

**Guido Calabresi\***

## Hacia una teoría unificada de la Responsabilidad Civil Extracontractual

Al menos durante los últimos 50 años, dos maneras de ver la responsabilidad civil extracontractual han luchado por el predominio. Una caracterizada por los *system-builders*, como Izhak England apropiadamente calificó; la otra, por aquellos que han visto en la responsabilidad civil extracontractual la mayor manifestación de la tradición del *common law* (en adelante Ley Común) como respuesta a los incumplimientos en las relaciones interpersonales no-penales y a menudo no-contractuales.

En este documento, me gustaría explorar las relaciones entre estos dos acercamientos cuyos antecedentes en la Ley Común sugeriré encontrar –donde más sino- en los tipos de procesos que derivan del derecho privado Anglo-Americano. Sugeriré que ambos acercamientos han estado siempre ahí y que se han afectado y formado mutuamente durante los siglos e incluso continúan haciéndolo hasta el día de hoy.

En una reciente conferencia, conmemorando el 35° aniversario de mi libro *The Costs of Accidents*, Jules Coleman afirmó que aunque uno no puede concebir un mundo jurídico sin derecho penal o contractual, sí puede hacerlo sin responsabilidad civil extracontractual.

Él continuó con su sugerencia de que los *system-builders* han llegado casi a reconfigurar el mundo jurídico para llevar a cabo sólo eso. Luego añadió que si eso fuera a suceder, si la afirmación del deber de interrelacionarse -que demanda y promueve la responsabilidad personal en pro de la justicia correctiva individualizada- estuviera por desaparecer, algo importante se habría perdido. Este vacío creado tendría que ser llenado, pues de no ser así, algo se habría perdido en términos de las relaciones interpersonales del derecho. Otra área del derecho de la que tendría que ocuparse es: (a) obligaciones, (b) incumplimiento de las obligaciones, (c) la

\* Juez del Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito Federal y Profesor Emérito del *Law Emeritus and Professorial Lecturer* de la Escuela de Leyes de la Universidad de Yale. Las versiones tempranas de este documento fueron presentadas en una conferencia en honor del Profesor Izhak ENGLAND celebrada en la Universidad Bar-Ilan los días 21-25 de diciembre de 2005 (esa versión aparecerá en hebreo en un próximo libro que será editado por Daphna Barak-Erez y Gideon Sapir) y como el discurso de apertura de la conferencia sobre la Responsabilidad Extracontractual y el Estado Moderno celebrada en la Escuela de leyes de la Universidad de Columbia los días 15-16 de diciembre de 2006.

Material traducido y publicado con permiso del autor, The Berkeley Electronic Press, ©2007. Originalmente publicado en Journal of Tort Law. Disponible en <http://www.bepress.com/jtl/vol1/iss3/art1/>. Agradecemos a Francisco Juan Rosario Domínguez por su participación en la gestión del presente artículo.

causa, (d) los daños, p.e. la cartilla de definición de responsabilidad. De alguna manera en algún lugar, esa estructura doctrinal altamente personalizada y entrelazada necesitaría ser re-establecida.

Mi reacción en ese momento fue: de acuerdo, todo eso puede salir de la responsabilidad civil extracontractual, pero el derecho de la responsabilidad civil extracontractual no dejará de existir. Porque para mí la esencia del derecho de la responsabilidad civil extracontractual no es aquel conjunto de doctrinas entrelazadas o los valores que esas doctrinas supuestamente representan. No, para mí lo que caracteriza el derecho de la responsabilidad civil extracontractual es la norma de responsabilidad. Para mí, ambas son la mitad del camino entre el derecho contractual y el derecho/regulación penal.

El derecho contractual refleja el más libertario conjunto de relaciones en donde, una vez que el derecho consuetudinario ha sido dado o reconocido por el gobierno, sólo puede ser transferido si las partes por sí mismas acuerdan hacerlo a un valor individualmente determinado. La regulación o derecho penal representa el conjunto más colectivo de relaciones donde el Estado no sólo decide quién es el propietario de algo sino que determina, bajo el castigo de la sanción penal, cuándo ese derecho puede ser removido, transferido o revocado.

