

TSACHI KEREN-PAZ

**DERECHO DE DAÑOS,  
IGUALDAD Y JUSTICIA  
DISTRIBUTIVA**

Traducción de  
Griselda Perrotta

Revisión de la traducción de  
Diego M. Papayannis

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	13
<b>CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN</b> .....	15
<b>CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO</b> .....	21
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	21
<b>1. JUSTICIA DISTRIBUTIVA</b> .....	22
1.1. Los participantes .....	22
1.2. El objeto distribuido.....	23
1.3. Criterios de distribución.....	23
<b>2. IGUALITARISMO</b> .....	25
2.1. Los conceptos de igualdad .....	25
2.2. Definición de «progresivo», «desventaja» y «efecto igualador».	29
2.3. Nivel en que operan las consideraciones igualitarias .....	30
<b>3. EL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA- CONTRACTUAL</b> .....	32
3.1. Instrumentalismo, pluralismo, contextualismo .....	32
3.2. Bosquejo del derecho de la responsabilidad extracon- tractual y sus metas u objetivos .....	35
<b>4. AUNANDO LAS AGUAS</b> .....	37
4.1. El derecho de la responsabilidad extracontractual igualitario en el contexto de un Estado de bienestar en decadencia.....	37

	<u>Pág.</u>
4.2. Los límites del argumento .....	39
<b>CAPÍTULO 3. DEFENSA DE LA POSTURA NORMATIVA</b> .....	43
INTRODUCCIÓN .....	43
1. FALTA DE LEGITIMIDAD .....	44
1.1. El argumento .....	44
1.2. Los efectos distributivos de la norma jurídica son inevitables. Naturaleza política del poder judicial .....	45
1.3. Elección pública .....	48
1.4. Capacidad para modificar .....	53
1.5. Justicia sustantiva vs. justicia procedimental .....	55
2. ALEATORIEDAD .....	56
2.1. La redistribución a través de la responsabilidad extracontractual no es particularmente aleatoria .....	57
2.2. La redistribución aleatoria es más justa que el <i>status quo</i> .....	60
3. COSTE EXCESIVO .....	66
3.1. En general .....	66
3.2. Eficiencia .....	68
4. INEFICACIA .....	84
4.1. Análisis institucional comparativo: ¿generará el compromiso judicial respecto de la causa igualitaria más resultados igualitarios? .....	84
4.2. Capacidad limitada de las normas jurídicas para lograr resultados distributivos .....	88
CONCLUSIÓN .....	97
<b>CAPÍTULO 4. MARCO DE APLICACIÓN</b> .....	99
INTRODUCCIÓN .....	99
1. NATURALEZA REGRESIVA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EXISTENTE .....	99
1.1. Principio <i>restitutio ad integrum</i> .....	100
1.2. Alcance de la responsabilidad .....	102
2. NIVELES EN QUE OPERA .....	103

	<u>Pág.</u>
2.1. La responsabilidad extracontractual y los esquemas de compensación alternativos .....	103
2.2. Elección del sistema .....	104
2.3. La conveniencia de ciertos ilícitos civiles y doctrinas .....	106
3. MULTIPLICIDAD DE PARTICIPANTES Y PRERROGATIVAS .....	107
3.1. Problemas conceptuales y problemas de hecho .....	107
3.2. Identificar a aquellos afectados por la norma .....	108
3.3. Dimensiones distributivas contrapuestas: bienes simbólicos y materiales .....	110
4. ORIENTACIÓN DEL RESULTADO DISTRIBUTIVO .....	111
4.1. Ampliar la responsabilidad .....	111
4.2. La limitación de la responsabilidad .....	113
4.3. Cuando la recomendación es poco clara .....	113
5. EL EQUILIBRIO ENTRE EL IGUALITARISMO Y OTRAS CONSIDERACIONES DE POLÍTICA JURÍDICA .....	114
5.1. Relevancia .....	114
5.2. Naturaleza autónoma: el igualitarismo es más amplio que la anti-discriminación .....	115
5.3. Imposibilidad de contar con una respuesta absoluta .....	115
5.4. La cuestión igualitaria no debería servir como un simple veto .....	116
5.5. Peso .....	116
5.6. Conclusión .....	121
<b>CAPÍTULO 5. EL ESTÁNDAR DE DILIGENCIA</b> .....	123
INTRODUCCIÓN .....	123
1. NOCIONES PROVENIENTES DE OTROS ENFOQUES .....	124
1.1. Justicia correctiva .....	125
1.2. Eficiencia .....	126
1.3. Dispersión de las pérdidas .....	128
1.4. Equidad .....	129
2. DEFENSA DE LA POSTURA NORMATIVA .....	130
2.1. La intuición .....	130
2.2. Justificaciones .....	132

