

La responsabilidad civil extracontractual en Colombia a través del debate entre justicia correctiva y el análisis económico del derecho: análisis desde una perspectiva normativa*

Extracontractual civil liability in Colombia through the debate between corrective justice and economic analysis of law: analysis from a normative perspective

*Nicolás Bernal Poeti***

Fecha de recepción: 22 de diciembre de 2018

Fecha de aceptación: 2 de marzo de 2019

RESUMEN

El presente documento parte de una concepción instrumentalista del derecho, bajo la cual se pregunta sobre los fines de la responsabilidad civil extracontractual en Colombia desde una perspectiva normativa. En consecuencia, se presentan las principales escuelas teóricas que han abordado el tema, desde una perspectiva de consecuencialismo vs. no consecuencialismo, para llegar a postular la posibilidad de una tercera vía en cabeza de la teoría conciliatoria, del profesor Samuel Scheffler. Finalmente, se toma la cuantificación del daño como ejemplo de aplicación de la teoría descrita.

Palabras clave: responsabilidad civil extracontractual, teoría del derecho, análisis económico del derecho, justicia correctiva, cuantificación del daño.

ABSTRACT

This paper is based in an instrumentalist conception of law which Enquiry about the goals of the Colombian Tort law in a normative perspective. In consequence this document presents the core theoretical stands that has addressed the subject from a point of view of the consequentialism vs non-consequentialism debate to postulate the possibility of a third way based in a conciliatory theory of professor Samuel Scheffler. Finally, the quantification of damages is taken as an example of the application of the stated theory.

Keywords: tort law, law theory, economic analysis of law, corrective justice, quantification of damages.

* El presente documento nace de la construcción de un diseño de investigación sobre la cuantificación del daño extrapatrimonial en el marco de la responsabilidad civil extracontractual en la clase de Seminario de Investigación I en la Universidad Nacional de Colombia, a cargo de la profesora Luisa Fernanda García Lozano.

** Estudiante de décimo semestre de Derecho y segundo de Economía en la Universidad Nacional de Colombia. Colombia. Correo electrónico: nibernalpo@unal.edu.co

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil extracontractual en Colombia se ha mantenido bajo las mismas reglas consagradas en el Código Civil desde hace 200 años, aproximadamente. El tiempo ha pasado y el código ha tenido una serie de modificaciones sustanciales que le han permitido mantenerse vigente al día de hoy como instrumento de interpretación y aplicación de las reglas que regulan las relaciones entre privados. Sin embargo, el capítulo que corresponde a la responsabilidad civil extracontractual no ha cambiado desde que Andrés Bello redactó su código, manteniendo la misma estructura que tiene hoy en día.

El problema se agrava cuando la academia colombiana genera nulos o pocos esfuerzos por proponer actualizaciones y reformas a través del debate de los fines que debe cumplir la responsabilidad civil extracontractual. Hoy en día, los académicos de varios lugares del mundo (como Jules. L. Coleman, en Estados Unidos, y Ernst W. Weinrib, en Canadá, por ejemplo) ponen en tela de juicio si realmente la responsabilidad debe atender a la reparación, vía indemnización, de la víctima por la causación de un daño a esta por parte de un tercero sin alguna justificación aparente, para preguntarse si la responsabilidad extracontractual tiene como fin la asignación, distribución y minimización de riesgos *ex ante*.

En contraste, en el caso colombiano, la Corte Suprema de justicia y la Corte Constitucional, motores por excelencia de la renovación de la responsabilidad a través de la interpretación y la argumentación propia de sus funciones dentro del ordenamiento, han contemplado casi exclusivamente a esta institución desde una perspectiva del *ser* y no del *deber ser* o, en otras palabras, desde un ámbito descriptivo, mas no normativo. En consecuencia, la determinación y consecución de un fin determinado para la institución, que permita juzgar tanto su fundamentación como su eficacia, se torna terriblemente complicada debido a que las mencionadas corporaciones, al momento de fallar, no toman en consideración una postura normativa específica, sino que, por el contrario, sus posiciones se sustentan en análisis puramente descriptivos.

Es así como se hace necesario preguntarse: ¿cuáles deberían ser los fines que debe seguir la responsabilidad civil extracontractual colombiana? En otros términos, esta pregunta no es más que cuestionarse sobre el sentido de la materia en la legislación colombiana.

La hipótesis de este trabajo gira en torno a la tesis presentada por Samuel Scheffler (1994), según la cual la responsabilidad civil extracontractual debe atender como objetivo a un criterio de maximización, pero con ciertos límites al agente que debe maximizar, atendiendo así a las críticas de la justicia correctiva frente al deber de maximizar.

Vale la pena aclarar que con dicha hipótesis no se pretende insinuar que, al momento de proferir sus sentencias, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional deban ceñirse únicamente al marco teórico de una determinada escuela de pensamiento. Lo que se pretende es que, en última instancia, los falladores del derecho tengan una posición normativa¹ seria sobre los objetivos de la responsabilidad civil extracontractual colombiana, con el fin de actualizar y tener un rumbo determinado para la institución en su posterior desarrollo. En consecuencia, la conclusión deberá llegar al establecimiento de una serie de ideas generales, mas no a la aplicación directa de una teoría.

Frente a los objetivos, el principal será proponer una posición normativa de la responsabilidad civil extracontractual colombiana que se ajuste al ordenamiento jurídico colombiano. Por su parte, los objetivos específicos serán exponer las principales escuelas teóricas de la responsabilidad extracontractual y su posible aplicación en Colombia, y presentar un debate que permita poner de manifiesto la cuestión sobre la manera de modernizar la institución que enriquezca los contenidos teóricos sobre la materia de cara a una futura reforma de esta.

