



Guido Calabresi(*)

Hacia una **teoría unificada** de la responsabilidad extracontractual(**)

“LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y OTRAS REGLAS VINCULADAS A ELLA PERMITEN LA TRANSFERENCIA INVOLUNTARIA O LA DESTRUCCIÓN DE TITULARIDADES SIEMPRE Y CUANDO SE DETERMINE COLECTIVAMENTE EL PRECIO QUE SE CONCEDERÁ POR ELLAS, COMO RESULTADO DE SU TRANSFERENCIA O SU DESTRUCCIÓN”.

Desde, por lo menos, los últimos cincuenta años ha existido una lucha por la supremacía entre dos maneras de observar la responsabilidad extracontractual. Una caracterizada por quienes son constructores de un sistema (*system-builders*), como el profesor Izhak Englard ha tenido a bien denominarnos; la otra se encuentra formada quienes ven en la responsabilidad extracontractual la más alta manifestación de la tradición del *Common Law*: responder frente a las infracciones de carácter no criminal o a menudo las lesiones de relaciones interpersonales no contractuales.

En el presente trabajo exploraremos la relación entre ambas aproximaciones, las cuales creemos, tienen como antecedentes jurídicos comunes en formas específicas de acción (¿en dónde, sino?), de donde deriva en gran medida el moderno derecho privado angloamericano. Plantearemos que estas aproximaciones han existido desde siempre y que se han afectado (y dado forma) mutuamente por siglos y que continúan haciéndolo hoy.

(*) Juez del Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de Norteamérica. Asimismo, es Profesor Emérito y *Professorial Lecturer* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale.

Versiones previas del presente artículo fueron presentadas en la conferencia en honor al Profesor Izhak Englard, celebrada en la Universidad Barlian entre los días 21 y 25 de diciembre de 2005 (tal versión aparecerá traducida al hebreo en un libro por publicarse a ser editado por Daphna Barak-Erez y Gideon Sapir) y como discurso de apertura en la conferencia *Tort Law and the Modern State* celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia entre los días 15 y 16 de setiembre de 2006.

(**) El presente artículo fue publicado originalmente en *Journal of Tort Law*, Volumen 1, n.º 3, artículo 1, 2007, bajo el título: *Toward a unified theory of torts*. La traducción y la publicación se hacen bajo la autorización expresa del autor y del *Journal of Tort Law*. La traducción del inglés, así como la gestión de las autorizaciones, estuvo a cargo de Renzo E. Saavedra Velazco. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Se han añadido notas del traductor para procurar esclarecer y/o enriquecer algunos pasajes del trabajo traducido o para incluir algunas referencias bibliográficas, las cuales serán identificadas con la abreviatura (NT).



Hacia una teoría unificada de la responsabilidad extracontractual

En una reciente conferencia, la cual marcaba el trigésimo quinto aniversario de nuestro libro *The Costs of Accidents*⁽¹⁾, Jules Coleman afirmaba que mientras uno no podía concebir el mundo jurídico sin el Derecho Penal o el Derecho Contractual, uno si podía concebirlo sin la responsabilidad extracontractual.

Él sugería que los constructores de sistemas han llegado casi a reconfigurar el mundo jurídico para realizar precisamente ello. Luego agregé que si esto llega a suceder, si se consolidan las relaciones jurídicas, las cuales demandan y promueven la responsabilidad personal en aras de una justicia correctiva individualizada, entonces algo significativo se perdería. El vacío creado tendría que ser cubierto, en tanto que, de no ser así, algo se perdería en términos de relaciones jurídicas interpersonales. La nueva área del derecho tendría que ocuparse de: (i) el deber; (ii) el incumplimiento de tal deber; (iii) la causalidad; y, (iv) los daños; esto es, la definición de responsabilidad de los manuales. En efecto, de alguna manera, y en alguna parte, esta altamente personalizada y consolidada estructura doctrinal tendrá que ser restablecida.