26

La responsabilidad civil extracontractual y otras reglas relacionadas permiten la involuntaria transferencia o destrucción del derecho consuetudinario en tanto un precio determinado colectivamente sea calculado como un resultado de esa transferencia o destrucción. En la responsabilidad civil extracontractual, el derecho consuetudinario permite ser cambiado o destruido en tanto alguien esté dispuesto a pagar los daños determinados por el Estado, esto quiere decir que alguien paga un precio determinado colectivamente. Este precio arreglado colectivamente puede ser individualmente compensatorio o supercompensatorio pero no es ni una sanción criminal ni un monto que las partes afectadas han acordado *ex ante*. Es una manera de modificar, eliminar o cambiar derechos, lo cual es la línea media entre el derecho contractual y el derecho penal.

Si esa es la responsabilidad civil extracontractual, no está en mayor peligro de extinción que el derecho contractual, el cual no está caracterizado por algún conjunto individual de reglas doctrinales (mutables) pero sí lo está por el hecho de que los individuos tienen que negociar con cada uno para cambiar el derecho consuetudinario. No está en mayor peligro de extinción que el derecho penal, el cual no está caracterizado por algún conjunto particular de re-

glas penales pero sí por el hecho de que el Estado determina no solo quién es dueño de algo sino también que cambios en el derecho consuetudinario -si existen- tomarán lugar.

La responsabilidad civil extracontractual vista de esta manera está caracterizada por un conjunto de reglas que determinan, cuándo los derechos adquiridos y los propios pueden ser cambiados pero no como resultado de un acuerdo directo entre las partes ni como resultado de las decisiones directas del Estado, sino como resultado de la voluntad de las partes al participar en las actividades que cargarán un precio determinado por el Estado, un precio que -como un resultado- limitará tanto el número, como el tipo de transferencias que ocurren y que aún permiten tales transferencias.

Como lo había escrito en un artículo llamado *Torts-The Law of the Mixed Society*<sup>2</sup>: "...todas las sociedades usan estos tres métodos todo el tiempo." De esta manera, las sociedades más libertarias del siglo XIX tuvieron derecho penal. Y las sociedades más socialistas o colectivistas tuvieron algo de derecho civil (o contractual). Y, de todos estos, en una variedad de formas han utilizado también la posición intermedia. Si esto es eminentemente predominante, que permita las transferencias como resultado de pagar un precio establecido colectivamente, o la responsabilidad civil extracontractual, tendría que haberse empleado la norma de responsabilidad. A mayor abundamiento, incluso nuestras sociedades se han convertido más en sociedades social-demócratas (más mezcladas), en ese sentido, el derecho de la responsabilidad civil extracontractual, lejos de desaparecer, se ha convertido en uno de los elementos predominantes en la estructura legal de nuestras sociedades, incluso convirtiéndose en el más importante de todos.

Desde este punto de vista, déjenme recordar una observación hecha por el grandioso estudioso jurídico Leon Lipson, quien señaló que la mayoría de los filósofos jurídicos en el occidente del siglo XIX salieron del derecho civil (o ley contractual) que fue el paradigma, el más popular de los tres acercamientos. A ello, añadió que la mayoría de los más grandes filósofos jurídicos desde los tan nombrados países socialistas (el Derecho Soviético estaba en este campo) salieron del derecho penal. El acercamiento -predominantemente colectivo- fue dominante en esas ciudades y descansó en las mentes de sus pensadores líderes. Por ello, él se preguntó si en el Estado Social-Demócrata Moderno los filósofos jurídicos saldrían de la responsabilidad civil extracontractual<sup>3</sup>.