En consecuencia, el enfoque investigativo que tendrá este trabajo será de dos vías: por un lado, de tipo dogmático-finalista, dado que la solución del problema llevará a la propuesta de un marco teórico alterno a las dos posiciones comúnmente presentadas sobre la materia, y, por el otro, de tipo teórico, dado que la discusión se dará principalmente en el nivel normativo.

Sobre la metodología para responder al problema planteado, será la siguiente: por un lado, se presentarán las posturas tanto de la escuela del análisis económico del derecho como las de la justicia correctiva. El paso siguiente será presentar la teoría del profesor Scheffler, extrayendo las ideas generales de su postura. Posteriormente, se denotará la manera en que podrían llegar a ser aplicados estos postulados en la responsabilidad civil extracontractual y, finalmente, se presentarán las conclusiones del documento.

1 Esta categoría podría confundir al lector en un principio, no obstante, cuando hablo de una *posición normativa*, hago referencia a una posición desde una teoría normativa o prescriptiva (según el autor que se tome para realizar esta diferenciación) en contraposición a las teorías descriptivas.

1. LAS PRINCIPALES ESCUELAS TEÓRICAS QUE SUSTENTAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL*

Una consideración preliminar para abordar este acápite es que es necesario partir de la diferencia entre una teoría descriptiva y una normativa. En cuanto a la primera, el profesor de la universidad de Minnesota Brian Bix (2006) explica que:

Una teoría es “descriptiva” si se propone describir cuál es el caso, antes que hacer juicios sobre el valor (moral o de otra índole) de la situación actual, u ofrecer argumentos acerca de cómo las cosas deberían ser hechas. [...] por la segunda, el profesor Jorge Fabra Zamora (2013) considera que: las teorías normativas, prescriptivas o justificativas se interesan por determinar las propiedades que las normas e instituciones jurídicas deben cumplir para ser moralmente legítimas o el ideal que deben perseguir para su mejor o más adecuado funcionamiento. (p. 32)

Una vez señalado lo anterior, es necesario decir que en este documento solo se tocarán aquellas teorías de corte normativo, mas no las de corte descriptivo. La razón principal es que, al tener como objetivo el análisis de la institución desde su justificación, mas no desde su funcionamiento, las teorías descriptivas podrían terminar siendo un cúmulo de falacias de poder y descripciones sobre los fenómenos problemáticos presentados en la materia, sin ahondar realmente en las bases teóricas de la responsabilidad civil extracontractual. En cambio, el estudio desde las teorías normativas de la responsabilidad civil extracontractual permite llevar las discusiones a un plano en el cual los grandes tratadistas del derecho de daños colombiano, citados una y otra vez por todos los académicos y jueces del territorio nacional como argumentos de autoridad, no tienen cabida en un principio, y, además, permite alejarse de la cantidad de problemas de nivel descriptivo que se presentan sobre la materia, enfocando de mejor manera el análisis que se pretende hacer.

En este sentido, se parte de dos posturas básicas que pueden ser definidas a partir de su afinidad con el consecuencialismo. Sobre esta categoría, se considera que solo es necesario decir que, en palabras del filósofo irlandés Philip Pettit (2004), de la Universidad de Princeton, el consecuencialismo se concibe de la siguiente manera:

* Debe decirse que el desarrollo de este acápite ha sido basado principalmente en el capítulo “El Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad civil extracontractual”, del libro *Filosofía de la responsabilidad civil extracontractual: estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, cuyos autores son Carlos Bernal Pulido y Jorge Fabra Zamora, razón por la cual gran parte de la bibliografía aquí expuesta fue tomada de allí.

[...] es la concepción según la cual sean cuales sean los valores que adopte un individuo o una institución, la respuesta adecuada a estos valores consiste en fomentarlos. El individuo debe respetar los valores solo en tanto en cuanto su respeto forma parte de su fomento, o bien es necesario para fomentarlos. (p. 325)

Es así que, por un lado, se encuentran las posturas afines a esta, las cuales se enmarcan dentro del movimiento académico del análisis económico del derecho, cuyo argumento central es el utilitarismo, y, por el otro, aquellas consideradas como no consecuencialistas, insertadas dentro de una postura general que considera la justicia correctiva como principio orientador de la responsabilidad extracontractual.

1.1. La responsabilidad extracontractual desde el análisis económico del derecho

La académica de la Universidad Carlos III de Madrid Ana María Arjona Trujillo y el profesor de la Universidad Externado de Colombia Mauricio Rubio Pardo (2002) parten de una diferenciación bastante atinada del análisis económico del derecho. Por un lado, se entiende este movimiento como el estudio del derecho a través de una óptica propia de la economía. Esta área ha sido conocida históricamente como el análisis económico del derecho. Por el otro, está el estudio de la relación entre los fenómenos económicos y el sistema jurídico, el cual recibe el nombre de *law and economics*. En consecuencia, la primera visión deja de lado discusiones importantes para la filosofía y la teoría del derecho, como la disputa entre el *ius positivismo* y el *ius naturalismo*, para construir su propia visión del derecho a partir de elementos como el individualismo metodológico y la teoría de la acción racional, mientras que la segunda describe las instituciones del derecho a partir de instrumentos propios de la economía, como la microeconomía y la modelación estática.

Se coincide con los autores enunciados anteriormente en que el análisis puede hacerse estudiando el movimiento sin distinción alguna sobre ambas áreas. No obstante, la necesidad de realizar el análisis desde una óptica normativa hace necesario evadir la segunda faceta. Además, se considera que adentrarse excesivamente en los vericuetos propios del análisis económico de las instituciones del derecho (es decir, la segunda postura expuesta por los autores reseñados) generaría una desviación del tema sin que aporte realmente algo enriquecedor. Esto no quiere decir que el escrito se inhiba de realizar ejemplos desde la visión descriptiva del análisis económico del derecho con el fin de aclarar ciertos puntos.