Nuestra reacción en ese momento fue: sí, todo ello puede dejar de pertenecer a la responsabilidad extracontractual, sin embargo, el derecho de la responsabilidad civil extracontractual no dejará de existir. Ello en la medida que para nosotros la esencia de la responsabilidad extracontractual no es el conjunto de doctrinas consolidadas o el valor que estas doctrinas supuestamente representan. En nuestra opinión, lo que en realidad caracteriza el derecho de la responsabilidad extracontractual es la existencia de una regla de responsabilidad (*liability rule*). Desde nuestra perspectiva, el derecho de la responsabilidad extracontractual y la regla de responsabilidad se encuentran a mitad de camino entre el derecho de los contratos y el derecho penal (o la regulación).

El Derecho contractual refleja el más libertario conjunto de relaciones, en las que una vez que una titularidad ha sido dada o reconocida, ella sólo puede ser transferida si las propias partes acuerdan hacerlo a un precio determinado individualmente. Por su parte, la regulación (o el derecho penal) representa al más colectivo conjunto de relaciones en las que el Estado no sólo decide a quien le pertenece que, sino que llega a determinar, bajo la amenaza de la sanción penal, cuando una titularidad puede ser removida, transferida o abrogada.

“¿POR QUÉ EXISTE EL REQUISITO DEL PERJUICIO DIRECTO? PORQUE DEBE EXISTIR ALGÚN TIPO DE LÍMITE PARA LA JUSTICIA CORRECTIVA, PUES DE LO CONTRARIO -AL NO EXISTIR LÍMITES TALES COMO LA CULPA, LA CUAL NO APLICA, O ALGÚN TIPO DE PROXIMIDAD O DIRECCIÓN- TODOS SERÍAMOS RESPONSABLES POR TODO LO QUE SUCEDE EN CUALQUIER PARTE DEL MUNDO”.

La responsabilidad civil extracontractual y otras reglas vinculadas a ella permiten la transferencia involuntaria o la destrucción de titularidades siempre y cuando se determine colectivamente el precio que se concederá por ellas, como resultado de su transferencia o su destrucción. En la responsabilidad extracontractual, las titularidades se desplazan o se destruyen siempre que alguien asuma el pago de un resarcimiento determinado por el Estado, dicho en otras palabras, si es que alguien paga el precio que colectivamente se ha determinado. Tal precio colectivamente fijado puede ser tanto compensatorio como supra-compensatorio, pero no es ni un sanción penal ni un monto sobre el cual las partes afectadas puedan acordar *ex ante*. Es una manera de cambiar, destruir o desplazar titularidades que se encuentra a mitad de camino entre el derecho penal y el contrato.

Si eso es la responsabilidad extracontractual, especulamos, no es que exista un peligro de extinción mayor que el que pesa sobre el derecho contractual, cuya esencia no se encuentra en el conjunto individual de (mutables) reglas doctrinales, sino que se

(1) El título en español es *El coste de los accidentes*.



Guido Calabresi

encuentra en el hecho de que los sujetos tienen que negociar entre sí para desplazar sus titularidades. No existe tampoco un riesgo de desaparición de la responsabilidad extracontractual que sea mayor al riesgo de extinción del derecho penal, el cual no se encuentra caracterizado por ningún conjunto particular de reglas penales, sino que en realidad se encuentra caracterizado por el hecho de que el Estado determina no solo a quien pertenece que titularidad, sino también los cambios que, de ser el caso, podrán darse sobre dichas titularidades.

De esta manera, el derecho de la responsabilidad extracontractual se encuentra caracterizado por un conjunto de reglas que determinan cuando las titularidades o las pertenencias pueden ser desplazadas. No como resultado de un acuerdo directo entre las partes, ni como resultado de una decisión directa del Estado, sino como resultado de la voluntad de quienes participan en las actividades a las que se les hace asumir el precio que será determinado por el Estado, precio que logrará, como consecuencia, limitar el número y el tipo de transferencias que puedan ocurrir, y sin embargo permitir tales transferencias.