Ahora bien ¿Es realmente esta relación con la norma de responsabilidad la que caracteriza a la responsa-

2 En American Law: The Third Century 103 (B. Schwartz ed., 1976); 56 TEX. L. REV. 519 (1978).

3 Conversación sostenida entre el autor y el Profesor Leon Lipson.

bilidad civil extracontractual? ¿Es realmente eso o es más bien el fomento de la justicia correctiva individualizada caracterizada por la relación con las obligaciones o el incumplimiento de las obligaciones, lo que causa un daño que debe ser corregido? Tal vez históricamente esta es una rara mezcla de ambos.

Retrocediendo a uno de estos grandes casos de responsabilidad civil extracontractual y de las formas de acción en la Ley Común, podemos mencionar el caso *Scott vs. Shepherd*, 3 Wils. 403, *Common Pleas* 1773, que fue resuelto en el año 1773, tres años antes de la publicación de “La Riqueza de las Naciones” (Adam Smith) y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica.

¿Qué sucedió en ese caso? La respuesta es bien conocida para todos los estudiosos de la responsabilidad civil extracontractual. Alguien, que bien podría haber sido un niño o una persona con discapacidad mental (no es claro pero sí tendría un tutor) lanzó una luminosa, un petardo (yo siempre le decía a mi clase, que era un pulpo iluminado porque el petardo suena como a un pulpo y tuve esta visión de alguien lanzando un pulpo iluminado dentro de una muchedumbre). Alguien vio este objeto viniendo hacia él e inmediatamente lo lanzó lejos, hacia alguien más. Esta persona hizo lo mismo y el petardo explota, lesionando al demandante, quien demanda a quien lo lanzó originalmente.

Una demanda de indemnización por los daños fue interpuesta contra el lanzador original pero el problema fue que no debió ser admitida. ¿Por qué? Debido a que la acción por daños es admisible para las lesiones directas y esta lesión no encaja en la definición de “directo”.

En ese momento, en lo que concierne a la demanda de indemnización, el propósito no importó, no importó que no exista falta. Si yo te golpeo, tú tienes el derecho a solicitarme una compensación. (Esto suena más como la justicia correctiva ¿no es así? Y, en realidad, lo fue). Pero, en todo caso, la lesión tuvo que ser directa.

Sin embargo, la demanda de indemnización tampoco fue admitida. Las demandas de indemnización se admiten para ciertas categorías de lesiones, sea directa o indirecta, culpable o no culpable. Así, uno podría demandar en caso de perjuicios o daños producidos por incumplimiento al deber de cuidado. El caso se admite para responsabilidad de esposo-esposa y de maestro-servidor. La culpa no fue un elemento necesario para interponer la demanda en el presente caso. Además, una lesión puede ser directa o indirecta, una compensación podría todavía estar disponible. El caso ha sido denominado como “general” pues cubrió muchas cosas; no obstante, no fue tan “general” pues no cubrió el error intencional.

En *Scott vs. Shepherd* hubo un error indirecto e intencional, el cual no parecía admisible. Y para los jueces en el siglo XVIII esto pareció absurdo. ¿Por qué

los demandantes podrían ser compensados si fueron negligente e indirectamente lesionados mas no si fueron intencional e indirectamente lesionados? Esto no tiene sentido. Y, cuando las cosas no tienen sentido para los jueces, usualmente hacen algo respecto, a pesar de que no conozcan completamente lo que están haciendo o por qué lo hacen; no obstante, tratan de encontrar sentido a la situación que afrontan.

El derecho, en el tiempo de *Scott v. Shepherd*, no tenía sentido para ellos, motivo por el cual algunos jueces trataron de crear nuevas categorías de derecho que permita una compensación. Otros, en cambio, trataron de arreglar los hechos dentro de las antiguas categorías para que las compensaciones sean posibles. Así, señalaron que la situación era como un ir y venir de información, por tanto era directa (pero no lo era). No obstante, Blackstone que estuvo en el panel señaló que la situación no encajaba y que no cambiaría el derecho.