Ahora bien, el análisis económico del derecho desde la óptica normativa de la economía parte de la idea según la cual el ser humano debe buscar en todo momento maximizar su propia utilidad. En consecuencia, el fin último del derecho es cumplir con el principio de utilidad, propuesto por el filósofo y economista Jeremy Bentham (2000), el cual enuncia que cualquier acción puede ser aprobada o desaprobada de acuerdo con el aumento o disminución de la felicidad de un grupo en cuestión o, en otros términos, como un excedente de placer respecto al dolor. Por ende, el mencionado movimiento se inscribe dentro de una lógica utilitarista como base de su filosofía en razón a la necesidad de alcanzar el máximo grado de utilidad propia por parte de los agentes del sistema.

Es importante notar que este principio ha mutado a través del tiempo, para desembocar en medidas de bienestar a través del concepto de eficiencia, como el óptimo de Pareto, a formas con mayor aplicación y aceptación, como el modelo Kaldor-Hicks (Zerbe, 2001), lo cual no genera algún cambio sustantivo en lo referente al enfoque concebido por el movimiento del análisis económico del derecho.

Al respecto, el juez Richard A. Posner (1998), de la sala de apelaciones del séptimo circuito en Chicago, se ha pronunciado sobre el tema argumentando que el utilitarismo y la economía, en su faceta normativa, parten de bases completamente distintas, pues el primero parte de la felicidad como criterio para medir la utilidad, y la segunda lo hace a partir del concepto de la riqueza.

Así mismo, para Posner, el utilitarismo (así como el kantianismo) adolece de graves inconvenientes como sistema de moral personal o como pauta de adopción de decisiones sociales, dado que el concepto de felicidad no es un criterio objetivo para medir la utilidad, por tanto, es necesario considerar al análisis económico del derecho como sistema moral alternativo teniendo el concepto de *maximización de la riqueza* como elemento fundamental para medir la utilidad en general. Consecuentemente, el objetivo ético es maximizar la riqueza en todos los casos (Posner, 1998).

Ciertamente, la posición planteada por el juez ha sido objeto de numerosas críticas, provenientes principalmente de los defensores de las teorías de la justicia correctiva, como Jules. L. Coleman (1980), Ernest J. Weinrib (1980) y otros teóricos, como Ronald Dworkin (1980), hecho que ha permitido a académicos como los profesores de la Universidad de Harvard Louis Kaplow y Steven Shavell (2001) dar un paso adelante en la fundamentación normativa del análisis económico del derecho.

La propuesta de estos últimos parte de un concepto amplio de bienestar desde el punto de vista de la economía normativa, que comprende en una faceta posi-

tiva todo lo que un individuo pueda valorar como bienes y servicios, comodidades ambientales y sociales, nociones personales de satisfacción, etcétera, y en una faceta negativa los daños a su persona y su propiedad, costos e inconvenientes, y todo lo demás que pueda ser desagradable para él. En consecuencia, el bienestar no está restringido a un gozo hedonístico o material, o siquiera a alguna clase de placer o dolor, sino que, por el contrario, el único límite a lo que se puede incluir dentro del concepto de bienestar se encuentra dentro de la mente del individuo en sí y no en la del analista (Kaplow y Shavell, 2001).

Descendiendo al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, el profesor de la Universidad de Berkeley Robert Cooter y el profesor de la Universidad de Illinois Thomas Ulen (2007) consideran que el análisis económico del derecho parte de una construcción básica: el *costo del daño* y el costo de evitarlo (p. 336). En este sentido, el agente y las partes inmersas dentro de un proceso de responsabilidad extracontractual pasan a segundo plano, para concentrar el estudio en las consecuencias económicas del daño para la sociedad en su conjunto. Por ello, el análisis económico del derecho se enfoca primordialmente en la creación de incentivos a través de subsidios o multas para prevenirlo².

Desde esta perspectiva, el profesor Guido Calabresi (2008), de Yale, propone dejar de indagar el “porqué A debe compensar a B por el daño causado”, para preguntarnos “qué debemos hacer como sociedad para evitar estos accidentes”, pues el problema, según él, no es la injusticia del accidente o el deber de una parte hacia otra, sino el costo que genera el daño en su conjunto para la sociedad (Fabra Zamora, 2013). Por ello, el académico contempla la necesidad de distribuir estos costos de manera eficiente a través de dos principios: la evitación de daños y la equidad. Sobre este último principio, es necesario decir que funciona como un conjunto de restricciones de justicia y moralidad que tiene el sistema y que limitan las decisiones que el gobierno puede tomar sobre los individuos (Calabresi, 2008), razón por la cual el profesor Fabra Zamora (2013) concluye acertadamente que “una solución o institución jurídica, aunque reduzca los costos de manera eficiente, es injusta, es inaceptable” (p. 44).

Otra perspectiva que vale la pena enunciar es la de los profesores de Harvard comentados anteriormente, Louis Kaplow y Steven Shavell, quienes, a través de una propuesta *definitiva* de carácter matemático del análisis económico del derecho, concluyen que la manera en que la responsabilidad civil extracontractual genera eficiencia es a través de la reducción de riesgos (Shavell, 1987). En este sentido, para estos estudiosos la evaluación de una norma debe ser revisada únicamente a partir del bienestar social que genera en los individuos medido en términos de reducción de riesgos. Además, el efecto en el bienestar de los

2 Por supuesto que esta concepción será atacada directamente por los teóricos de la justicia correctiva. Sin embargo, de esto hablaremos posteriormente.

individuos se da en dos vías: a través de la generación de incentivos por parte de la responsabilidad civil extracontractual para que los dañadores ajusten su comportamiento para evitar pagar daños, y a través de la distribución de los riesgos de las pérdidas por accidentes y el costo de su evitación (Kaplow y Shavell, 2001).

