ser esclarecidas.

Descartemos rápidamente, entonces, dos variantes de la teoría coercitiva. Según una versión de esta teoría, la noción de obligación jurídica puede ser explicada en términos de una orden respaldada por la amenaza de sanción. Si las obligaciones están relacionadas con acciones que dejan de ser *optativas*, entonces, puede entenderse que el destinatario de la amenaza está bajo una obligación. No obstante, observa Hart, hay algo inapropiado en decir que el individuo tiene *una obligación* en estos casos. Parece, en cambio, mucho más preciso afirmar que *se ve obligado* a realizar la acción requerida por quien emite la amenaza. El individuo obra sobre la base de una creencia, a saber, que algo malo le va a ocurrir si no realiza la acción que le exigen, y un deseo de evitar el sufrimiento especificado en la amenaza. Pero estas creencias y deseos, que son hechos puramente psicológicos, no pueden constituir la noción de obligación, al menos en la medida en que pensemos que una verdad obvia acerca de las obligaciones es que nos son aplicables con independencia de que creamos tenerlas. Es decir, las creencias relativas a las consecuencias negativas de realizar ϕ no son condición necesaria, ni suficiente, para que el agente tenga de hecho la obligación de realizar ϕ . Sin duda, uno puede desconocer sus obligaciones, y a menudo ese es el caso con muchas de ellas. Pero también puede ser que el agente conozca perfectamente su obligación y no crea que sufrirá ningún mal en caso de incumplimiento. Esto muestra que el contenido y, por consiguiente, las condiciones de verdad de los enunciados que versan sobre las obligaciones que uno tiene y aquellos que versan sobre lo que uno se vio obligado a hacer no son equivalentes (Hart, 1994, pp. 82-83).

Para liberar a la teoría coercitiva de semejante carga subjetiva, algunos autores como John Austin definieron la obligación a partir de las probabilidades de que el infractor reciba una sanción o sufra un mal por parte de otras personas. Las probabilidades de ser sancionado no dependen de la percepción del agente cuya conducta es obligatoria. De acuerdo con esta concepción, los enunciados sobre las obligaciones que tenemos no describen hechos psicológicos sino que son una pre-

dicción o evaluación de las probabilidades que enfrenta un sujeto de ser castigado.¹³ Por tanto, el enunciado “Axileas tiene el deber jurídico de hacer ϕ ” *significa* que es altamente probable que la autoridad aplique una sanción a Axileas en caso de que omita realizar ϕ . Sin un cálculo de probabilidades, no pueden formularse juicios de deber jurídico. Esto, sin embargo, es un problema serio cuando se trata de reconstruir el concepto de obligación porque tiene perfecto sentido afirmar que Axileas ha incumplido su deber jurídico, pero no hay prácticamente ninguna probabilidad de que sea castigado. Si todo juicio de deber estuviese conformado por un juicio probabilístico, una afirmación como la precedente sería lógicamente incoherente. Al mismo tiempo, no es redundante afirmar que Axileas incumplió su deber jurídico y que existen altas probabilidades de que sea condenado (Hart, 1982, p. 135).

La teoría predictiva confunde la relación que existe entre el incumplimiento o la infracción de un deber y la reacción sancionatoria: no hay una relación *conceptual*, en el sentido de que toda conducta que genera altas probabilidades de recibir sanción es, por ello, ilícita y su contraria obligatoria. Tampoco hay una relación meramente *causal* entre el incumplimiento y las altas probabilidades de recibir una sanción; más bien, la relación es *justificatoria*. La infracción del deber justifica la reacción crítica o la sanción. Desde el punto de vista de los participantes, el hecho de que Axileas incumpla su obligación de realizar ϕ constituye una *razón* para criticar el comportamiento de Axileas (Hart, 1994, p. 84). Al obviar esta relación, la teoría predictiva oscurece la importancia que tienen las reglas en la regulación de la conducta de una comunidad. La existencia de una regla que impone obligaciones define el mundo de lo *correcto* y lo *incorrecto*. Esto no solo se refleja en el modo en que los individuos hablan (distinguiendo entre tener una obligación y verse obligado), sino también en lo que hacen apelando a reglas. Normalmente, las reglas son invocadas para exigir el cumplimiento de una acción, criticar o reprochar la desviación, justificar el propio comportamiento, pedir una explicación, imponer castigos, pero asimismo guían a las personas respecto de cuándo resulta apropiado,

¹³ Véase Hart, 1994, pp. 83-84. En estos términos reconstruye Hart la teoría de Austin, 1832.

por ejemplo, exigir u ofrecer disculpas o rectificación, o cuándo corresponde mostrar desaprobación o indignación (Hart, 1994, p. 90).

Entonces, si es obligatorio ϕ , existe una regla según la cual omitir ϕ es incorrecto y, en virtud de ello, la crítica por la desviación es considerada legítima o justificada, de modo que quienes critican no son a su vez criticados por criticar (Hart, 1994, pp. 57 y 85). El contexto en el cual todas estas actitudes resultan apropiadas es un contexto normativo. Si redujésemos las reglas de obligación a actitudes psicológicas o a relaciones causales o predicciones probabilísticas nos perderíamos una parte importante del fenómeno tal como es comprendido por los participantes de la práctica jurídica.

Lo dicho hasta aquí no es suficiente para distinguir absolutamente las obligaciones de otras reglas como la etiqueta. Por supuesto, en algunas circunstancias, que Axileas asista a la boda de su hija sin haberse afeitado ese día puede generar críticas fundadas en el hecho de que Axileas *debería haberse* afeitado para la ocasión. Pero en estos casos, piensa Hart, describir la situación en términos de obligaciones o deberes es excesivo. En su opinión, las reglas de la etiqueta no imponen obligaciones, conforme con el uso característico del término. Más bien, suele entenderse que una regla impone una obligación cuando la exigencia general para la observancia es constante y la presión contra quienes se desvían o amenazan con desviarse es sustancial (Hart, 1994, p. 86). Por otra parte, difícilmente en una sociedad se considera que una acción es obligatoria si no se cree que su realización es importante para el mantenimiento de la vida en comunidad. Por estas razones, Hart asume que la etiqueta no impone verdaderas obligaciones. Son más bien estándares de adecuación social o de buen gusto, mas no reglas que sean consideradas importantes para la preservación de la sociedad o cuya obediencia sea un problema que requiera la atención urgente de las autoridades públicas (Hart, 1994, p. 87).

Otra característica esencial es que las obligaciones de los individuos pueden entrar en conflicto con sus propios intereses, y a menudo este es el caso. Una verdad evidente es que pese a ser obligatorio para Axileas pagar el impuesto sobre las grandes fortunas, es posible que lo que más beneficia su situación sea no pagarlos (Hart, 1994, p. 87). Lamen-

tablemente para Axileas, la obligación es algo completamente distinto de las razones prudenciales y ello significa que cuando existe una obligación de hacer ϕ , el agente no puede justificar su omisión de ϕ alegando simplemente que ϕ se opone a sus deseos o intereses. Este tipo de consideraciones subjetivas resultan irrelevantes para la justificación de la conducta; en este sentido, puede afirmarse que cuando existe una obligación esta pretende excluir las razones prudenciales del razonamiento que sus destinatarios llevan adelante para determinar qué debe hacerse.¹⁴

Extendiendo este argumento, podemos ahora distinguir también las obligaciones de las meras *cargas*. Estas suelen ser una condición necesaria para la obtención de un beneficio o la satisfacción de un interés. Por tanto, no sería apropiado referirse a ellas en términos de “obligación”, pues solo se trata de un requerimiento de la racionalidad: si desea conseguir X , debe necesariamente hacer Z . Siendo este el caso, Z es una carga, en tanto resulta imprescindible para que el agente logre sus objetivos, pero su omisión no genera ninguna de las actitudes antes mencionadas. La conducta Z sigue siendo optativa. La existencia de una carga supone simplemente que el agente tiene una razón prudencial para llevar adelante la conducta; y como acabo de decir, las obligaciones se definen porque, entre otras cosas, imponen al agente cierto curso de acción con independencia de sus intereses (Himma, 2013, p. 21).

Dado lo anterior, puede sintetizarse el núcleo más duro de la noción de obligación afirmando que si Axileas tiene la obligación de hacer ϕ en las circunstancias C , entonces, es verdad que, en las circunstancias C existe una regla que impone a Axileas la obligación de hacer ϕ , y desde el punto de vista de esa regla: *i*) Axileas tiene una razón para hacer ϕ ; *ii*) sería incorrecto que Axileas no haga ϕ ; *iii*) está justificado exigir a Axileas que haga ϕ o incluso forzarlo a ello; *iv*) la crítica, la desaprobación, el reproche y el castigo, entre muchas otras, pueden ser actitudes

¹⁴ Por ello, insiste Himma, 2013, pp. 28-29, la idea de que las obligaciones son prescripciones excluyentes parece implicar que no pueden existir *obligaciones prudenciales*. Una obligación prudencial sería algo así como una razón prudencial que excluye las razones prudenciales como parte de la justificación del eventual incumplimiento, y ello parece lógicamente incoherente.

apropiadas contra Axileas si no realiza ϕ ; ν) Axileas no puede justificar su omisión de ϕ apelando a razones prudenciales (intereses o deseos).¹⁵

Algunas de estas proposiciones permiten justificar otras que ya hemos formulado o derivar nuevas proposiciones. Por ejemplo, siendo que las obligaciones dependen de la existencia de reglas y no de los estados subjetivos, el agente bien puede ignorar que una obligación le es aplicable. La quinta, por su parte, explica por qué el derecho civil niega la validez de las obligaciones puramente potestativas, cuyo cumplimiento depende exclusivamente de la voluntad del acreedor. Una obligación de este tipo, como suele decirse, tendría de obligación solo el nombre. La tercera, que resulta bastante compleja, explica por qué si Axileas tiene la obligación de entregar una suma de dinero a Xenofonte y no lo hace, Xenofonte puede exigir a Axileas que le entregue el dinero, sin tener que justificar su solicitud. La obligación hace que el reclamo esté justificado.