	<u>Pág.</u>
3. ¿ESTÁNDAR O DEBER?.....	144
4. REFORMULAR EL ESTÁNDAR DE CUIDADO .....	146
4.1. El rol del igualitarismo en el análisis del estándar de diligencia .....	146
4.2. La comparación de la desutilidad: dificultades y lineamientos para los tribunales.....	149
5. ¿CÓMO FUNCIONA? .....	161
5.1. Creación activa del riesgo.....	161
5.2. Fracaso al momento de evitar el riesgo creado por terceros .....	170
6. INCONGRUENCIA CON LA RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL EXISTENTE .....	175
6.1. Estándar de diligencia .....	176
6.2. La consideración de las necesidades y la igualdad en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y en el derecho privado .....	181
CONCLUSIÓN.....	183
<b>CAPÍTULO 6. DEBER DE CUIDADO.....</b>	<b>185</b>
INTRODUCCIÓN .....	185
1. EFECTOS DEL IGUALITARISMO EN EL DEBER DE CUIDADO .....	186
2. POSIBLES SOLUCIONES AL PROBLEMA DEL DEBER DE CUIDADO PRENATAL .....	189
3. EL FUNDAMENTO IGUALITARIO CONTRA EL DEBER NO CONDICIONADO (DEBER ABSOLUTO).....	192
3.1. Los argumentos .....	192
3.2. Marco igualitario.....	195
3.3. ¿Son los recién nacidos con discapacidad demandantes des-aventajados? .....	197
3.4. ¿Deber general? .....	199
4. DEBER CONDICIONADO .....	200
4.1. La unidad de intereses entre las mujeres embarazadas y sus hijos .....	200
4.2. La tensión entre los resultados simbólicos y prácticos de la norma .....	203

	<u>Pág.</u>
4.3. Forma en que se cobran las primas: cuestiones de justicia inter-grupal e intra-grupal .....	204
4.4. Justicia intra-grupal: clase y raza .....	208
4.5. El aspecto simbólico de la responsabilidad .....	210
4.6. Comentarios complementarios respecto de la norma propuesta .....	212
4.7. El aspecto analítico: seguro, estándar y deber de cuidado...	215
4.8. El aspecto pragmático: ¿mucho que hacer acerca de nada?.	218
<b>CAPÍTULO 7. LA DISCRIMINACIÓN COMO UN SUPUESTO DE NEGLIGENCIA .....</b>	<b>221</b>
INTRODUCCIÓN .....	221
1. LA NEGLIGENCIA Y LAS ALTERNATIVAS DE RESPUESTA ANTE LA DISCRIMINACIÓN .....	221
2. LA CUESTIÓN INSTITUCIONAL .....	223
2.1. Ventajas .....	224
2.2. Desventajas .....	227
3. LAS CUESTIONES CONCEPTUALES Y NORMATIVAS .....	230
3.1. Implicaciones de elegir entre el deber y el estándar para negar la existencia de responsabilidad .....	230
3.2. Estándar.....	236
3.3. Deber .....	243
3.4. Daños .....	245
<b>CAPÍTULO 8. CONCLUSIÓN.....</b>	<b>249</b>
<b>JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>259</b>
<b>LEGISLACIÓN .....</b>	<b>263</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>265</b>
<b>ÍNDICE .....</b>	<b>277</b>