Para cerrar este acápite, es necesario denotar que, de la exposición presentada en este punto, las posturas de aquellos que centran sus estudios en el análisis económico del derecho efectivamente parten de una posición consecuencialista, como se planteó al inicio de esta sección, en la medida que el valor último de este movimiento puede ser reducido a un objetivo de eficiencia y, en este sentido, los individuos terminan dejando de lado sus consideraciones personales para lograr este fin común.

No obstante, como el objetivo de este documento es sentar una posición clara que permita realizar una suerte de síntesis a nivel teórico de la responsabilidad civil extracontractual para el caso colombiano, es necesario adoptar ciertos postulados. Es importante señalar que por el hecho de tomar partido por una u otra propuesta, no necesariamente se desconoce la validez de las demás, pues estas pueden llegar a tener mayor y mejor aplicación en otros ordenamientos jurídicos que para el caso en concreto no interesan.

Consecuentemente, aunque se acepta como medida de eficiencia el bienestar del individuo propuesto por Kaplow y Shavell, no es posible coincidir con ellos debido a la *matematización* excesiva que proponen por razones meramente aplicativas. En primer lugar, porque más que un elaborado sistema matemático que permita asignar o distribuir marginalmente un riesgo, no es tan importante como un parámetro general que, como sociedad, permita tomar un patrón de decisión que lo minimice o distribuya. En segundo lugar, se considera que la propuesta de estos dos académicos sufre del problema, bien conocido en las ciencias económicas, de la excesiva matematización de la economía. Al respecto, vale la pena poner de presente, a manera de ejemplo, la queja de los estudiantes franceses sobre la manera en que se viene enseñando la economía en los claustros de su país con respecto al uso excesivo de las matemáticas:

El uso instrumental de las matemáticas parece necesario. Pero el recurso a la formalización matemática, cuando ya no es un instrumento, sino que se conviene en un fin en sí mismo, conduce a una verdadera esquizofrenia en relación al mundo real. En ese sentido, la formalización permite construir fácilmente ejercicios, “hacer trabajar” modelos en los cuales lo importante es encontrar “el buen” resultado (es decir el resultado lógico en relación con las hipótesis de partida) para poder entregar un buen examen. Esto facilita la calificación y la selección, con una cobertura de cientificidad, pero no

responde jamás a las cuestiones que nos planteamos sobre los debates económicos contemporáneos. (2001, p. 288)

Además, la generación de incentivos, en el sistema jurídico colombiano, no puede recaer en cabeza del juez, debido al papel asignado a este como intérprete de la norma para resolver el caso concreto, mas no como creador de normas de aplicación a través del precedente judicial. Por ello, la posición de Kaplow y Shavell sobre la responsabilidad civil extracontractual, puede llegar a tener mayor aplicabilidad en sistemas del *common law*, en virtud de la posibilidad del juez de crear derecho a través del precedente judicial. En este sentido, la generación de incentivos, en un sistema de corte continental, no puede pasar por la interpretación del juez, sino que, por el contrario, esta obligación debe recaer en manos de los órganos ejecutivo y legislativo.

En cuanto a la posición del profesor Posner sobre la maximización de la riqueza como criterio de eficiencia, se considera que no debe ser aplicable, en la medida que, si bien es cierto que el análisis económico del derecho desdibuja la posición del individuo para centrarse en un objetivo mayor, buscar aumentar la riqueza bajo cualquier costo elimina de plano cualquier consideración acerca de la persona y sus elementos, como la dignidad personal y la libertad.

En contraposición, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, se coincide con el punto de vista de Calabresi, cuando postula que lo importante es el costo del daño para la sociedad en su conjunto, mas no las razones para por las cuales un individuo debe ser indemnizado por un daño. En este sentido, la evasión del daño, aunque ciertamente no a corto plazo, en el largo plazo sí puede ser alcanzada por parte del juez de cierre a través de la sentencia, que constituye una línea jurisprudencial a través de su interpretación reiterada. Así mismo, es importante tener en cuenta que el juez, en los sistemas continentales, no crea derecho, sino que lo interpreta, razón por la cual este sigue sin la capacidad de crear incentivos, sino que debe partir de la existencia de estos a través de la creación de normas por parte de las distintas ramas del poder público encargadas de esta tarea. Además, la equidad, como segundo criterio del daño, permite introducir un límite al mandato general de reducción, en la medida que, como se enunció anteriormente, la equidad es un límite a las decisiones que pueden ser tomadas sobre el individuo, por lo cual, si una decisión es manifiestamente injusta, esta no puede ser tomada.

Dicha argumentación abre una puerta de entrada a la justicia correctiva, en el sentido que esta parte de la crítica al consecuencialismo, pues considera que este conjunto de teorías exige demasiado del individuo y no tiene en cuenta sus derechos, relaciones y preferencias (Fabra Zamora, 2013). Debido a esto, se entrará a analizar más profundamente estas teorías.

1.2. La responsabilidad extracontractual desde los enfoques de las teorías de la justicia correctiva

La justicia correctiva parte de un análisis desde la óptica moral, en contraposición a la óptica economicista de las posturas consecuencialistas. Este tipo de justicia nace a partir de los pensamientos plasmados por Aristóteles en el libro V de la *Ética a Nicómaco*. Ciertamente, no profundizaré sobre la posición aristotélica. Bastará con decir que la justicia correctiva nace a partir de la diferencia que hace el griego entre “justicia universal” y “justicia particular”. La primera se refiere a la ética en general, y la segunda, a la “virtud de carácter ordinaria” que se contrapone a la *pleonexia* o avaricia. Así mismo, esta justicia particular se divide en dos: la justicia distributiva y la correctiva. La primera se encarga de la distribución de bienes y cargas sociales, y la segunda (que es la que nos importa), se encarga de la rectificación de los injustos que surge en las transacciones (Aristóteles, 2009).