No obstante, algunos aspectos de este modelo merecen ser analizados un poco más. Sigamos con la tercera proposición. ¿Qué significa que Axileas puede ser *forzado* a hacer ϕ , en caso de incumplimiento? Sin duda, que pueda ser forzado depende del tipo de obligación de que estamos hablando. Tratándose de una obligación jurídica, habrá una característica más que agregar en el modelo. Esta es que las reglas que imponen la obligación satisfacen los criterios de validez practicados por los funcionarios del sistema –lo que Hart denominó “regla de reconocimiento”– (Hart, 1994, p. 94). Pero ello seguramente no basta para afirmar que la coerción estatal está jurídicamente justificada. Para que el cumplimiento pueda ser exigido o forzado adecuadamente, no parece suficiente que la regla que impone la obligación sea jurídicamente válida, sino que la ejecución debe llevarse adelante en el marco de las reglas que regulan la reclamación por incumplimiento (Hart, 1994, p. 160). ¿Implica esto que esta característica es dependiente de que el sistema establezca algún tipo de sanción para la infracción del deber? Es

¹⁵ En términos de Raz, 1990, pp. 49-85, si Axileas tiene el deber de hacer ϕ , entonces, tiene una razón primaria para hacer ϕ y una razón de segundo orden para excluir al menos ciertas razones (no solo las prudenciales) aplicables al agente que puedan recomendar omitir ϕ . En otro trabajo, Raz, 1979, p. 17, llamó *razones protegidas* a las razones para hacer ϕ y para no actuar conforme con otras razones que recomiendan lo contrario.

decir, de no existir un procedimiento normado para forzar a Axileas, ¿sería falso, entonces, que puede exigirse a Axileas que haga ϕ o incluso forzarlo a ello?

Esto nos lleva a analizar un tercer modelo centrado en la coacción, que no es psicologista, ni predictivo, sino basado en la imputación. Para Kelsen, vimos, no hay obligación sin que el ordenamiento impute una sanción en caso de incumplimiento. ¿Es esto así en el modelo hartiano que he presentado? ¿Cómo debemos interpretar la afirmación de que si es obligatorio ϕ , entonces, está justificado exigir que se cumpla ϕ o forzar el cumplimiento? ¿Se establece implícitamente, mediante esta condición, el requisito de que la regla de obligación disponga una sanción o que alguna otra regla del sistema prescriba una sanción, como la privación compulsiva de los bienes, si se trata de una obligación de entregar un objeto o de resarcir los daños causados? Creo que no. Las obligaciones jurídicas no tienen por qué establecer sanciones o procedimientos de ejecución. Lo central de una regla de obligación es que ofrece un estándar de comportamiento general que funciona como una guía de conducta para los ciudadanos. Esta guía es inteligible y capaz de cumplir su función con independencia de que existan sanciones jurídicas. Muchas veces, la presión social es capaz de motivar a los ciudadanos a cumplir con las normas, sin que sea necesaria la intervención coactiva del Estado. Cuando estas técnicas de presión social son insuficientes –en general en comunidades numerosas, con múltiples intereses, diversidad de preferencias, y dificultades para coordinar su conducta espontáneamente– el derecho agrega un factor motivacional, dado por la sanción. Supongamos que una norma ordena realizar ϕ , pero no establece ninguna sanción en caso de incumplimiento. Imaginemos que la presión social es insuficiente y el legislador advierte que para motivar a los ciudadanos debe introducir una sanción en caso de que se omita ϕ . Una vez introducida la sanción, el contenido de las reglas de conducta no ha cambiado en absoluto. Después de la introducción de la sanción, la regla todavía exige a los individuos que hagan ϕ . ¿Qué ha cambiado con la norma sancionadora? En términos de guía de conducta, no ha cambiado nada. En términos de motivación, luego de que la segunda norma es aprobada, los individuos cuentan con una razón prudencial que antes no tenían para hacer ϕ .

Luego de esclarecer el concepto de deber jurídico, veamos de qué manera la responsabilidad extracontractual incluye un deber de no dañar a otros en ciertas circunstancias.

b) El deber de no dañar en la responsabilidad extracontractual

Tal como he sostenido, la cuestión relativa a la existencia de un deber de esta naturaleza es *interpretativa*. Por tanto, podemos reconstruir la práctica tanto incluyendo el *alterum non laedere* como excluyéndolo. Sin embargo, la práctica cobra más sentido si se toma en consideración el deber de no dañar. No hay un único argumento que demuestre de manera concluyente esta tesis, sino que la plausibilidad de mi reconstrucción depende del conjunto de indicios que presentaré a continuación. Tomadas aisladamente, todas mis observaciones pueden ser cuestionadas, pero una vez que se las evalúa comprensivamente, al menos esta es la estrategia, negar la existencia del *alterum non laedere* dejaría demasiadas cosas sin explicación. Veamos cada una por separado.

i) El mundo normativamente ideal

Comenzando por lo más evidente, si existe un deber de no dañar a otros en ciertas circunstancias como la acción negligente o riesgosa,¹⁶ entonces, en esas circunstancias ha de ser incorrecto dañar a otros. Si es incorrecto dañar, entonces, tenemos razones para no dañar. Al hacer aquello que teníamos razones para omitir podemos ser criticados. Asimismo, la producción del daño haría apropiada la indignación de los demás y que se nos exija alguna explicación por nuestra conducta o que hagamos algo al respecto. Finalmente, la causación del daño no puede ser justificada por razones prudenciales (intereses o deseos).

¹⁶ Recuérdese que el deber de no dañar no es absoluto. Se trata de un deber de no dañar con conductas dolosas, negligentes, imprudentes o riesgosas, entre otros casos, según lo que disponga el ordenamiento. Véase el apartado 2. En el futuro, aunque no lo mencione, ha de entenderse que me refiero a un deber circunscrito de esta forma.

La existencia de un deber de no dañar, para ser breves, establecería que el mundo en que el daño no se produce es *normativamente ideal*, a diferencia del mundo en que este sí tiene lugar, que sería un mundo, para decirlo de alguna manera, *normativamente defectuoso*. Pero ¿qué haría que el mundo en que el agente no daña sea, desde el punto de vista del derecho, normativamente ideal y aquel en que daña sea defectuoso? En primer término, podemos señalar que los mecanismos jurídicos se activan con la producción del daño, otorgando a la víctima un conjunto de potestades, entre las cuales se encuentra una pretensión de que el poder coercitivo estatal intervenga para restablecer la situación previa al acaecimiento del accidente. Los estados que desde el punto de vista jurídico son normativamente ideales no confieren estas potestades. En las relaciones extracontractuales, ningún individuo goza de una potestad para exigir en el estado E2 el restablecimiento compulsivo de un estado E1, que es previo, si el paso de E1 a E2 es perfectamente lícito.¹⁷

En segundo término, quien insiste en la inexistencia del deber de no dañar tiene que sostener que el mundo normativamente defectuoso es aquel en el cual el agente daña y no indemniza. Pero ello haría que el mundo en que el daño no ocurre y el mundo en que el daño es compensado sean *normativamente* equivalentes. Ambos son mundos ideales. Esto supone que la negativa de proveer un resarcimiento es la única incorrección que debería generar una crítica justificada, indignación o pedido de disculpas. Esto claramente no es así en nuestro esquema conceptual. El pago de la indemnización, por cierto, evita una segunda incorrección. La primera sería haber dañado, la segunda no compensar. Hay algo de insultante en dañar y no compensar los perjuicios sufridos por la víctima, salvo cuando las partes mantienen un desacuerdo razonable sobre si el daño es resarcible o existen dudas sobre la causalidad, entre otras cosas. Pero, dejando de lado los casos controvertidos, quien daña y no repara las pérdidas causadas obra dos veces de manera incorrecta.

¹⁷ En las relaciones contractuales, la cuestión es diferente. En los distintos sistemas, suelen existir normas de orden público, por ejemplo, sobre resolución de los contratos; o un derecho de desistimiento, en las relaciones de consumo, para los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial, entre otros supuestos.

Considere estas dos situaciones: Axileas entra al restaurante de Xenofonte, se sienta, mira el menú del día y elije una ensalada verde de primero y la lubina de segundo. Come, pide la cuenta, paga y se retira. Todo perfecto. Ahora imagine que Axileas está conduciendo su automóvil, pierde el control del vehículo y se incrusta en la pared del restaurante de Xenofonte. Axileas y Xenofonte convocan a sus abogados, contadores y peritos y acuerdan una indemnización suficiente para reparar la pared. Axileas paga y se retira.

Estas dos situaciones deben ser idénticas desde el punto de vista normativo para quien cree que no existe un deber de no dañar. Si la única incorrección es no pagar los daños que uno causa, Xenofonte en ninguno de los ejemplos tiene motivos de queja. Cuando Axileas comienza a comer no comete ninguna incorrección, pese a que todavía no ha pagado la cuenta. Durante toda la comida su conducta es normativamente inobjetable. La única incorrección podría producirse si se negase a pagar por lo que ha consumido. En cambio, cuando Axileas se incrusta con su automóvil en la pared del restaurante de Xenofonte, entendemos que ya ha realizado algo incorrecto: ha causado un daño a la propiedad de Xenofonte. Si además se negase a reparar el daño cometería una segunda incorrección. Nótese que carece de sentido que Axileas termine su almuerzo, pague la cuenta y se disculpe con Xenofonte por haber comido la ensalada. Por otra parte, tiene perfecto sentido que Axileas pague los daños que causó con su automóvil y *además* se disculpe con Xenofonte por haberle dañado. Parece que el pago de una indemnización no elimina la incorrección de la acción que antecede al deber de compensar. Solo evita una nueva incorrección dada por la negativa de resarcir.