La demanda fue introducida en el caso, donde probablemente tendría la misma reacción. Algunos jueces habrían dicho que, el hecho de que la persona necesitara de un tutor, haría concluir que el daño no fue realmente intencional y, por tanto, la demanda debería admitirse. Los jueces habrían estirado la figura por pensar que era absurdo no otorgar una compensación.

Pero, cuando algo es absurdo, uno siempre debe preguntar ¿por qué es así? ¿Cómo sucedió que el derecho llegó a requerir un resultado que parecía tan tonto para el siglo XVIII? Pensando profundamente acerca esas tonterías es que yo creo que podemos llegar a entender la relación entre la justicia correctiva y el *system building*.

Quisiera sugerir que la demanda de indemnización por daños fue simplemente una demanda sobre la justicia correctiva, la cual dispone que: “si una persona lesiona directamente a otra, entonces esta última tienen derecho a ser compensada. Para ello, no importa si existe culpa o si el daño fue hecho de manera intencional, negligente o de otra forma. Lo que importa es que la persona dañada tiene el derecho de ser compensada por el causante puesto que lo ha lesionado directamente.

Ahora bien, ¿Por qué se requiere que exista una lesión directa? Porque es necesario establecer un límite en la justicia correctiva, de otra manera –los límites ausentes como la culpa, que no aplica, o temas similares directos o próximos, que si lo hacen– todos seríamos responsables por lo que sucede en cualquier lugar del mundo. En ese sentido, es perfectamente comprensible lo que una sociedad primitiva diría: “que la justicia correctiva concede un, casi absoluto, derecho a ser compensado ante una lesión pero solo si está cercanamente vinculada al hecho, en otras palabras, si es directo”. Es igualmente comprensible que tal sociedad no esté particularmente interesada

da en la culpa o no-culpa y, esa disuasión y castigo tenga poco o nada que ver con el derecho a ser compensado. No fue un tema de que si la sociedad quiso castigar a alguien. Una persona que lesiona de manera directa puede bien no tener culpa. Tampoco fue que la sociedad quiso detener a los lesionadores. Esto, fue netamente un tema de relaciones individuales y personalizadas<sup>4</sup>.

Pero la justicia correctiva durante la etapa de transición no fue la única cosa de lo que nuestra ancestral ley de responsabilidad civil extracontractual se ocupó. Existió incluso un número de actividades que las sociedades anteriores quisieron impedir o limitar, actividades para las cuales se necesitaron incentivos para la seguridad. La Ley Común quiso hacer que los propietarios o encargados de los hoteles sean más cuidadosos, limitar la cantidad del mal olor que los trabajos hediondos emitían, que los empleadores sean más cuidadosos y que sean responsables por los costos impuestos a sus empleados. Todas estas cosas fueron también deseadas en la Ley Común.

Además, la disuasión buscada por la Ley Común fue la disuasión de categoría que los *system-builders* han discutido como la llave para lo que se logra a través de las normas de responsabilidad. Inducir la disuasión recargando los precios determinados colectivamente de categorías o personas. Eso llevará a que se comporten más cuidadosamente en aquellas situaciones en las que no pueden, y no deberían, ser alcanzadas por el derecho penal.

Las sociedades más tempranas a la Ley Común no quisieron colgar a un propietario o encargado de un hotel o posada, debido a que alguien robó los bienes de un huésped. Ellos no quisieron azotar a un esposo, porque su esposa se comportó negligentemente, o a un empleador por el cuidado de sus empleados. ¡Dios nos libre! Ellos quisieron impedir pero no castigar la delincuencia. Y esa fue la base de la acción en el caso. Esa es la razón por la cual esto fue “algo” pero no “todo”, ¡esto tuvo una muy clara rima y razón!