Posteriormente la justicia correctiva se dividirá en una justicia conmutativa, propia de las transacciones voluntarias, y en una justicia correctiva, en las transacciones involuntarias. Esta última deviene en el objeto de estudio de este escrito.

Es importante señalar que desde Aristóteles los debates sobre la responsabilidad extracontractual no variarían significativamente, resumiéndose principalmente en los estudios de este con algunos debates entre la responsabilidad subjetiva y la objetiva (Fabra Zamora, 2013). Solamente a través de George P. Fletcher los estudios de la justicia correctiva comienzan una producción intelectual incipiente.

El pensamiento de Fletcher (1972) parte de una necesidad de dejar de lado el análisis económico del derecho y volver a la característica única de la responsabilidad civil extracontractual: la justicia correctiva. En consecuencia, el análisis económico del derecho no llena las exigencias de la justicia correctiva, por cuanto la redistribución de la riqueza negativa³ obliga a pensar la responsabilidad con base en quién es el dañador, mas no lo que ha hecho.

En este sentido, para Fletcher, el elemento central de la responsabilidad civil extracontractual recae en el *principio de reciprocidad*, el cual, según el autor, logra responder a las preguntas: ¿quién tiene derecho a ser indemnizado? y ¿quién tiene el deber de compensar?, en la medida que este principio indica que la “responsabilidad debería imponerse solo si el daño resulta de un riesgo no recíproco, que el causante ha impuesto a la víctima y no debería existir responsabilidad si la imposición de un riesgo no recíproco esta excusado con

3 Estos son entendidos como las pérdidas producidas por los accidentes.

fundamento en la existencia de un accidente” (1972, p. 542). Así, el profesor Fabra explica que: “el deber de compensar solo surge cuando el dañador causa un perjuicio a la víctima que es el resultado de la imposición de un riesgo no recíproco, es decir, un riesgo que excede el nivel razonable esperado por la víctima” (Fabra Zamora, 2013, p. 69).

Por su parte, Richard A. Epstein, desde una lógica libertaria, propuso una teoría de la justicia correctiva que se acoplara a estos planteamientos. Esta propuesta parte de la inviolabilidad de que gozan el derecho a la propiedad y el derecho a la integridad personal, los cuales son del individuo y nadie, ni siquiera el mismo Estado, puede quitárselos de manera forzada. Por ello, se requiere de un Estado pequeño de estilo *laissez-faire* y *laissez-passer*, que tenga por objetivo únicamente garantizar estos derechos mencionados.

Para este académico, por tanto, la responsabilidad extracontractual no es un sistema que busque la eficiencia económica, sino un sistema de justicia correctiva que mira la conducta de las partes frente a la protección de los derechos a la libertad y la propiedad (Epstein, 1975). Consecuentemente, el elemento esencial de la responsabilidad es el hecho de que un sujeto le ha vulnerado a otro los derechos a su integridad física o moral, o a su propiedad, y como estos derechos son valiosos, es deber del dañador compensarlos, a menos que exista una causal de exoneración de responsabilidad (Epstein, 1973). Por eso, al final del día no importa la voluntad o intención del sujeto dañador al momento de vulnerar un derecho, sino su efectiva vulneración para satisfacer la necesidad de compensar el daño, inscribiendo esta línea de pensamiento dentro de la responsabilidad objetiva.

Una de las teorías de la justicia correctiva más acogidas por la academia mundial es la propuesta por el profesor Ernest J. Weinrib, de la universidad de Toronto, quien parte de una serie de preceptos de corte kantiano, aristotélico y formalista, para decir que el derecho, como el amor, al ser un fin en sí mismo, el cual no puede ser visto como la manifestación de fines que son externos a este, debe expresar su inteligibilidad en términos de su propósito. Por tanto, el mencionado *propósito del derecho privado* únicamente es ser *derecho privado*, y para demostrar que esta concepción no es tautológica, Weinrib parte de la idea según la cual el derecho es un todo internamente inteligible que posee una cierta unidad y coherencia en su estructura interna, y la teoría del derecho estudia justamente esta unidad interna sin tener que acudir a fines externos (Weinrib, 2012).

Tomando este punto de partida, para Weinrib la responsabilidad extracontractual se encarga de un tipo particular de relaciones que surgen cuando se rompe el equilibrio normativo preexistente entre las partes y es necesario compensar a alguna de ellas para restaurar este equilibrio (Fabra Zamora, 2013; Weinrib,

2012). Esta relación entre individuos es lo que resulta importante en la responsabilidad extracontractual, no otro principio exógeno a este o algún ideal de eficiencia. Además, Weinrib se sustenta en la idea kantiana de igualdad formal de las *voluntades libres* para decir que la responsabilidad extracontractual hace parte de los deberes que se tienen frente a los otros y, en consecuencia, de los derechos que se tienen frente a los otros (Weinrib, 2001).

La posición más actualizada parte de los postulados de Jules L. Coleman, profesor retirado de la Universidad de Yale, quien propone una concepción mixta de la justicia correctiva. Esta concepción parte de la idea de que la justicia y la moralidad no son principios metafísicos, sino que deben generar razones para la acción (Coleman, 1992).