La asimetría entre ambos ejemplos muestra que el daño es algo que, idealmente, *no debió ocurrir*. El pago de la indemnización tiene un significado distinto del pago del precio en el contrato. Axileas tiene una razón para no incrustarse en la pared del restaurante que no depende de sus intereses y deseos; en contraste, las únicas razones que tiene para comer la ensalada sí son dependientes de sus propósitos actuales y sus gustos. En definitiva, la indemnización es una forma de remediar su omisión de obrar según las razones que le eran aplicables. El pago

del precio carece de esta pretensión subsanadora. Más bien, esta acción tiene una orientación prospectiva, ya que el pago del precio evita la comisión de un ilícito (el primero, en su interacción con Xenofonte). Quien niega la existencia de un deber de no dañar no puede dar cuenta de la diferencia conceptual entre ambas situaciones.

ii) El refuerzo del derecho penal

Profundizando un poco más, e íntimamente relacionado con lo anterior, el jurista ha de admitir que sin la existencia de un deber de no dañar el *refuerzo* del derecho penal carece de sentido. Quiero decir, si dañar no está prohibido, sino que el injusto se configura con la omisión de compensar el daño causado, ¿cuál es el propósito de castigar penalmente muchas de las conductas que están abarcadas por la responsabilidad extracontractual? Los delitos de lesiones y de daño, típicamente, parecen contradecir el esquema según el cual causar una pérdida a la víctima es facultativo para el agente dañador, a condición de que pague la compensación correspondiente. Habría algo de incoherente en un sistema que entiende que la indemnización solo impide que dañar se convierta en ilícito y luego, pese a la compensación, castiga la conducta dañosa.

En cambio, asumiendo la existencia de un deber de no dañar, el refuerzo del derecho penal es plenamente coherente. El derecho penal castiga ciertas conductas dañosas para evitar que los individuos traten el derecho a no ser dañado como si fuera un derecho a ser indemnizado. Dado que por razones prácticas la prevención tiene un rol limitado en la responsabilidad extracontractual, los agentes pueden comenzar a considerar ventajoso incumplir sus deberes de no dañar, cuando la actividad dañadora les produce beneficios superiores a los costes de compensar. En estos casos, dañar y resarcir es mucho más tentador que no dañar. El agente maximiza sus beneficios de ese modo. Entonces, para evitar este tipo de conducta maximizadora, el derecho penal interviene amenazando con la imposición de una sanción adicional en caso de que el individuo transgreda su deber de no dañar. El derecho penal altera

las preferencias del agente racional, haciendo que cumplir su deber de no dañar sea menos costoso que cumplir su deber de compensar.

Otra manera de plantear el punto es la siguiente: ¿se parecen las normas del derecho civil a un conjunto de precios por realizar ciertas conductas? Veamos. Sin un deber de no dañar, el agente tiene la facultad de elegir entre *no dañar* o *dañar y compensar*. Al igual que en caso del restaurante, Axileas puede elegir entre no comer el menú o comerlo y pagar el precio. ¿Puede Axileas elegir entre no incrustar su automóvil contra el restaurante de Xenofonte o incrustarlo y resarcir a Xenofonte? Un sistema de responsabilidad extracontractual con estas características sería muy similar a un *sistema de precios*.¹⁸

El problema de esta posición es que nuestras prácticas actuales de reparación de daños no están organizadas del mismo modo que nuestros mercados. El derecho de daños se articula sobre la base de un razonamiento práctico compuesto por una serie de conceptos normativos como la obligación, la responsabilidad, la precaución, la culpa, el riesgo permitido, la justificación y las excusas, entre muchos otros. A la vez, las reglas que dan contenido a la práctica sirven como parámetro de evaluación de la conducta y hacen que ciertas reacciones críticas sean apropiadas. La infracción de una norma genera crítica, reproche, e incluso rencor o resentimiento. Pero ninguno de estos conceptos, ni las actitudes mencionadas, tienen lugar en el razonamiento o la regulación mediante precios. Como señala Coleman, quien incumple una norma debe una explicación y, en algunos casos, compensación o reparación. Todas estas características de los sistemas jurídicos no pueden ser acomodadas en los sistemas de precios. En primer lugar, la decisión de pagar o no un precio es inmune a la crítica interpersonal, por lo que en este ámbito nadie debe a otro una explicación por lo que ha hecho. En segundo lugar, la falta de motivación adecuada frente a los precios (conforme con la ley de relación inversa entre precio y cantidad) no justifican la crítica, ni la indignación o el rencor (Coleman, 2011, pp. 121-122).

¹⁸ Sobre la idea de que el derecho funciona como un sistema de precios implícitos, véase Ogus, 2006, pp. 102-103.

Podría replicarse que este argumento solo muestra que tal vez exista un deber de no dañar dolosamente, pero esto no es así. El derecho penal castiga también las conductas culposas. La idea es que aunque los individuos no deciden causar un daño culposo como deciden pagar un precio, porque si lo hicieran su daño ya sería doloso, sí es posible que se acostumbren a pagar indemnizaciones por daños culposos cuando las medidas preventivas les resultan inconvenientes o costosas. El mensaje del derecho penal es que han de ser diligentes en cualquier caso; es decir, que han de adoptar las medidas razonables para evitar daños a otros, porque la indemnización no eliminará el carácter injusto del daño causado ubicándolo en el mundo normativamente ideal. Por el contrario, como dije, la indemnización evitará una segunda incorrección. Este razonamiento parece estar implícito también en algunas legislaciones, como la española, en las cuales la reparación del daño sirve de atenuante en la responsabilidad penal (véase el artículo 21 del Código Penal español). La peor injusticia es el daño no compensado, pero la reparación solo atenúa la pena en lugar de excluirla (salvo en el caso de daños menores), en tanto aun corresponde el castigo por haber dañado.

Aun así, este argumento no alcanza a los casos regulados por responsabilidad objetiva. Tratándose de actividades lícitas, el deber de reparar los daños causados sin culpa no está reforzado por el derecho penal. Aquí son pertinentes dos consideraciones. La primera es que, como anticipé, mis argumentos deben ser evaluados comprensivamente. El argumento del refuerzo del derecho penal no pretende ser concluyente, sino señalar que sin asumir un deber de no dañar muchos aspectos quedan sin explicación. En segundo lugar, el derecho penal no puede alcanzar estos supuestos sin violar *el principio de culpabilidad*. Por razones de política jurídica, la respuesta penal se concentra sobre las infracciones más serias, aquellas dolosas o culposas; y en este sentido, la ausencia de derecho penal en la responsabilidad objetiva no indica que en ese ámbito de la responsabilidad no rija el *alterum non laedere*. Este hecho solo muestra que hay deberes cuyo incumplimiento es más grave que otros. La infracción del deber de no dañar es mucho más grave cuando el daño es doloso que cuando es negligente o imprudente. A su vez, es más grave dañar con culpa que dañar con acciones

lícitas riesgosas. Implementar en la práctica la distinción entre corrección e incorrección parece depender del establecimiento de un umbral que divida ambas categorías. La vida en sociedad supone tolerar determinadas molestias de parte de otros. Hay un punto, sin embargo, en el cual el legislador decide que ciertas molestias pasan a ser injustificadas y, así, da intervención al derecho de daños, el derecho penal y la regulación administrativa, entre otras ramas del derecho. En este sentido, la distinción entre lo correcto y lo incorrecto es categorial, no de grados, aunque trazar el punto exacto en una sociedad cualquiera sea difícil por problemas de vaguedad. Pero dentro de la categoría de las acciones incorrectas, sin duda pueden establecerse graduaciones: desde el punto de vista del derecho, algunas obligaciones son más importantes que otras (MacCormick, 2008, pp. 83-84).

iii) La prevención en el derecho de daños

En tercer lugar, ha de tomarse en serio la importancia del aspecto preventivo de la responsabilidad extracontractual y sus nuevas tendencias. Estas características de los ordenamientos vigentes reafirman, en mi opinión, que el mundo normativamente ideal es aquel en el cual los daños son evitados y no aquel en el cual son compensados. En el marco de la responsabilidad extracontractual cada vez toma más fuerza la idea de que los tribunales pueden actuar para neutralizar ciertos riesgos que amenazan con concretarse en severos daños. Así, las acciones tendientes a evitar la publicación de fotografías lesivas, la denuncia de daño temido, la eliminación de las molestias que superan la normal tolerancia entre vecinos o la prohibición de continuar con las emisiones de publicidades *prima facie* denigratorias de la competencia son todos ejemplos en los cuales los tribunales dictan resoluciones con *anterioridad* a la producción del daño.

Esta clase de medidas, que en su conjunto conforman la llamada tutela civil inhibitoria, no son difíciles de encontrar en el derecho comparado.¹⁹ Los distintos sistemas jurídicos admiten una serie de supuestos

¹⁹ Véase Llamas Pombo, 2008, pp. 464-469.

típicos, como en España la protección del derecho al honor o la propia imagen, pero existe una doctrina que aboga por la incorporación de la tutela inhibitoria atípica, es decir, para supuestos genéricos no específicamente regulados. La tutela inhibitoria atípica no admite una caracterización sistemática, por lo que la apreciación de su procedencia no puede más que quedar librada a la discreción judicial. Estas decisiones implican un juicio sobre la compatibilidad de dos valores que las sociedades modernas intentan equilibrar: la libertad de acción y la seguridad personal. Así, la libertad de acción resulta menos socavada y, por tanto, la medida puede ser concedida con mayor facilidad en protección de las potenciales víctimas, cuando el daño injusto es inminente o cuando la naturaleza del daño en cuestión hace que el perjuicio de la víctima sea de difícil o imposible reparación. En cualquier caso, los jueces pueden proteger a las víctimas con mandatos de innovar o de no innovar que tengan un carácter definitivo o solo cautelar (Lorenzetti, 1995, pp. 1223-1224).