La compensación a la víctima no fue una parte necesaria de esto. Y, es más, la responsabilidad extracontractual como remedio que existió alrededor del mismo tiempo, puede no haber contemplado la compensación. El “Hundred” (el vecindario) era

evaluado si el ladrón no era atrapado. El “Hundred” era cargado con el monto de lo robado. Pero este monto no iba necesariamente a la persona cuya propiedad había sido robada. La compensación no fue la esencia de lo que estaba sucediendo. No fue un asunto sobre el derecho de alguien a ser compensado. Esto fue el *system-building*, no la justicia correctiva. ¿Por qué luego en una demanda de indemnización por daños se le dio a la víctima el derecho a ser compensado por el propietario del hotel, el esposo, el que causó los perjuicios, etc.? Creo que se le dio ese derecho debido a que, dando la posibilidad a la víctima de ser compensada, era la forma más eficiente de estructurar el *system-building*<sup>5</sup>.

Si uno permite a los individuos ser compensados, las víctimas demandarían y los costos de los daños serían puestos en las actividades que los rudimentariamente *system builders* quisieron cargar. Esto sería como tener todo un staff de abogados privados. La compensación no estuvo en el inicio de lo que el caso trató; la compensación fue simplemente una manera efectiva de cargar a las actividades con sus costos<sup>6</sup>.

Pero ¿qué sucedió? Cuando uno permite a las personas que sean compensadas por una lesión, aún si uno lo hace para lograr algo distinto a la compensación, estas se acostumbrarán rápidamente a tener la compensación. Llegan a imaginarlo como su derecho. He sido lesionado por negligencia. Puedo demandar, este es mi derecho a ser compensado. He sido lesionado dentro de las relaciones de maestro-sirviente, esposo-esposa. Sea lo que sea: Tengo el derecho a ser compensado.

Mis expectativas son que seré compensado y, por tanto, dicha compensación se convierte en mi derecho. Cuando se convierte en mi derecho fácilmente se vuelve parte de lo que la sociedad entiende por justicia correctiva. Además, las personas comienzan a creer que no sólo tienen derecho por la justicia correctiva a ser compensados cuando son lesionados directamente -a pesar de la culpa-, sino que también tienen derecho para ser compensados cuando son lesionados -tanto directamente como indirectamente- cuando media la negligencia de alguien, o debido a la actividad de una persona como un operador hotelero o un generador de molestias, o como resultado de la relación de esposo-esposa.

*“Lo que importa es que la persona dañada tiene el derecho de ser compensada por el causante puesto que lo ha lesionado directamente”.*

4 Mientras que la existencia de los imperativos de la justicia correctiva han sido reconocidos al menos desde Aristóteles, solo esos imperativos existieron para alguna sociedad que fue extraordinariamente mutable.  
 5 La necesidad de but for cause, demostró que en la action on the Case jugó un rol similar y altamente efectivo en la producción de la correcta disuasión de categoría en un simple sistema de la Ley Común. Ver Guido CALABRESI, *Concerning Cause and The Law of Torts*, 43 U. CHI. L. REV 69 (1975).  
 6 Al respecto, la Ley Común y la action on the Case fueron muy poco sofisticadas como lo pensé para estar en la discusión de disuasión de categoría en *The Costs of Accidents*. La elección del Ley Común del nivel de categoría en la cual poner el incentivo, p.e. el propietario del hotel, el empleador, el contaminador, levanta muy bien al análisis económico moderno. Ver, generalmente, Guido CALABRESI, *The Costs Of Accidents: A Legal And Economic Analysis* (1970).

Cuando esto sucede, no pasa mucho tiempo para que las personas digan: ¡Cielo santo!, si tengo un derecho en la justicia correctiva para ser compensado cuando me lesionan indirectamente por negligencia, seguramente debería tener un derecho en la justicia correctiva para ser compensado cuando me lesionan por un error intencional, aunque sea indirecto<sup>7</sup>.