En el caso de la responsabilidad extracontractual, las acciones relevantes son aquellas que competen a la víctima y al dañador, sin que importe realmente el resto de la sociedad. En este sentido, la justicia correctiva impone a las partes el deber de reparación por los ilícitos cometidos por alguna de estas (Coleman, 2010). Así, la pérdida sufrida por un sujeto, causada por otro, genera la obligación de reparar esta pérdida solo a esta persona y no a otra.

La diferencia de esta teoría respecto a las demás radica principalmente en que el pensamiento de Coleman no necesita de un equilibrio normativo preexistente ni de equivalencias entre pérdidas y ganancias de la víctima y el dañador, sino que lo único importante es la pérdida ilícita. En consecuencia, como Fabra expone magistralmente: “los conceptos centrales de la concepción mixta se resumen en una triada: responsabilidad, deber de reparar y pérdida ilícita” (Fabra Zamora, 2013, p. 88).

Adicionalmente, Coleman indaga sobre la relación de la justicia correctiva y la justicia distributiva a través de la siguiente pregunta: ¿debe importarle a la justicia correctiva la posición material de los agentes inmersos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual? La respuesta del profesor es que tanto la justicia correctiva como la distributiva, a pesar de ser diferentes, se relacionan de muchas maneras. Por ello, seguir un criterio estricto de justicia se vuelve cuestionable cuando los derechos se enfrentan a un balance distributivo demasiado injusto (Coleman, 1995).

Ahora bien, en contraposición a lo que varios autores han considerado sobre el desuso de su teoría, la posición de Fletcher puede ser de aplicación en ciertos escenarios diferentes a los debatidos en este escrito, como la determinación de responsabilidad en los casos de asignación de culpas compartidas y demás. Sin embargo, se considera que no es posible aceptarla para el objeto de este documento.

La razón es que, al rechazar de plano la posibilidad de aplicar el análisis económico del derecho, la teoría que se propondrá en las páginas siguientes queda sin piso, al requerir cierta relación con aquel. Así mismo, el principio de proporcionalidad presentado por Fletcher no puede ser de recibo, porque en algunos casos, incluso desde las teorías de la justicia, a pesar de que existe el deber de indemnizar, no hay reciprocidad entre el riesgo adquirido y el efectivamente indemnizado, en la medida que, a veces, la indemnización misma del riesgo adquirido es imposible de cuantificar con precisión.

Se considera también deficiente la teoría del profesor Epstein, en la medida que, como el lector habrá podido apreciar desde el inicio de estas páginas, la posición presentada en este escrito frente a la responsabilidad civil extracontractual obedece a una lógica instrumentalista. En consecuencia, los fines que se propondrán para la responsabilidad civil extracontractual no pueden reducirse a la propiedad privada y el buen nombre, sino que, por el contrario, estos fines atienden no solo a derechos subjetivos en cabeza de cada persona, sino a derechos que congloban a la mayoría de la población.

Además, al analizar la posición del autor reseñado anteriormente, se encuentra que en el modelo jurídico colombiano no es posible hablar en ningún punto de derechos absolutos, razón por la cual no se puede aceptar la existencia de un derecho inviolable bajo ninguna circunstancia, porque esto es tanto como decir que no es posible reducir un derecho a su núcleo fundamental, como sí lo es en Colombia en los casos donde derechos fundamentales entran en pugna y es necesario elegir uno u otro.

Similar crítica es posible hacerle a la posición de Weinrib, en la medida que el formalismo presentado por el académico dentro de su teoría choca irremediablemente con el carácter instrumentalista de la posición de este documento. Se considera que el derecho no debe funcionar por el *derecho mismo*, las instituciones en sí mismas no existen para sí, sino que, más bien, sirven a un propósito. Ciertamente, en ocasiones este propósito puede que se vea borroso e incluso se pierda por situaciones coyunturales de cada sociedad específica. No obstante, el decir que una institución existe para sí es tanto como no tener nada.

Un punto adicional que valdría la pena tener en cuenta es que el protagonismo en la responsabilidad civil extracontractual deben tenerlo primordialmente los individuos que atienden a la institución, pero no se puede olvidar que este individuo se encuentra inmerso en un conjunto de relaciones que influyen y determinan en él. Este carácter social que influye en el individuo es el que precisamente obliga a pensar la responsabilidad extracontractual no solo desde el individuo y cómo le aporta a este, sino desde la sociedad misma y cómo la institución le aporta a

esta. En últimas, la crítica que le hago a Weinrib es que solo tiene en cuenta la singularidad del individuo, dejando de lado su carácter social.

En el mismo sentido, es posible realizar una crítica a Coleman, quien desconoce el entorno social y, por extensión, la sociedad en sí misma, dentro de su análisis de justicia correctiva, razón por la cual se podrían enunciar los mismos argumentos esgrimidos contra Weinrib. No obstante, se encuentran más bondades que defectos en sus planteamientos.

Para empezar, se comparte con Coleman que las partes tengan la obligación de reparar los daños causados por actos ilícitos a la víctima y no a otro sujeto, pero que no sea necesario un equilibrio normativo preexistente de las partes entre pérdidas y ganancias de la víctima y el dañador. La razón es que, dentro de los parámetros establecidos por la ley colombiana, al momento de determinar los daños extrapatrimoniales causados por el dañador a la víctima, el margen suele ser bastante amplio, lo cual necesariamente genera un desequilibrio entre ganancias y pérdidas en algunos casos.

Así mismo, se debe mencionar la puerta que abre el profesor Coleman a la justicia distributiva en los casos en que el balance distributivo es demasiado injusto al utilizar en *stricto sensu* la justicia correctiva, dado que es posible que las condiciones materiales, tanto del dañador como de la víctima, generen un resultado completamente injusto al aplicar la indemnización.

Teniendo estas consideraciones presentes, se pasará a presentar la posición del profesor Scheffler.