Es verdad que la forma en que se ha desarrollado la práctica cautelar, negando a veces las medidas sobre la base de la solvencia del demandado para reparar cualquier daño que pudiera ocasionar,²⁰ puede llevarnos a pensar que en realidad los jueces intentan anticiparse no a la producción del daño, sino al posible incumplimiento de la obligación resarcitoria que nacería luego de que el perjuicio tenga lugar. Es decir, si ante la solicitud de una medida, los jueces se limitan a constatar que el demandado cuenta con fondos suficientes para asumir la eventual compensación, ello parece indicar que interpretan la pretensión de la víctima en un sentido puramente resarcitorio y no preventivo. Bien entendido, concluye la objeción, el interés que la víctima puede proteger solicitando las medidas es su eventual crédito indemnizatorio.

En contra de esta interpretación, creo que esta práctica cautelar no importa la negación del deber de no dañar. Como dije, encontrar el justo equilibrio entre la libertad de acción y la seguridad personal no es

²⁰ La jurisprudencia argentina ha sido clara al afirmar que “habida cuenta la solvencia de la demandada –puesta de manifiesto por la actora [...]– los efectos negativos susceptibles de proyectarse podrían, eventualmente, quedar adecuadamente resarcidos en el caso de acumular una acción de reparación de daño” (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 3ª, 27/09/2000, “Clorox Argentina S.A.”).

tarea fácil. Los tribunales no pretenden proteger de manera absoluta o incondicionada a las potenciales víctimas, ya que la extinción de todo riesgo supondría también la extinción de nuestra libertad. Este tipo de valoraciones judiciales, más bien, iluminan algo que he señalado más arriba: el *alterum non laedere* puede afirmarse en relación con ciertas circunstancias concretas, como la actuación con culpa o la realización de actividades riesgosas bien definidas. Dado que estas medidas inhibitorias se toman antes de que el agente infrinja su deber de no dañar, en algunos casos es difícil justificar su concesión sin vulnerar la libertad de acción. Los casos fáciles son aquellos en los que hay certeza de que la conducta realizada es *per se* ilícita, dado que si el agente pone en peligro a la potencial víctima violando su deber de diligencia, esta circunstancia ya ofrece bases independientes de la inminencia del daño para suprimir la conducta. Pero en ocasiones el tribunal puede tener dudas de si se ha violado el estándar de diligencia. En la instancia cautelar, es importante remarcar, los jueces están limitados normalmente a verificar la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora; por tanto, están sujetos a que haya razones disponibles para creer que es probable que el agente haya sido negligente *antes* de contar con pruebas suficientes de ello. Pensemos, por ejemplo, en los casos de publicidades comparativas presuntamente desleales. Podría resultar precipitado afirmar tajantemente la ilicitud de la emisión, en cuyo caso la situación debe ponderarse atendiendo, entre otras cosas, a la gravedad o irreparabilidad del daño, si este tiene lugar (Papayannis, 2010). Existiendo un margen de error en estas apreciaciones más centradas en las apariencias que en los hechos probados, las normas procesales suelen exigir una contracautela por parte del actor. Este juego de pesos y contrapesos expone el dilema que intenta abordar el derecho: cómo proteger eficazmente a la víctima antes de que ocurra el daño, sin incurrir en una tasa de error judicial que coarte de manera injustificada la libertad de acción de los potenciales agentes dañadores. En esta estructura argumentativa, la denegación de una medida inhibitoria sigue siendo compatible con la existencia de un deber de no dañar; la admisión de la tutela, en cambio, es ininteligible si uno no lo asume. Si solo existe un deber de compensar los daños causados, ¿qué sentido tiene impedir ciertas actividades antes de que el perjuicio se produzca?

Tampoco serían inteligibles las nuevas tendencias doctrinarias y propuestas normativas, sin asumir la existencia de un deber de no dañar. Pensemos, por ejemplo, en los gastos preventivos. Los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil establecen que “[l]os gastos realizados para evitar un daño que amenaza producirse constituyen un daño resarcible en la medida en que hayan sido razonables” (artículo 2:104). La justificación de esta figura en el marco de la responsabilidad civil es compleja, pues admite varias reconstrucciones teóricas posibles.²¹ Pero una cuestión es clara: los gastos preventivos facultan a la potencial víctima a tomar, a cuenta del agente dañador, medidas razonables a fin de evitar sufrir un daño. Evidentemente, se trata de medidas que la víctima no tiene la obligación de adoptar, porque de lo contrario su omisión la haría negligente. Si la víctima no tiene la obligación de tomar esas medidas, entonces, tiene permitido tomarlas y no tomarlas. Su decisión discrecional muestra que no es el agente quien puede optar entre *no dañar o dañar y compensar*, sino que la víctima puede hacer prevalecer su elección de no ser dañada y el derecho respeta esa decisión otorgándole una acción para repetir los gastos razonables en que haya incurrido. Si parte de lo que significa tener un derecho, dijimos más arriba siguiendo a Hart, es contar con una elección jurídicamente respetada, puede afirmarse que la víctima tiene un derecho a no ser dañada correlativo con un deber del agente de no dañar.

iv) Las razones subyacentes del deber de diligencia

El último argumento que deseo ofrecer es más complejo y consiste en señalar que las razones subyacentes de un sistema que incluye deberes de diligencia, pero niega un deber de no dañar con conductas negligentes son incoherentes. ¿Cómo debemos interpretar el deber de diligencia en términos de sus razones subyacentes? Conviene aquí explicar un poco más algo que mencioné al pasar en el desarrollo del concepto de obligación. Según Raz, que Axileas tenga el deber

²¹ Véase el análisis de Martín-Casals, 2011, pp. 23-24. El Proyecto de Código Civil y Comercial argentino de 2012 también incluye los gastos preventivos en su art. 1710, inciso b, y somete su tratamiento a las reglas del enriquecimiento sin causa.

de hacer ϕ significa que: *i)* Axileas tiene una razón de primer orden para hacer ϕ , que no depende de sus propios deseos, intereses u objetivos; *ii)* Axileas tiene una razón de segundo orden para no actuar sobre la base de *algunas* otras razones, al menos, que recomiendan omitir ϕ . En palabras de Raz, el deber de hacer ϕ implica que existe una razón *protegida* para hacer ϕ . Imaginemos que Axileas es el vigilante de un depósito de mercancías y que Xenofonte, su jefe, le ordenó no dejar entrar a nadie después de las 8 de la noche. Este hecho hace que Axileas tenga una razón de primer orden para no dejar entrar a nadie y una razón de segundo orden para no actuar sobre la base de, por lo menos, alguna otra razón opuesta. Supongamos que Telémaco es el repartidor de una de las empresas proveedoras y se ha demorado en su entrega más allá de las 8. Le dice a Axileas que si no logra hacer la entrega sufrirá como sanción un descuento en su salario. Si Axileas ha de obedecer la orden de Xenofonte, esta razón (evitar que Telémaco sufra la sanción) tiene que ser automáticamente descartada. Sus obligaciones como vigilante justamente excluyen de su razonamiento este tipo de consideraciones.²² No obstante, si la policía golpease la puerta del depósito con un orden de allanamiento, las cosas serían distintas, pues estas razones no están excluidas. Las razones que Axileas tiene para no dejar entrar a nadie después de las 8 no están protegidas de manera absoluta, pero sí contra un buen rango de razones opuestas.

Analicemos ahora el deber de diligencia. Para cumplir con este deber, el agente tiene que ajustar su conducta al estándar establecido por la comunidad. Su deber de diligencia ha de entenderse como una razón de primer orden para tomar precauciones, más allá de sus intereses o propósitos, y una razón de segundo orden para no actuar sobre la base de, al menos, alguna otra razón que se opone a que él adopte esas medidas. Es decir, si tiene un deber de diligencia tiene una razón protegida para tomar las precauciones correspondientes. Asimismo, el deber de diligencia exige tomar ciertas medidas para evitar daños a otros. Ordena al agente que intente no dañar, es decir, insta al agente a obrar con miras a que el daño no se produzca. A su vez, obrar con miras a que el

²² Por supuesto, no hay hechos que por su naturaleza estén incluidos o excluidos de la consideración del agente. En este sentido, asumo que el ejemplo es intuitivo para ilustrar mi argumento.

daño no se produzca significa actuar *por la razón* de que la propia acción *contribuye* a que el daño no tenga lugar. Adviértase que la contribución de una acción a la evitación del daño solo es una razón para la acción si existen razones independientes para no dañar. Del mismo modo, no podemos hacer inteligible que Axileas tenga una razón para tomar el tren en dirección a Girona si no asumimos que tiene una razón para ir a Girona; las razones para intentar algo únicamente tienen sentido a la luz de las razones para tener éxito en ello (Gardner, 2001, pp. 134 y ss.).

Evidentemente, la satisfacción del estándar de diligencia no garantiza que el agente logre no dañar. El perjuicio de la víctima puede producirse aunque el agente sea absolutamente diligente. No obstante, el deber de diligencia orienta la conducta hacia los cursos de acción que contribuyen a la evitación de daños a terceros. A veces, el derecho brinda una guía explícita enunciando medidas concretas que contribuyen a la evitación de daños, como construir una escalera de incendios, lavarse las manos antes de manipular alimentos, arrojar sal sobre la acerca en las zonas de fuertes nevadas, etc. Otras veces, el derecho no brinda una guía específica sino que ordena genéricamente obrar como lo haría una persona razonable (el buen hombre de negocios, el buen padre de familia, etc.), en las circunstancias de tiempo, persona y lugar, con miras a respetar los intereses ajenos. Esta directiva genérica requiere que el agente obre según un juicio razonado teniendo en cuenta diversas cuestiones. Básicamente, debe ponderar las circunstancias en que actúa, los intereses que pone en peligro, las probabilidades de que sus acciones causen daños a otros, es decir, la gravedad del riesgo que impone, y las medidas que tiene a su disposición para evitar el daño o reducir significativamente las probabilidades de que tenga lugar, entre otras cosas. Es importante señalar que, aunque la culpa no se configura por la mera previsibilidad del daño, esta resulta ser un elemento necesario (Barros Bourie, 2010, pp. 84-92). Que el daño sea previsible es una razón para tomar medidas que reduzcan o eliminen su probabilidad de ocurrencia.