Como hemos escrito en un artículo que lleva por título *Torts - The law of the mixed society*^{(2)(NT1)}: "(...) en todas las sociedades se emplean los tres métodos todo el tiempo". Así, aun las más libertarias sociedades del siglo XIX tenían el Derecho Penal. Aun las sociedades más socialistas y colectivistas tenían derecho contractual. Y, todas ellas, en una variedad de formas, han empleado también el campo intermedio: sea la expropiación, que permite la transferencia como resultado de un precio que es fijado por la sociedad; o, la responsabilidad extracontractual, que emplea la regla de responsabilidad. Asimismo, en atención a que nuestras sociedades se han tornado más social-democráticas, más mixtas, entonces este camino, la opción de la responsabilidad extracontractual, lejos de desaparecer, se ha convertido en uno de los elementos dominantes de la estructura jurídica de nuestras sociedades. Llegando a ser más importante que los otros dos caminos.

Desde este punto de vista, nos permitimos recordar una observación efectuada por el gran académico, Leon Lipson. Él sostenía que la mayoría de los juristas (*legal philosophers*) occidentales del siglo XIX salieron del derecho contractual. El derecho contractual fue el paradigma, el más popular de estas tres aproximaciones. A ello le agregó luego que la mayoría de los grandes juristas de los, así denominados, países socialistas (el Derecho soviético era su campo de estudio), salieron del derecho penal. La aproximación con impronta colectiva fue dominante en estos países y por lo tanto se encontraba en las mentes de sus líderes intelectuales. Y luego se preguntaba si es que en el moderno estado social-democrático los juristas no habrían de salir acaso de la responsabilidad extracontractual⁽³⁾.

Sin embargo, ¿es realmente esta relación en la regla de responsabilidad la que caracteriza a la responsabilidad extracontractual? Lo cual es lo que decimos. Empero, ¿es realmente así?, o, más bien, y para promover la justicia correctiva individualizada, ¿la responsabilidad extracontractual se encuentra caracterizada por la existencia de un deber, el incumplimiento de tal deber y las consecuencias perjudiciales que deben ser corregidas? Tal vez la historia sea una extraña mezcla entre estas dos ideas.

Permítasenos recordar uno de los casos más importantes de la responsabilidad extracontractual del *Common Law*, y por tanto de sus formas de acción, a saber: *Scott v. Shepherd*, 3 Wils. 403, *Common Pleas* 1773. Fue resuelto en 1773, vale decir, tres años antes de la publicación de *The Wealth of Nations*⁽⁴⁾ y de la declaración de independencia.

(2) En: *American Law: The Third Century*. Editado por B. Schwartz, 1976, p. 103; y en *Texas Law Review*, Volumen 56, 1978, p. 519.

(NT1) El artículo al que se alude cuenta con una traducción en nuestro medio, la cual lleva por título *La Responsabilidad Civil Extracontractual. El Derecho de una Sociedad Mixta*, traducción de Alfredo Bullard, en *Thémis*. Segunda época, n.º 23, 1992, p. 43 y siguientes.

(3) Conversación entre el autor y el profesor Leon Lipson.

(4) El título en español es: *La riqueza de las naciones*.



Hacia una teoría unificada de la responsabilidad extracontractual

¿Qué sucedió en el caso aludido? El cual es muy conocido para los especialistas en responsabilidad extracontractual. Alguien, podría haber sido un niño o una persona mentalmente discapacitada (*handicapped*) (ello no queda claro, pero sí que tenía un guardián), arrojó un petardo encendido, (siempre solemos decirle a la clase, un pulpo encendido porque petardo (*squib*) suena a pulpo y porque tenemos la imagen de una persona arrojando un pulpo^(NT2) encendido a una muchedumbre). Alguien observa que el petardo se le aproxima e inmediatamente lo arroja a otro lugar, hacía otra persona, y esta persona hace lo propio. Finalmente, el petardo explota y ocasiona perjuicios al demandante, quien demanda a la persona que lo arrojó originalmente.