2. UNA TEORÍA ALTERNA SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Como se ha presentado a lo largo de este escrito, las posiciones que ven la responsabilidad civil extracontractual a partir de un solo principio (sea la eficiencia o la retribución) resultan inconvenientes e incompletas, y, por el contrario, resultan mejor aplicables las posturas de académicos que abren una puerta a una multiplicidad de principios alternos. El caso en concreto se encuentra, por un lado, en Guido Calabresi, desde el análisis económico del derecho, al tomar la eficiencia como fin último de la responsabilidad civil extracontractual, pero imponiendo un límite en la extrema injusticia, y, por el otro, en Jules L. Coleman, desde las teorías de la justicia correctiva, partiendo desde la obligación de reparar por los daños ilícitos causados por el dañador a la víctima.

Así mismo, estas dos posiciones tienen un punto en común, es decir, la extrema injusticia al momento de reparar el daño: el primero, como respuesta a la crítica que las posiciones no consecuencialistas hacen al análisis económico del derecho, y el segundo, al analizar la relación con la justicia correctiva. Por esto, es posible encontrar un fin en común: la extrema injusticia como causa de la obligación de reparación por parte del dañador respecto a la víctima. En cuanto a este fin, el autor de este escrito considera que no cuenta con los suficientes elementos teóricos en este momento para desarrollar una posición defendible sobre esta premisa. Por ello, se limitará a dejar la cuestión sobre la mesa.

Se ha enunciado que tanto el análisis económico del derecho como la justicia correctiva tienen un punto en común, el cual es la extrema injusticia. Sin embargo, si se pretende proponer uno o varios fines para la responsabilidad civil extracontractual, es necesario tomar partido principalmente por una de las dos grandes escuelas que se han desarrollado a lo largo de estas páginas. En consecuencia, este documento se inscribe dentro de una postura consecuencialista, porque se considera que, en la medida que la sociedad sea más eficiente, a la larga terminará beneficiando al individuo. Sin embargo, no por ello es posible dejar de lado la crítica que le hace la justicia correctiva al análisis económico del derecho.

El profesor Samuel Scheffler (1994) tiene un punto de partida similar al expuesto *supra*, sin embargo, el verdadero aporte del académico, que permite moderar la posición del presente documento, radica en la creación de dos elementos para cualificar el deber de maximizar el consecuencialismo: por un lado, se limita la obligación de maximizar a través de restricciones centradas en el agente y, por otro lado, la cualificación del consecuencialismo consiste en prerrogativas centradas en el agente que le permiten no producir la consecuencia más óptima (Fabra Zamora, 2013). Frente al primer elemento, en el ordenamiento jurídico colombiano, la limitación de la obligación de maximizar se da frente a la vulneración de derechos fundamentales y, en caso de disputa entre estos, en la vulneración del núcleo central de los derechos fundamentales de los individuos; y, frente al segundo, la permisividad de no producir la consecuencia más óptima se da como la prerrogativa de no actuar en virtud de las relaciones personales y familiares del agente.

A partir de este aporte, es posible decir que el fin de la responsabilidad civil extracontractual es la maximización, teniendo como límite los derechos fundamentales del individuo y la prerrogativa que este tiene para no actuar en contra del bienestar de sus relaciones personales y familiares.

3. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL PROFESOR SCHEFFLER A TRAVÉS DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

Antes de comenzar este acápite, es necesario comentar que la fundamentación teórica pasará principalmente de un enfoque normativo a uno descriptivo. Este cambio obedece a la necesidad de fundamentar de manera correcta la existencia y veracidad de los postulados que se presentarán a continuación.

Ahora bien, los criterios establecidos por la normatividad colombiana para cuantificar el daño extrapatrimonial pueden ser desarrollados desde dos perspectivas: una perspectiva de carácter legal y otra de carácter jurisprudencial.

La primera entiende que son criterios para cuantificar el daño extrapatrimonial los enunciados en el artículo 16 de la Ley 449 de 1998. Estos son: el principio de reparación integral (devolver a la víctima a la situación en que se encontraba antes del daño [Sandoval Garrido, 2013]), el principio de equidad (entendido como un símil de justicia en el caso concreto [Valencia Zea y Álvaro, 2014]) y el principio de corrección monetaria (que no es más que la actualización de precios a un periodo determinado dado un nivel de inflación [Yoran, 1979]).

En cuanto a la segunda, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha fijado como límite los 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes, a través de sentencia del 6 de septiembre de 2001, con ponencia del consejero Alier E. Hernández Enríquez (Exp. 13.232).

Aplicando la teoría del profesor Scheffler a los criterios de cuantificación del daño, se encuentra principalmente que es necesario reevaluar la interpretación del principio de reparación integral, el principio de equidad y los límites monetarios impuestos por el Consejo de Estado.

Sobre el primero, es decir, el principio de reparación integral, es necesario partir de una relajación de este. La principal razón es que, en numerosos casos, devolver a la víctima a una situación en la cual se encontraba antes del daño no resulta la decisión más eficiente. Al respecto, es posible ejemplificar esta posición a través de la regla de Hand. Esta regla parte de la posición según la cual “un agente es culpable si, y solo si, tiene a su alcance medidas precautorias cuyo coste es inferior al valor del daño multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia y omite tomar esas medidas” (Papayannis, 2012, p. 68).