Con esto en mente, imaginemos que Axileas regresa del supermercado con su compra y la bolsa que contiene el aceite de oliva se des-

fonda. Como consecuencia de ello, su acera queda impregnada de un litro de aceite extravirgen. El hecho de que sea previsible que alguien pueda resbalar y lesionarse seriamente la espalda es una razón para que Axileas lave la acera y arroje arena encima de los restos de aceite que no haya podido eliminar. Si Axileas dejase reposar el aceite sobre la acera y Xenofonte resbalase, diríamos que Axileas obró con culpa y que, ausentes otros factores que pudieran ser relevantes, debe reparar el daño. Por otra parte, Axileas podría haber sido diligente en extremo y Xenofonte resbalar de todas maneras. En este caso, las normas de diligencia no habrían sido infringidas, pese a la producción del daño.

Conforme al deber de diligencia, el hecho de que limpiar la acera y arrojar arena contribuye a que Xenofonte no sufra un daño por culpa de Axileas es una razón para que Axileas limpie la acera y arroje arena.²³ Además, esta razón está protegida contra muchas de las razones que podrían recomendar que Axileas deje el aceite sobre la acera. Así, el hecho de que esté por comenzar el partido entre el Panathinaikos y el Olympiakos es una razón (para que Axileas omita limpiar y cubrir la acera con arena) *excluida* por su deber de diligencia. En eso consiste su deber de tomar precauciones. Pero, si el análisis anterior es correcto, solo puede existir una razón para adoptar medidas con miras a que el daño no se produzca por su culpa si tiene razones independientes para no dañar con culpa. Si solo podemos dar sentido a las *razones para intentar* a la luz de las *razones para tener éxito*, no podemos comprender las razones para intentar no dañar con culpa sin asumir razones para no dañar con culpa. La gran pregunta es si para dar sentido a una razón protegida para intentar una acción como no dañar con culpa debemos asumir una razón también protegida para no dañar con culpa. Solo si este fuera el caso podríamos afirmar que las normas sobre la diligencia debida presuponen un deber de no dañar con conductas negligentes,

²³ Tal como entiendo el deber de diligencia, el hecho de que limpiar la acera contribuye a que Xenofonte no sufra un daño *por culpa* de Axileas es, para Axileas, una razón protegida para limpiar la acera. Por supuesto, el hecho de que Axileas pueda evitar daños a Xenofonte siempre es una razón para la acción, pero no necesariamente protegida. El derecho solo nos impone el deber de evitar ciertos daños y no todos los que podemos evitar.

imprudentes o dolosas. Pero sería falaz derivar la existencia de un deber de no dañar con culpa a partir de un deber de diligencia.²⁴

Pese a todo, el análisis anterior muestra algo interesante. Supongamos que afirmamos la *inexistencia* de un deber de no dañar con culpa. Entonces, algunas de las siguientes proposiciones ha de ser falsa: 1) no hay razones para no dañar con culpa; 2) no hay razones para excluir otras razones que recomiendan dañar con culpa. Es decir, para que no exista el deber ha de estar ausente la razón primaria o la protección de la razón primaria. Sabemos, por lo dicho anteriormente, que el deber de diligencia descarta que no existan razones para no dañar con culpa. Por tanto, quienes afirman la inexistencia del deber de no dañar con culpa han de pensar que las razones para no dañar con culpa no están protegidas a la manera típica de un deber. Siendo así, las razones para no dañar con culpa que puedan existir entran en el balance de razones del agente y compiten con todas las demás razones para la acción que resultan aplicables y que recomiendan lo contrario. El hecho de que no dañar con culpa impide ciertos objetivos importantes para el agente podría contar como una razón para dañar con culpa, entre otras. El derecho no impone al individuo obrar por unas razones en concreto. De esta manera, si luego de ponderar todas las razones que resultan aplicables, la razón que recomienda dañar con culpa no es derrotada, el agente tiene, *habida cuenta de todo*, una razón para dañar y el derecho le permite hacerlo.

Lo extraño de esta situación es que, pese a que el agente tiene razones para dañar con culpa, las normas de diligencia le imponen el deber de *intentar* no dañar con culpa; y, recordemos, las razones para intentar no dañar con culpa presuponen una razón para no dañar con culpa a la luz de la cual la primera razón es inteligible. Ello indica que al menos una de las razones para no dañar con culpa, que fue superada en el balance por otras razones aplicables al agente, retoma su fuerza por medio del estándar de diligencia, por decirlo de alguna manera, y excluye algunas de las razones que el agente tenía para dañar con culpa. Incluso quien rechaza la existencia de un deber de no dañar con culpa, ha de

²⁴ Gardner, 2001, pp. 137-141, apunta una serie de asimetrías entre las obligaciones de medios y las de resultado que impiden derivar unas de otras.

aceptar que el deber de diligencia guía el comportamiento de los individuos privilegiando siempre las razones para no dañar con culpa por sobre las de autointerés. Esto muestra que el deber de diligencia guarda una coherencia mayor con la existencia de un deber de no dañar con conductas culpables que con su inexistencia.

Los cuatro argumentos que he ofrecido a favor de la vigencia del *alterum non laedere*, he admitido de inicio, no son individualmente concluyentes, pero en conjunto ofrecen una imagen de la responsabilidad extracontractual más coherente con el razonamiento práctico de los juristas, jueces y abogados, y más consistente con ciertas características prominentes de nuestros sistemas de reparación de daños. Pasemos ahora a analizar algunas dificultades teóricas que enfrenta esta tesis y sus implicaciones sobre la dogmática de la responsabilidad civil.

IV. Justificación, licitud y obligación de compensar

La caracterización ofrecida hasta aquí, no obstante, ha de superar algunas dificultades dogmáticas. Si la obligación de reparar siempre deriva de la vulneración de un derecho primario de la víctima correlativa con la infracción de un deber de no dañar del agente dañador, entonces, la responsabilidad extracontractual siempre se funda en la antijuridicidad de la conducta. Pero la doctrina moderna entiende que existen acciones perfectamente lícitas, como las riesgosas o los daños justificados por estado de necesidad, que de todas formas generan responsabilidad. Es cierto que el perjuicio causado en estado de necesidad no es compensable en todos los ordenamientos jurídicos; ¿significa esto que en aquellos ordenamientos en que sí es compensable la estructura normativa de la responsabilidad es *distinta* de aquellos en que no lo es? En estos casos, el sistema jurídico autoriza la causación de daños, lo que hace imposible decir que la víctima tiene una pretensión válida de que ese daño no le sea infligido. Por ello, la obligación de compensar este tipo de daños no puede basarse en la vulneración de derechos (o la infracción de deberes) primarios. Alternativamente, podría sostenerse que el deber de reparar los daños justificados no deriva de la responsabilidad extracontractual.

Me gustaría, en primer lugar, despejar las dudas respecto de la responsabilidad objetiva. Quien es condenado al pago de una indemnización en un caso de responsabilidad objetiva no es responsable por una actividad lícita. La acción por la cual se lo condena no es la generadora de riesgos, sino la acción de *dañar* realizando una acción generadora de riesgos. Pensemos en los daños producidos en los accidentes de circulación. Conducir un automóvil no está sujeto a responsabilidad. La acción es perfectamente lícita: no puede ser impedida por la fuerza pública, salvo que se viole algún estándar de cuidado, tampoco debe el agente que la realiza explicarse de ninguna forma ante nadie, no genera actitudes críticas, ni indignación por parte de terceros; por consiguiente, no está presente ningún elemento que pudiera sugerirnos que el individuo está realizando una conducta ilícita. En cambio, la acción de atropellar, cuya descripción ya incorpora un resultado dañoso que la conducta de conducir no incorpora, sí es ilícita. El agente que atropella infringe su deber de no dañar a otros conduciendo su automóvil y, en este sentido, su conducta es antijurídica (Pizarro, 2007, p. 86).

Creo que este argumento es correcto y muestra por qué la responsabilidad objetiva es compatible con que la antijuridicidad sea un presupuesto del deber de resarcir.²⁵ Sin embargo, el argumento no es aplicable a las acciones justificadas. Como dije, no existe un deber de no causar el daño producido por una acción justificada; más bien, el derecho autoriza expresamente a causar estos daños. Por tanto, ¿cómo puede el daño justificado infringir el deber de no dañar o vulnerar el derecho a no ser dañado?

Veamos cómo funciona la justificación de nuestras acciones. Supongamos que Axileas promete a Xenofonte ir a almorzar con él mañana. La promesa aceptada por Xenofonte ha generado –no nos importa aho-

²⁵ Algunos autores, al no advertir que *dañar* constituye una acción distinta de aquella que realizaba el agente cuando se produjo el daño, han intentado preservar la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad objetiva señalando que el concepto de lo ilícito o antijurídico es impreciso, ya que actualmente incluye “conductas ajustadas a la ley que ponen en riesgo o peligro bienes o intereses jurídicos ajenos” (Santos Briz, 1989, p. 34). Pero estas tesis, más que aclarar la cuestión, nos obligan a aceptar, por una parte, que no toda acción antijurídica es ilícita, y por la otra, que el ilícito se configura con la imposición del riesgo. Como vimos, no hay necesidad de adherir a posturas tan alejadas de nuestras categorías usuales para dar cuenta de la antijuridicidad en la responsabilidad objetiva.

ra cómo— para Axileas un deber de presentarse al almuerzo en el lugar y la hora convenidos. Axileas tiene una razón de primer orden para ir al restaurante que a la vez cuenta como una razón de segundo orden para excluir otras razones que recomiendan no ir. Así, Axileas podría no tener ganas de almorzar con el pesado de Xenofonte, pero esta razón para no ir (el hecho de que ya no le apetece) está excluida de su razonamiento por la promesa. En este sentido, su promesa derrota de antemano muchas razones que Axileas podría tener para no ir al restaurante, pero no todas. Si antes del almuerzo, Axileas escucha a un compañero de trabajo comentar que la noche anterior han hospitalizado a Xenofonte y que todavía sigue internado, este hecho es una razón que cancela su razón para ir al restaurante. Haber prometido ya no es una razón para ir al almuerzo si la otra parte no va asistir. Las razones cancelatorias no son necesariamente razones para realizar una acción. El hecho de que Xenofonte ha sido hospitalizado cancela las razones de Axileas para ir al restaurante, pero no constituye necesariamente una razón para ir a visitarlo al hospital (Raz, 1990, p. 27).