Y así es como llegamos al problema de *Scott v. Shepherd*, a la paradoja que la Ley Común, no había compensación sobre los hechos de ese caso y, aún “todos”, creen que debería haberlo. ¿Por qué tomó tanto tiempo que la paradoja se convierta en problemática? ¿Por qué el derecho no señaló que si alguien lesiona a otra persona intencional e indirectamente, deberá ser disuadida por medio de una demandada de indemnización? Si uno piensa acerca de esto, la respuesta es fácil. Si una persona lesiona a otra intencionalmente, aunque sea de manera indirecta, debe ser sancionada. Esto fue un error intencional. Fue un crimen. El estado colgó al equivocado; azotó al maleante. Después de esto, expulsó al criminal.

La disuasión individual por causa del derecho penal fue draconiana y, ¡no había necesidad para la disuasión de categoría! Y, desde que no hubo necesidad de la disuasión de categoría, no hubo necesidad para iniciar una demanda por indemnización. Tampoco había razones para compensar. La lesión fue indirecta, y en la Ley Común original –que se limitaba a las lesiones directas- la noción de cuándo la compensación por justicia correctiva está justificada, permanecía. ¡La justicia correctiva requiere de compensación siempre que la víctima haya sido lesionada –a pesar de la culpa- pero indirectamente!

Eso, tuvo sentido hasta que surgió la necesidad de disuasión en las áreas donde la sociedad ya no quería colgar, arrastrar, ni descuartizar. Entonces, se pasó a la demanda de indemnización, es decir, a la responsabilidad basada en la negligencia (y ocasionalmente basada en el status) con compensación tanto a las víctimas indirectas como directas. La sociedad quiso cargar los costos de las lesiones –tanto directos como indirectos- a algunas actividades y, por razones de eficiencia, se hizo mediante el otorgamiento a las personas del derecho a demandar, las cuales van a esperar la compensación. Y las expectativas, por supuesto, son siempre en las raíces de la justicia correctiva. Una pequeña maravilla que la paradoja desarrolló.

No puedo decirles si esta descripción es fantasía o si es realmente verdad. ¿Quién puede decir lo que las personas en la antigüedad realmente estuvieron pensando? Se ha dicho que los abogados siempre

imaginaron el pasado con la finalidad de recordar el futuro. Entonces puede ser que mi descripción sea completamente imaginativa. Pero esto es lo único que encontré que tenga lógica para lo que sucede. Y esta es una descripción que tuvo –pienso- las grandes consecuencias para el presente y para la relación entre el *system-building* y la justicia correctiva.

En otra conferencia en Roma, un orador señaló que uno de los problemas que el sistema legal tiene con los *system-building* a los que Calabresi se asocia –el habló de mí en tercera persona a pesar de que sabía que estaba ahí- es que el *system-building* crea expectativas que son bastante costosas o hasta imposibles para que la sociedad las cumpla. No sé si este crea expectativas que son imposibles pero, ciertamente, tuvo el efecto de crearlas, p.e. alterar nuestras nociones de justicia correctiva.

En otras palabras, si –con la finalidad de impedir el recargo de “los costos” de ciertas actividades- una sociedad concede a las personas el derecho a ser compensados, tales compensaciones seguramente incidirán en lo que las personas piensan que son sus derechos. Y, en cambio, seguramente afectará las nociones que la sociedad tiene sobre la justicia correctiva, tal y como sucedió en la transición entre la indemnización y la indemnización por daños en el siglo XVIII.

Sobre el particular, los estudiosos de la justicia correctiva en dicha sociedad podrían decir que es absurdo dejar de compensar en situaciones similares o relacionadas. Y, prontamente, esa sociedad comenzará a otorgar compensaciones en circunstancias en las que no esté justificada desde un punto de vista de la disuasión y que no haya sido visto desde un punto de vista original o inicial de la justicia correctiva.

Yo creo que esta clase de interacción ha afectado nuestra visión de daños punitivos, también como de los daños emocionales y otros daños no cuantificables. Déjenme decir solo unas pocas palabras acerca de este tema para indicar mi línea de pensamiento.