Sobre el principio de equidad, es necesario partir de la idea de que la justicia en el caso concreto puede también ser una justicia a largo plazo para la sociedad en su conjunto. Desde esta posición, la eficiencia como criterio de justicia puede

tener asidero dentro del sistema jurídico colombiano. Ciertamente, es necesario decir también que el principio de equidad no debería contener únicamente un solo principio de justicia. Por ello, la eficiencia como justicia a largo plazo no puede llegar a ser absoluta. Es aquí donde entrarían a jugar las excepciones de contenido potestativo (en relación con la potestad de no maximizar por causa de situaciones familiares y personales del individuo) y coercitivo (en relación con la obligación de no maximizar en los casos de vulneración a derechos fundamentales) propuestas por el profesor Scheffler.

Finalmente, frente a las limitaciones del Consejo de Estado, basta decir que al aplicar la regla de Hand, teniendo en cuenta el pronunciamiento del Consejo de Estado, se produciría una situación en la cual no habría un incentivo para prevenir el daño por parte del agente a cargo de realizar tal función, generando una situación de propensión al riesgo sin una justificación económica real.

CONCLUSIONES

Como se desarrolló a lo largo del presente documento, los fines de la responsabilidad civil extracontractual colombiana pueden ser establecidos a partir de una posición mixta entre justicia correctiva y análisis económico del derecho. Dicha posición se cristaliza en una teoría que propende a la eficiencia del sistema a través de la evasión del daño por medio de incentivos. Sin embargo, dicha eficiencia encuentra dos límites: por un lado, la extrema injusticia, la cual se puede solventar a través de la aplicación de la equidad y la justicia distributiva y, por el otro, las obligaciones y potestades de no maximizar en los casos en que se vulneren derechos fundamentales o se afecten intereses familiares o personales.

Así mismo, se considera que, a pesar de que lo importante para el sistema debe ser la evasión del daño a través de incentivos, esto no elimina el hecho de que las partes tengan la obligación de reparar los daños causados por actos ilícitos a la víctima y no a otra persona. Lo anterior, en la medida que no se puede relegar al ser humano a un papel secundario dentro del análisis.

REFERENCIAS

- Aristóteles (2009). *Ética a Nicómaco*. Madrid: LID Editorial Empresarial.
- Arjona Trujillo, A. M. y Rubio Pardo, M. (2002). El análisis económico del Derecho. *Precedente* (2), 115-150.
- Bentham, J. (2000). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Kitchener: Batoche Books.
- Bix, B. (2006). Teoría del derecho: tipos y propósitos. *Isonomía*, (25), 57-68. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n25/n25a4.pdf>
- Calabresi, G. (2008). *The Costs of Accidents*. New Haven: Yale University Press.
- Coleman, J. L. (1980). Efficiency, Utility and Wealth Maximization. *Hofstra Law Review*, 8, 509-551.
- Coleman, J. L. (1992). The Mixed Conception of Corrective Justice. *Iowa Law review*, 1(1), 426-444.
- Coleman, J. L. (1995). Mischief and Misfortune. *McGill Law Journal*, 41, 91-130.
- Coleman, J. L. (2010). *Riesgos y daños*. Madrid: Marcial Pons.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (6 de septiembre de 2001). Sentencia del 6 de septiembre de 2001, Expediente 13.232-15.646. [M.P. Alier E. Hernández Henríquez].
- Cooter, R. y Ulen, T. (2007). *Introduction to Law and Economics*. Boston: Pearson.
- Dworkin, R. M. (1980). Is Wealth a Value? *Journal of Legal Studies*, 9(2), 191-226.
- Epstein, R. A. (1973). A Theory of Strict Liability. *The Journal of Legal Studies*, 2(1), 151-204.
- Epstein, R. A. (1975). *Intentional Harms*. *The Journal of Legal Studies*, 4(2), 391-442.
- Fabra Zamora, J. (2013). Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual. En C. Bernal Pulido y J. Fabra Zamora, *La filosofía de la responsabilidad civil: estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de*

- la responsabilidad civil extracontractual* (pp. 22-117). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fletcher, G. P. (1972). Fairness and Utility in Tort Theory. *Harvard Law Review*, 537-573.
- Kaplow, L. y Shavell, S. (2001). Fairness versus Welfare. *Harvard Law Review*, 114(4), 961-1388.
- Papayannis, D. M. (2012). Teorías sustantivas de la responsabilidad extracontractual y la relevancia de la metodología. *Isonomía*, (37), 61-97.
- Pettit, P. (2004). El consecuencialismo. En P. Singer, *Compendio de ética* (pp. 323-336). Madrid: Alianza. Recuperado de <https://filosinsentido.files.wordpress.com/2013/07/compendio-de-etica-peter-singer.pdf>
- Posner, R. A. (1998). Utilitarismo, economía y teoría del derecho. *Estudios públicos*, (69), 507-257.
- Sandoval Garrido, D. A. (2013). Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. *Revista de Derecho Privado*, (25), 237-274.
- Scheffler, S. (1994). *The Rejection of Consequentialism: A philosophical investigation of the considerations underlying rival moral conceptions*. New York: Oxford University Press.
- Shavell, S. (1987). *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Suárez, P. (2013). Acerca de los fundamentos morales de la responsabilidad extracontractual. En C. Bernal Pulido y J. Fabra Zamora, *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual* (pp. 154-172). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Valencia Zea, A. y Álvaro, O. M. (2014). *Derecho civil. Tomo I. Parte general y personas*. Bogotá: Temis.
- Weinrib, E. J. (1980). Utilitarianism, Economics and Legal Theory. *The University of Toronto Law Journal*, 30(3), 307-332.

Weinrib, E. J. (2001). Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice. *Theoretical Inquiries in Law*, 2(1), 107-160.

Weinrib, E. J. (2012). *The idea of private law*. Oxford: Oxford University Press.

Yoran, A. (1979). Linked Compensation - Full Compensation. *Israel Law Review*, 14, 515-526.

Zerbe, R. O. (2001). *Economic Efficiency in Law and Economics*. Northampton: Edward Elgar