Las causales de justificación contempladas en el derecho funcionan de un modo similar. No cancelan las razones primarias implicadas por los deberes jurídicos, sino la protección de que gozan. Si Axileas tiene el deber de conducir a menos de 80 km/h, entonces, tiene una razón para conducir a menos de esa velocidad que no depende de sus propios intereses o propósitos y, además, tiene una razón para excluir otras razones que recomiendan superar esa velocidad. Las causales de justificación cancelan las razones excluyentes. Una vez canceladas, todavía subsisten las razones de primer orden, es decir, las razones para no superar el límite de velocidad, pero al no tener más protección, compiten con otras razones que recomiendan lo contrario. El agente racional debe obrar por razones no derrotadas. Si las razones para no superar el límite son más fuertes que las razones opuestas, entonces, el agente debe, como cuestión de racionalidad, respetar el límite, porque esas razones no han sido derrotadas. En caso contrario, debe superarlo (Gardner, 2007, pp. 103-107).

Cuando el agente obra en estado de necesidad, el derecho le permite ponderar los distintos intereses en juego y decidir su acción con base

en el resultado de esa ponderación. Si Axileas se encuentra en un estado de necesidad, las razones que tiene para no romper la puerta de Xenofonte dejan de estar protegidas, pues la protección ha sido cancelada. En este sentido, no cuentan como una razón para excluir otras razones que recomiendan lo contrario. El estado de necesidad es una permisión cancelatoria y, por ello, es racional que Axileas pondere sus razones para no romper la puerta de Xenofonte y sus razones para romperla. Si romper la puerta es una condición necesaria de salvar la vida de Telémaco, Axileas está facultado a romperla. Afirmar que el bien jurídico con mayor valor prevalece solo significa que las razones para romper la puerta han derrotado a sus razones para no romperla. A esto subyace un juicio según el cual el derecho de propiedad de Xenofonte tiene menos importancia que el derecho a la vida de Telémeco.

Las razones para no dañar, sin embargo, no desaparecen por el hecho de ser superadas. Es decir, una vez que el estado de necesidad habilita el balance de razones, cuando las razones para no dañar a otro resultan derrotadas por las razones para dañarlo, las primeras no se extinguen sino que siguen exigiendo conformidad. De manera que si el deber que el agente tenía de no dañar con culpa es correlativo con un derecho de la víctima a no ser dañada con este tipo de acciones, entonces, la víctima sigue teniendo una pretensión válida de no ser dañada con culpa, pese a que la acción esté justificada. Su pretensión ha sido superada por un interés privilegiado, pero no ha sido cancelada por el derecho. La pretensión de la víctima todavía conserva su fuerza y esto muestra que los derechos pueden ser vulnerados también con acciones justificadas.

Si esta reconstrucción es adecuada, la teoría debería distinguir las acciones lícitas y las meramente justificadas. En las acciones justificadas el agente ha infringido un deber. Precisamente esa infracción es la que requiere una justificación. En las acciones lícitas, no existe ninguna incorrección que justificar, y por ello no es apropiado exigir explicaciones a un individuo que ha realizado una acción lícita. Pero las acciones justificadas son distintas, pues siempre colocan al agente en un dilema: si obra según sus razones para no dañar, entonces, deja que un interés más importante resulte afectado; en cambio, si opta por el in-

terés superior, entonces, incumple sus razones para no dañar. Haga lo que haga, siempre quedan razones de peso sin satisfacer.²⁶

Una consecuencia dogmática interesante de este planteamiento es que la culpa y la antijuridicidad no son equivalentes. De ahí que una acción culpable puede estar justificada. Algunos autores han sostenido que en la responsabilidad extracontractual toda acción culpable es antijurídica y toda acción antijurídica es culpable (Barros Bourie, 2010, pp. 78 y ss.). Es fácil ver el atractivo de esta postura. Por un lado, la cuestión puede plantearse de la siguiente manera: si un individuo incumple con una norma específica que ordena tomar ciertas precauciones, como contar con una salida de emergencias de determinadas dimensiones, sin duda su acción antijurídica será culpable. Asimismo, si un individuo infringe su deber genérico de diligencia, en tanto no ajusta su comportamiento a lo que hubiese hecho un buen hombre de negocios, o un buen padre de familia, en las circunstancias de persona, tiempo y lugar, su acción es antijurídica porque viola un deber jurídico: obrar con diligencia.

Por otra parte, también puede sostenerse que la culpa y la antijuridicidad son mutuamente reducibles sin distinguir entre la culpa específica o genérica. En realidad, el deber de diligencia siempre es genérico, aun cuando el derecho en ocasiones nos ofrezca guías concretas. Ello es así porque las guías no son absolutas. Un individuo puede observar el límite de velocidad establecido por una norma, pero obrar de todas maneras con culpa. Supongamos que el límite es 80 km/h, pero está lloviendo demasiado o siente una fuerte vibración en el volante. Si no reacciona ante la lluvia o al posible desperfecto mecánico, pese a que no hay norma que le indique que debe reducir la velocidad cuando siente una vibración en el volante, su acción puede ser considerada culpable. El hombre razonable siempre actúa conforme a las circunstancias de persona, tiempo y lugar, incluyendo en ello el contexto normativo en que actúa. Las normas específicas son un elemento más para

²⁶ Tradicionalmente se entiende que las causales de justificación convierten lo *ilícito* en *lícito*. Véase, por todos, López Herrera, 2006, pp. 107-108 (citando importante doctrina). Si tengo razón, el binomio clasificatorio “correcto/incorrecto” de la doctrina tradicional es inadecuado para reflejar la relevancia de la justificación en la responsabilidad extracontractual; por tanto, debe ser reemplazado por el trinomio “correcto/justificado/incorrecto”.

determinar cómo se comporta el hombre razonable, pero no agotan los criterios de evaluación.

Ahora bien, la concurrencia de una causal de justificación parece ser parte del contexto en que actúa el individuo. Axileas decide romper la puerta de Xenofonte en un contexto en el cual la vida de Telémaco está en serio peligro y romper la puerta es condición necesaria para salvarlo. En esas circunstancias, concluye el argumento, el hombre razonable rompería la puerta de Xenofonte, por tanto, romper la puerta no puede contar como una violación del deber de diligencia. Si no hay violación del deber de diligencia, por definición, la conducta no puede ser culpable. Romper la puerta en ese caso no es ilícito, pues el hombre razonable ha ponderado lo que su deber de diligencia le exigía: el valor de su acción en términos de los bienes jurídicos que están en juego, en las circunstancias en que actúa.²⁷ Solo sería ilícita la conducta culpable. Ello muestra que el estado de necesidad elimina la antijuridicidad y, como antijuridicidad y culpa se identifican mutuamente, también elimina la culpa.²⁸

Contra las apariencias, creo que esta reconstrucción es implausible. En primer lugar, si el juicio de diligencia ya incorpora todos los elementos de las causales de justificación, ¿cuál es la *infracción* que el estado de necesidad está justificando? Nunca existió una infracción al deber de diligencia si Axileas obró como un hombre razonable, por tanto, no hay nada que justificar. ¿Por qué romper la puerta de Xenofonte en esas circunstancias requeriría de alguna *justificación*? Más que justificada, la acción se presenta como perfectamente lícita. ¿Por qué conservar el lenguaje de las causales de justificación?

En segundo lugar, el deber de diligencia no es simplemente un deber de obrar conforme con las razones no derrotadas, con las que tengan mayor peso relativo en el caso concreto. Un deber como éste es

²⁷ Específicamente, dice Barros Bourie, 2010, pp. 112-113, que para definir “el cuidado debido es relevante el valor de la actividad que genera el riesgo de daño [...]. El objeto de la valoración está constituido, por una parte, por *los intereses jurídicos que se ven afectados por la acción que causa el daño*, y por la otra, por el valor moral o la utilidad que tiene esa actividad generadora de riesgo” (énfasis añadido).

²⁸ Coherentemente, Barros Bourie, 2010, p. 132, considera que las causales de justificación deberían estar sistemáticamente ubicadas en el capítulo de los “factores excluyentes de la culpa”.

solo una exigencia de la racionalidad. El deber de diligencia, en cambio, es un deber jurídico muy concreto, aunque reciba una formulación genérica y, a veces, vaga. Básicamente, nos ordena tomar medidas *razonables*, en las circunstancias, *para proteger los intereses de otros*. Nuestras acciones muchas veces ponen en peligro los intereses ajenos, y cada tanto algunos individuos resultan dañados. Una formulación del deber de diligencia como la que estoy criticando olvida justamente que su contenido no está dado por la maximización de los bienes jurídicos sino por la protección de intereses ajenos. Cuando Axileas obra en estado de necesidad viola su deber de diligencia, puesto que no toma ninguna medida para proteger los intereses de Xenofonte sobre su propiedad. Rompe su puerta intencionalmente y, por tanto, ni siquiera intenta no dañar en alguna medida. Sin duda, el estado de necesidad que forma parte del contexto hace que la infracción de su deber de diligencia esté justificada. En una reconstrucción que fusiona la culpa con la antijuridicidad, Axileas no viola su deber de diligencia porque existe una causa de justificación, pero en realidad tampoco intenta proteger los intereses de Xenofonte. Si ni siquiera lo intenta, ¿cómo puede satisfacer el estándar de diligencia? La reconstrucción que ofrezco, en cambio, no tiene estos problemas. Admite que Axileas puede incumplir su deber de cuidado respecto de Xenofonte, incluso violar su deber de no dañarlo con culpa, pero hacerlo justificadamente.