Los constructores del sistema pueden querer cargar más a las actividades que causan daños emocionales. Si hay un terrible accidente en la calle mientras manejo estando enfermo, ¿Por qué este costo no es cargado a aquellos que causaron el accidente? En realidad lo es. Pero si la sociedad me da un motivo para demandar acción en dicha situación no solo me sentiré enfermo por unos pocos minutos sino por días. Y no es que me esté haciendo el enfermo. ¡Me siento mal por días porque la sociedad me ha dado el derecho para sentirme mal! Una vez que el sistema legal me concede un derecho, insisto sobre ese

7 No sorprende que el requerimiento de but for cause (ver nota 5, supra), tan querido por los estudiosos de la justicia correctiva, llegara a acumular a sí mismo un brillo de justicia análogo. Y este brillo continua ahí, aún enfrentando (a) varias excepciones justificadas del *system-building* clásico a un requerimiento absoluto de una causa *sine qua non*, ver p.e. *Corey v. Havener*, 182 Mass 250 (1902); *Summers v. Tice*, 33 Cal.2d 80 (1948), y (b) de los más recientes, el uso ocasional de las causas estadísticas, ver p.e. *Sindell v. Abbott Labs.*, 26 Cal. 3d 588 (1980), *Hymonowitz v. Eli Lilly & Co.* 73 N.Y.2d 487 (1989).

derecho y mantengo ese derecho. Esto es de lo que trata la justicia correctiva. Estamos retrocediendo a la paradoja del siglo XVIII.

El caso es similar con los daños punitivos. En orden de impedir correctamente una actividad, debemos adjudicar un múltiplo de los daños sufridos para el demandante. Ello, debido a que el demandado no puede detener al responsable cada vez que impone tales costos sociales<sup>8</sup>. Pero si estos costos de “compensación social” son adjudicados al demandante –por ser una manera eficiente de calcular los costos sobre los demandados- a su debido tiempo los demandantes verán tales daños como su derecho y pronto se sentirán engañados, si no lo tienen.

¿Cuál es la solución? Bueno, una solución sería que pudiéramos separar completamente el derecho a compensar (limitándolo de acuerdo a nuestras nociones existentes en aquel entonces de justicia correctiva) del recargo de aquellas actividades que tenemos que pagar para que tengan los incentivos para estar seguros-, que pudiéramos hacer pagar a las personas de acuerdo a los incentivos que queremos que ellos asuman y dar compensaciones sólo cuando las nociones pre-existentes de la justicia correctiva justifiquen la compensación, y si pudiéramos hacer ambos completamente –separadamente uno de los otros- la paradoja de *Scott v. Shepherd* sería evitada<sup>9</sup>.

A veces, llamo a eso “Nueva Zelanda con esteroides” –el sistema de Nueva Zelanda pero trabajado de una manera lejanamente más articulada- si pudiéramos no tener la tensión constante entre la justicia correctiva y el *system-building* eso hubiera caracterizado al derecho de la responsabilidad civil extracontractual durante siglos. Evitaríamos las situaciones en las que uno está pujando y jalando al otro<sup>10</sup>. Pero no es fácil de hacer y no estoy seguro de que eso sería lo que una sociedad quería de cualquier manera, quizás los sistemas político-legales como esa clase de pujar y jalar. En efecto, estos pueden depender de sólo tales

empujones y jalones para promover lo que ven como el cambio deseable.

Estuve al borde de trabajar en estas cosas cuando me volví Decano y paré de pensar en ello. Tal vez algún día regrese ha tratar de esbozar un sistema que separe los dos y luego analizaría y criticaría ese sistema. Lo haría porque creo que en algún lugar de esa línea de pensamiento reposa el vínculo entre la justicia correctiva con sus requerimientos de responsabilidad personal y los requerimientos de la disuasión del *system-building*.