Una *action in Trespass* se inició contra la persona que arrojó originalmente el petardo. Pero el problema fue que esta acción no era aplicable. ¿Por qué? Porque ella se aplica por los daños directos y este daño no calzaba con la definición de directo que se manejaba en aquella época. En ese momento, en lo que concierne a la *action in Trespass*, la intención no importaba, la culpa no interesaba, la ausencia de culpa no se analizaba. Si alguien te golpeaba, tenías el derecho a recuperar el daño del dañador (suena terriblemente parecido a la justicia correctiva, ¿no es así? Y lo es). Pero el daño tiene que ser directo.

Sin embargo, una acción de *Trespass on the Case* tampoco resultaba aplicable. Este tipo de acción se aplica para cierto tipo de perjuicios, sean directos o indirectos, basados en la culpa o en la ausencia de culpa. Así, alguien podría demandar bajo esta acción por las molestias en razón de vecindad (*nuisance*) o bien por la responsabilidad del hospedante (*innkeeper liability*), por responsabilidad por los hechos del cónyuge o por los hechos de los dependientes. Como se observa, la culpa no era un elemento necesario para este tipo de acción. Asimismo, un perjuicio podía ser directo o indirecto y aún ser admisible la recuperación de tales daños. El *Trespass on the Case* ha sido calificado como un cajón de sastre porque cubre muchos supuestos. Empero, y como esperamos demostrar más adelante, en realidad no se trata de un cajón de sastre. La única cosa que, sin embargo, el *Trespass on the Case* no cubre es, precisamente, la generación de perjuicios de manera intencional.

En *Scott v. Shepherd* existió un daño intencional e indirecto, el cual no parecía calzar ni en la *action in Trespass* o en el *Trespass on the Case*. A los jueces del siglo XVIII esto les pareció un absurdo. ¿Por qué los demandantes podían ser resarcidos si es que eran negligentemente lesionados, sin embargo no lo eran si es que la lesión se producía intencionalmente de modo indirecto? Ello no tenía ningún sentido. Y cuando las cosas no tienen sentido para los jueces usualmente hacen algo, aunque a menudo no saben qué es lo que están haciendo o por qué lo hacen. A pesar de ello, intentan darle sentido a las situaciones que enfrentan.

En el tiempo de *Scott v. Shepherd* el Derecho no tenía ningún sentido para los jueces, y entonces algunos de ellos intentaron crear nuevas categorías jurídicas que permitiesen la imposición de resarcimientos. Otros, por su parte, intentaron calzar los hechos en las viejas categorías para lograr que el resarcimiento fuese posible. Estos decían: “bueno, es como una pelota que rebota, entonces el daño es directo” (lo cual no es correcto). Pero Blackstone, quien se encontraba en el panel, respondía: “No, no, no, no calza. No cambiaré la regla”.

La demanda que hubiese sido interpuesta basándose en *Trespass on the Case* probablemente hubiera causado la misma reacción. Algunos jueces habrían dicho: en tanto la persona necesita un guardián, su conducta no resulta realmente intencional, entonces concedámosle la solicitud, etcétera. Los jueces habrían estirado la figura porque creían que era algo absurdo negar el resarcimiento en un caso de ese tipo.

Sin embargo, uno siempre debe preguntarse cada vez que algo le parezca absurdo, “¿por

(NT2) El autor se refiere a que la palabra inglesa *squib*, que significa “petardo”, se asemeja mucho a *squid*, que es la palabra con la que se designa al calamar.



Guido Calabresi

qué esta allí?”, ¿qué pasó para que el Derecho llegue a solicitar un requisito que parece tan tonto en el siglo XVIII?”. Es precisamente recapacitando acerca de lo absurdo de dicha exigencia que se puede comprender, en nuestra opinión, la relación entre justicia correctiva y la construcción del sistema.