Hecha la distinción entre culpa y antijuridicidad, ahora puede comprenderse cómo la responsabilidad por daños justificados tiene como antecedente la violación de un deber de no dañar. El problema de la teoría que equipara ambos conceptos es que no deja espacio intermedio entre lo correcto y lo incorrecto. Si una acción incorrecta está justificada, entonces, se convierte automáticamente en correcta o lícita. En mi opinión, se pierde algo que es importante para los participantes de la práctica: no toda acción que deja de ser incorrecta pasa a ser correcta. Existe un espacio intermedio dado por la justificación de las acciones dañosas; solo considerando esta categoría podemos comprender la situación dilemática o trágica que involucra el estado de necesidad.

Ignorar la estructura dilemática de las causales de justificación nos impide dar cuenta de algunas intuiciones fundamentales en torno a es-

tos casos. Pensemos en el ejemplo del montañista planteado por Joel Feinberg. Descrito brevemente, se trata de un individuo que estando de excursión en la montaña es sorprendido por una fuerte tormenta, con riesgos de avalancha. El montañista encuentra una cabaña con calefacción. Rompe un vidrio, entra en la cabaña, consume la leña del propietario y sus alimentos hasta que pasa la tormenta (Feinberg, 1978, p. 102). El montañista obra en estado de necesidad, por tanto, su acción de entrar en la cabaña sin autorización del dueño no es, habida cuenta de todo, incorrecta. No obstante, al entrar, viola (justificadamente) su deber de no entrar; un deber que solo puede cumplir si no entra. Dicho en otros términos, el montañista ha transgredido el derecho del dueño de la cabaña con una conducta que, habida cuenta de todo, no es incorrecta y, por tanto, no tiene el deber de evitar. Pero que no tenga el deber de evitarla no significa que carezca de razones para evitarla. Por supuesto que tiene razones para no entrar. Son, por cierto, razones derrotadas, pero no canceladas.²⁹ Una vez se comprende esto, puede alcanzarse una conclusión interesante: si decimos que la acción que no tiene el deber de evitar, habida cuenta de todo, es perfectamente lícita, no se entiende por qué el montañista debería explicarse cuando el dueño de la cabaña lo sorprende durmiendo junto a la chimenea, o por qué debería agradecer al dueño, disculparse u ofrecer algún tipo de compensación. Aunque no sea claro qué debe hacer el montañista cuando el dueño aparece, sí es claro que sería inapropiado o irrespetuoso que simplemente se retire sin decir nada, como si ningún interés ajeno hubiese sido perjudicado por su acción. En cualquier caso, si creemos que queda –para decirlo con Judith Jarvis Thomson– un *residuo moral* en toda la situación (Thomson, 1990, p. 84), tal vez sea mejor distinguir

²⁹ Por ello, creo que Rosenkrantz, 2013, pp. 70, descuida un aspecto importante en su análisis del conocido caso *Vincent vs. Lake Erie Transportation Co.*, 10 Minn. 456 124 NW 221 (1910), cuando afirma que, ante una tormenta inminente, el capitán del barco no tenía ninguna razón en absoluto para no amarrar su barco al muelle que terminó dañando. En mi opinión, el capitán no tenía razones *concluyentes* para omitir la acción que causó el daño, pero de ahí no se sigue que carecía por completo de razones para omitirla. Después de todo, su acción causaría un grave perjuicio económico a la otra parte, y este hecho cuenta como una razón para evitarlo, aun cuando resulte en última instancia derrotada en el balance de razones. La víctima sigue teniendo una pretensión válida de que el daño no se produzca, y ello no cambia por el hecho de que el ordenamiento jurídico no refuerce esa pretensión con una potestad para impedir que el capitán amarre su barco.

las acciones lícitas de las acciones justificadas. Negar esta distinción implica desconocer que romper la puerta de Xenofonte es una acción categorialmente distinta de dar un paseo por la playa. Ambas serían lícitas, y en ningún caso sería apropiado pedir a quien las realiza algún tipo de explicación por lo que hace.

Corresponde ahora considerar que el argumento quizá pruebe demasiado: si siempre que se produce un daño justificado se viola un deber de no dañar con culpa, ¿qué coherencia guardan los ordenamientos en que el daño justificado no es compensado o es solo compensado parcialmente? En mi opinión, esta es una cuestión de política jurídica. He dicho antes que la incorrección admite grados. Hay incumplimientos más graves que otros. El deber de no dañar es incumplido más severamente cuando se obra con dolo, luego con culpa, a continuación con actividades riesgosas y, por último, con acciones justificadas. Los daños justificados, a diferencia de todos los demás, son los únicos en que existe una *buena razón* para causar el daño. Cuando alguien infringe su deber de no dañar, digamos, en estado de necesidad, tiene una razón de peso para causar el daño. Esto es compatible con afirmar que tiene buenas razones para incumplir uno de sus deberes jurídicos; incluso que la racionalidad le ordena incumplir con ese deber y causar el daño a la víctima. En qué grado deben compensarse estos perjuicios, si acaso deben compensarse, es una cuestión que cada sociedad ha de decidir políticamente.

En definitiva, las situaciones de justificación no son distintas de otros ámbitos. Pueden estar sujetas a responsabilidad o no, según el legislador considere conveniente. Piénsese en el boxeo. En un sentido trivial, los boxeadores incumplen su deber de cuidado respecto de sus adversarios en el ring. Pero, al igual que el “dolo” del adolescente que pretende conquistar a la novia de su amigo, puede ser irrelevante si el legislador considera que la responsabilidad civil excluye de su ámbito estas situaciones, también lo es la “infracción” de los boxeadores. El análisis de la legítima defensa, o de la justificación en general, merece el mismo tratamiento. Si es excluida de la responsabilidad, la infracción del deber de cuidado será irrelevante. Si es incluida, entonces,

será apropiado afirmar que las víctimas tienen un derecho a no ser dañadas con acciones culposas, aunque medie una causal de justificación.

V. Breves consideraciones finales sobre la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad extracontractual

La reconstrucción dogmática que he ofrecido coincide con la opinión de muchos teóricos de que la antijuridicidad no es un presupuesto necesario de la responsabilidad extracontractual, pero lo hace por razones diferentes. Algunos autores sostienen esta tesis reaccionando a la proliferación de factores objetivos de atribución de responsabilidad. El hecho de que en cada vez más actividades el agente dañador sea obligado a indemnizar a la víctima sin que haya habido culpa de su parte, muestra que la antijuridicidad de la conducta no es un elemento necesario en el derecho de daños moderno.³⁰

Con diversos argumentos, se ha sostenido que esta postura es incorrecta. La antijuridicidad siempre está presente. Para algunos autores, la antijuridicidad se ubica o bien en la acción o bien en el resultado (Zannoni, 2005, p. 8). Para otros, la antijuridicidad siempre se predica de la acción, pero incluso los daños causados sin culpa pueden vulnerar el principio *alterum non laedere*.³¹ Aun para otros, la antijuridicidad propia del derecho de daños siempre entraña un desvalor del resultado, con independencia de la existencia de un deber de no dañar.³²

³⁰ Pantaleón, 1991, p. 1995, sostiene esta postura al afirmar que “la culpa del dañante no es sino una de las razones por las que el ordenamiento considera justo (o económicamente eficiente) trasladar la carga dañosa al responsable: uno de los criterios de imputación de responsabilidad. Parece correcto, en conclusión, negar que el elemento ‘antijuridicidad’ forme parte, por lo que a nuestro Derecho respecta, de los supuestos de hecho de las normas de responsabilidad extracontractual”.

³¹ Bueres, 1991, por ejemplo, ha afirmado que “la antijuridicidad importa un obrar violatorio del *alterum non laedere*. Es decir que, particularmente, lo antijurídico es la conducta transgresora de la norma, en la medida en que hay una lesión o minoración de un interés jurídico resarcible...” (pp. 149-150); y más adelante, “la antijuridicidad se predica siempre de la conducta (y no del daño)” (p. 158).

³² Díez-Picazo, 1999, p. 298, afirma: “A nuestro juicio [...] la antijuridicidad que es propia del derecho de daños entraña, desde luego, un juicio de desvalor del resultado”. Asimismo, este juicio ya incorpora cualquier juicio de culpabilidad que fuera procedente.

Tengo la impresión de que muchas de estas discusiones en realidad involucran pseudo-desacuerdos, pero no me he detenido a analizar cada caso en concreto. Me ha interesado más reflexionar sobre las razones para rechazar o defender la presencia de un deber de no dañar en la responsabilidad extracontractual. Más allá de las numerosas referencias al *alterum non laedere*, es difícil encontrar en la literatura una explicación teóricamente satisfactoria respecto de cómo está presente en los ordenamientos jurídicos. Una gran parte de este artículo estuvo dedicada a solventar esta omisión doctrinal. Durante todo el apartado III me esforcé por exponer una concepción de la obligación jurídica y por identificar qué rasgos de los sistemas de responsabilidad extracontractual serían incomprensibles sin asumir la existencia del deber de no dañar. Asimismo, es difícil encontrar una explicación para la obligación de reparar los daños justificados, más allá de las referencias a la equidad. Si la antijuridicidad es un presupuesto necesario, que se ubica en el resultado dañoso, ¿cómo hemos de entender la responsabilidad por daños justificados que, por definición, no son antijurídicos?

Por mi parte, rechazo que la responsabilidad extracontractual haga de la antijuridicidad un presupuesto necesario de la obligación de indemnizar. La antijuridicidad es un presupuesto necesario en la responsabilidad penal, no en la responsabilidad civil. La responsabilidad extracontractual regula nuestra conducta, imponiéndonos deberes de no dañar a otros en ciertas circunstancias. También tiene un aspecto subsanador, que regula cómo han de gestionarse las violaciones de estos deberes. Por tanto, se implica de mi análisis que la infracción del *alterum non laedere* sí es un presupuesto necesario de la responsabilidad extracontractual, pero no la antijuridicidad. Ni bien se advierte que el deber de no dañar puede ser infringido justificadamente, la disociación del *alterum non laedere* y de la antijuridicidad es perfectamente coherente.