Los estudiosos de la justicia correctiva aciertan completamente al decir que nosotros perderíamos algo de valor si perdemos lo que la justicia correctiva representa. En algún momento, los imperativos de justicia que representan las nociones de la justicia correctiva de una sociedad determinada deberán ser cumplidos. Y esa es la razón para la continua sobrevivencia y la atracción de tal saber.

Pero, nosotros perderíamos algo tan esencial como si estuviéramos por abandonar la disuasión general y la norma de responsabilidad del *system-building*. Para la justicia correctiva es crucial ciertas nociones de la responsabilidad personal en las relaciones humanas. Así, es la norma de responsabilidad, esencial para contrarrestar las actividades hechas por las personas a las cuales no queremos colgar, personas quienes, si fueran sujetos al castigo penal, simplemente fallarían al hacer las cosas que son demasiado peligrosas pero, en vez, fallarían al meterse en la actividad que conlleva peligro. Nosotros no queremos personas que manejen negligentemente. Pero, si encarcelamos a las personas que tienen accidentes negligentes, las personas no manejarían con cuidado o autos seguros, ¡simplemente no manejarían!

En algún lugar en esa línea del pensamiento, y en el siglo XVIII el caso del petardo iluminado, admite un campo unificado de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, la clase de teoría a la cual yo creo que nuestra erudición debería cada vez más recurrir.

8 El multiplicador, *su raison d'être* y sus límites, han sido analizados con gran habilidad y minuciosidad por Sharkey, Shavell y Polinsky, y Hylton. Ver Catherine M. Sharkey, *Punitive Damages as Societal Damages*, 113 Yale L.J. 347 (2003); A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages – An Economic Analysis*, 111 HARV. L. REV. 870 (1998); Keith N. Hylton, *Punitive Damages and Economic Theory of Penalties*, 87 GEO. L.J. 421, 456 (1998). Está también discutido en las opiniones del Juez Richard Posner y del autor. Ver, *KEEMEZY v. PETERS*, 79 F. 3d 33 (7th Cir. 1996); *Ciraolo v. New York*, 216 F. 3d 236, 242 (2d. Cir. 2000) (Calabresi J., conjuntamente) Para una discusión general sobre las varias razones por las que se puede pensar si vale la pena que los daños punitivos puedan ser indemnizables, solo alguno de ello empezaron involucrando un derecho del demandante a recobrar tales daños, ver Guido CALABRESI, *The Complexity of Torts – The Case of Punitive Damages*, en *Exploring Tort Law* (M. Stuart Madden ed., 2005).

9 Por supuesto, la colocación de los correctos incentivos económicos pueden también requerir compensación de las víctimas y eso hace una separación mucho más dura.

10 Mientras que en este trabajo he estado principalmente interesado en como el *system-buildings* afecta la justicia correctiva, es igualmente importante examinar como las nociones cambiantes de justicia correctiva afectan el *system-building*. Como nuestros valores, gustos, y sentidos de justicia cambian, también lo harán las asignaciones de incentivos que mayormente le sirven a ellos. Además, si los individuos valoran algo –su sentido de propiedad sobre sus hogares- de lo gravemente dañados que resultarían si esa propiedad les pudiera ser quitada, aún si es por un pago de dominio eminente y adecuado completamente, es incorrecto decir que la protección de dicha regla de responsabilidad es más eficiente que la simple regla de protección de la propiedad. Por la ausencia de ese gusto o valor, el pastel podría ser más grande si la propiedad fuera tomada y la compensación pagada. Es, en efecto, idéntico decir a las personas que les gusta el caviar que ellos pueden alimentarse más barato si comen patatas. Esto sería indudablemente cierto pero no nos dice nada acerca de la eficacia. Ver: Guido CALABRESI & A. DOUGLAS MELARMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972). Así, esto queda con un sabor “caro” que refleja un sentido de la sociedad de justicia.