En su aspecto regulador, la responsabilidad extracontractual impone el deber de no dañar de distintas formas. La regla de la culpa establece un deber de no dañar mediante conductas dolosas, negligentes o imprudentes, mientras que la responsabilidad objetiva establece un deber de no dañar con acciones riesgosas, en ciertas circunstancias bien defini-

das por el legislador o los tribunales como, por ejemplo, la conducción de automóviles. De esta manera, cuando el agente dañador infringe su deber de no dañar, digamos con culpa, el agente habrá causado un daño con una acción dolosa, negligente o imprudente. Nótese que la verificación del deber de no dañar con culpa supone la constatación de todos los presupuestos de la responsabilidad: hecho generador, daño, causalidad y factor de atribución. Lo mismo ocurre con la responsabilidad objetiva. Por ello, solo cuando el demandado infringe algún deber de no dañar, el sistema le impone la obligación de indemnizar a la víctima. Y esto es así también con los daños justificados, en la medida en que el legislador no los excluya expresamente. Cuando media una causal de justificación, todavía es cierto que el agente violó su deber de no dañar, pero lo hizo con una conducta que habida cuenta de todo no tenía el deber de evitar. Por ello, esta violación del *alterum non laedere* no es antijurídica.

Adicionalmente, esta caracterización de los deberes de no dañar expresados en las distintas normas de responsabilidad toma partido en la discusión relativa a si la antijuridicidad está en la acción o en el resultado. Igualmente muestra por qué ha de rechazarse una tesis controvertida como la que afirma que una acción lícita puede convertirse en ilícita cuando se produce el resultado dañoso. Al distinguir entre distintas descripciones de acciones, puede comprenderse que dos acciones pueden estar causalmente vinculadas sin compartir el mismo carácter normativo. La acción (antecedente) de conducir puede ser lícita y la acción (consecuente) de atropellar puede ser ilícita. En cualquier caso, la responsabilidad se interesa por acciones dañosas y no por acciones ilícitas en general o resultados injustos. El deber de no dañar resulta infringido cuando se *causa un daño*. La acción de conducir negligentemente o la mera constatación de un daño son, por sí mismos, elementos insuficientes para fundar la obligación de compensar. El único presupuesto normativo necesario y suficiente es la violación de un deber de no dañar, correlativo con la vulneración de un derecho a no ser dañado.

Esta última afirmación muestra que he asumido la tesis de la correlatividad entre los derechos y los deberes en la responsabilidad extracontractual. Es decir, lo mismo que he expresado más arriba puede ser

expuesto en términos del derecho a no sufrir ciertos daños. La regla de la culpa protege a la víctima con un derecho a no ser dañada mediante acciones dolosas, negligentes o imprudentes. Las reglas de responsabilidad objetiva extienden la protección de las víctimas incluyendo, en ciertos contextos, las acciones riesgosas. Que la víctima esté protegida de esos modos significa que tiene una pretensión jurídicamente válida de no ser dañada.

Si los derechos y deberes son correlativos, la vulneración del derecho de la víctima, al igual que los deberes de no dañar del demandado, también puede estar justificada. El agente que obra en estado de necesidad no respeta la pretensión de la víctima de no ser dañada, en tanto solo puede respetarla si no la daña. Pero al vulnerar su derecho, el agente puede haber realizado algo que, habida cuenta de todo, no tenía el deber de omitir. Mantener que los derechos se definen de este modo supone rechazar la tesis de que en la responsabilidad extracontractual los derechos de las víctimas dependen de los deberes que *en última instancia* tienen los agentes dañadores. La regulación de las interacciones privadas está estructurada en torno a un conjunto de derechos y deberes correlativos, relativos a la causación de ciertos daños. Pero estos deberes y derechos pueden ser derrotados en el análisis global de la antijuridicidad. En este plano, aunque los deberes y derechos de las partes puedan ser derrotados, ello no significa que sean cancelados o extinguidos, sino que resultan simplemente superados en el balance de razones. Aun conservan su fuerza para los reclamos privados en distintas medidas, según las circunstancias, salvo que el ámbito de los daños justificados o alguna clase de daños justificados, como los causados en legítima defensa, sean explícitamente excluidos por el legislador. En este caso, la víctima no tiene un derecho a no ser dañada, del mismo modo que no tenemos derecho a no ser dañados, por ejemplo, en la competencia legítima de mercado.

Por todo lo anterior, puede afirmarse que la antijuridicidad no es un presupuesto necesario de la responsabilidad extracontractual. Ese honor pertenece al *alterum non laedere*.

Referencias bibliográficas

- Austin, John, 1832: *The Province of Jurisprudence Determined*. London, John Murray.
- Barros Bourie, Enrique, 2010: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Bueres, Alberto, 1991: “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta”, en F. Trigo Represas y R. S. Stiglitz (eds.), *Derecho de daños. Primera parte*. Buenos Aires, La Rocca.
- Cerutti, María del Carmen, 2011: *Derecho de daños. Análisis de algunos problemas conceptuales*. Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.
- Coleman, Jules L., 2000: “Crimes and Transactions”. *California Law Review*, núm. 88(3), pp. 921-930.
- _____, 2011: “The Architecture of Jurisprudence”. *Yale Law Journal*, núm. 121 (1), pp. 2-80. Citado por la traducción castellana de Diego M. Papayannis, “La arquitectura de la filosofía del derecho”, en Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso y Diego M. Papayannis (eds.), 2012, *Neutralidad y teoría del derecho*. Madrid, Marcial Pons.
- Díez-Picazo, Luis, 1999: *Derecho de daños*. Madrid, Civitas.
- Feinberg, Joel, 1978: “Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life”. *Philosophy and Public Affairs*, núm. 7(2), pp. 93-123.
- García Amado, Juan Antonio, 2011: “Razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual”, en Maximiliano Aramburo Calle (ed.), *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*. Medellín, Biblioteca Jurídica Diké.
- Gardner, John, 2001: “Obligations and Outcomes in the Law of Torts”, en Peter Cane y John Gardner (eds.), *Relating to Responsibility. Essays for Tony Honoré on his Eightieth Birthday*. Oxford, Hart Publishing.
- _____, 2007: *Offences and Defenses*. Oxford, Oxford University Press.
- Gerhart, Peter, 2010: *Tort Law and Social Morality*. Cambridge, Cambridge University Press.

- Guastini, Riccardo, 2010: *Nuovi studi sull'interpretazione*. Roma, Aracne. Citado por la traducción castellana de Diego Moreno Cruz, *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Hart, H. L. A., 1982: "Legal Rights", en *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Oxford, Clarendon Press.
- _____, 1983: "Kelsen Visited", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, Clarendon Press.
- _____, 1994: *The Concept of Law. Second Edition*. Oxford, Oxford University Press.
- Himma, Kenneth E., 2013: "The Ties that Bind: An Analysis of the Concept of Obligation". *Ratio Juris*, núm. 26 (1), pp. 16-46.
- Kelsen, Hans, 1960: *Reine Rechtslehre*. Viena, Franz Deuticke Verlag. Citado por la traducción castellana de Roberto Vernengo, 1979, *Teoría pura del derecho*. México, Universidad Autónoma de México.
- Llamas Pombo, Eugenio, 2008: "Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños", en Juan Antonio Moreno Martínez (ed.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Madrid, Dykinson.
- López Herrera, Edgardo, 2006: *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Lorenzetti, Ricardo Luis, 1995: "La tutela civil inhibitoria". *La Ley*, núm. 1995-C, pp. 1217-1226.
- MacCormick, Neil, 2008: *H. L. A. Hart*, 2a. ed. Stanford, Stanford University Press.
- Martín-Casals, Miquel, 2011: "La 'modernización' del derecho de la responsabilidad extracontractual", en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*. Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- Mosset Iturraspe, Jorge, 1980: *Estudios sobre responsabilidad por daños*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- Ogus, Anthony, 2006: *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*. Oxford-Portland, Hart Publishing.
- Pantaleón, Fernando, 1991: "Comentario al artículo 1902 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*. Madrid, Ministerio de Justicia, tomo II, pp. 1971-2003.

- Papayannis, Diego M., 2010: “Daño injusto y compensación en la publicidad comparativa”. *Jurisprudencia Argentina*, núm. 2010-II, fascículo 12, pp. 3-18.
- Perry, Stephen, 2009: “The Role of Duty of Care in a Rights-Based Theory of Negligence Law”, en Andrew Robertson y Tang Hang Wu (eds.), *The Goals of Private Law*. Oxford-Portland, Hart Publishing.
- Pizarro, Ramón D., 2007: *Responsabilidad civil por riesgo creado y de la empresa*. Tomo I. Buenos Aires, La Ley.
- Raz, Joseph, 1979: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford, Oxford University Press.
- _____, 1990: *Practical Reasons and Norms*. Oxford, Oxford University Press.
- Rosenkrantz, Carlos F., 2013: “Una revisión de la concepción compensatoria de la justicia correctiva”, en Diego M. Papayannis (ed.), *Derecho de daños, principios morales y justicia social*. Madrid, Marcial Pons.
- Salvador Coderch, Pablo, 2000: “Recensión a ‘Derecho de daños’, de Luis Díez-Picazo”. *InDret*, núm. 1/2/2000, pp. 1-15.
- Santos Briz, Jaime, 1989: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*. Madrid, Montecorvo.
- Thomson, Judith Jarvis, 1990: *The Realm of Rights*. Cambridge, Harvard University Press.
- Zannoni, Eduardo A., 2005: *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Astrea.

Recepción: 04/05/2014

Revisión: 29/07/2014

Aceptación: 13/08/2014