Permítanos sugerir que una *action in Trespass* es simplemente una acción de justicia correctiva. Digamos: si sufrimos un daño directamente tendremos el derecho de ser compensados. No interesa si es que el agente dañoso resulta culpable o si no tiene culpa, si fue intencional, negligente o cualquier otra cosa: tendremos el derecho a ser resarcidos porque se nos ocasionó un daño directamente.

¿Por qué existe el requisito del perjuicio directo? Porque debe existir algún tipo de límite para la justicia correctiva, pues de lo contrario -al no existir límites tales como la culpa, la cual no aplica, o algún tipo de proximidad o dirección- todos seríamos responsables por todo lo que sucede en cualquier parte del mundo. Entonces resulta perfectamente comprensible que en la sociedad de la época se diga: la justicia correctiva nos brinda casi un derecho absoluto de recuperarnos cuando alguien nos daña pero sólo si el perjuicio se encuentra estrechamente vinculado a tus actos, si es que es, en otras palabras, directo. Es igualmente comprensible que tal sociedad no estará particularmente interesada en la culpa o en la ausencia de ella, y que la prevención y el castigo tienen poco o nada que hacer con el derecho a ser reparado. No interesa si es que la sociedad quiere castigar a alguien, el dañador directo podría no ser culpable. Tampoco es que la sociedad desee prevenir tales daños, puesto que es totalmente una cuestión de relaciones personalizadas e individuales⁽⁵⁾.

Sin embargo, la justicia correctiva a través del *Trespass* no fue la única cosa con la que se enfrentó nuestro antiguo derecho de la responsabilidad extracontractual. A su vez, existían cierto número de actividades que dichas sociedades querían prevenir o limitar, actividades en las que se debían dar incentivos para la seguridad. El *Common Law* deseaba que los hospedantes fuesen más cuidadosos, limitar la cantidad de hedor que las fabricas que podían generarlos emitían, incentivar a los

empleadores a ser más cuidados y por lo tanto hacerlos responsables por los costos generados por sus empleados.

Y la prevención que el *Common Law* buscaba era del mismo tipo que aquella que los constructores del sistema consideran es la clave de lo que se alcanzará a través de las reglas de responsabilidad. Se induce prevención al trasladar precios determinados de manera colectiva a las personas o a categorías de ellas. Ello las guiará a ser más cuidadosas en situaciones en las que no podría, o no debería, emplearse al derecho penal.

Las antiguas sociedades del *Common Law* no deseaban colgar a un hospedante porque alguien le robara sus bienes a un huésped de su establecimiento. Tampoco se quería que se flagele a un marido porque su mujer se había comportado de manera negligente, o que le suceda ello a un empleador por la imprudencia de su empleado. ¡No lo quiera Dios! Lo que deseaban era prevenir y no sancionar criminalmente. Y este fue el fundamento del *Trespass on the Case*. Por ello, queda claro que en realidad era cualquier otra cosa menos un cajón de sastre; tenía un sentido y una razón muy clara.

Y resarcir a la víctima no era necesariamente parte de ella. En efecto, remedios semejantes a la responsabilidad extracontractual que existieron aproximadamente por la misma época pudieron no haber contemplado del todo el resarcimiento. El *Hundred* (el vecindario) evaluó los costos de si un ladrón no era capturado. Luego se le trasladó el costo de sus robos. Empero, el monto no fue necesariamente a favor de la persona cuya propiedad había sido robada. Como es obvio, el resarcimiento no fue

(5) Mientras que la existencia de imperativos de justicia correctiva ha sido reconocida al menos desde Aristóteles, lo que se entiende por tales imperativos para una sociedad dada resulta absolutamente mutable.



Hacia una teoría unificada de la responsabilidad extracontractual

la esencia de lo que estaba sucediendo. No fue un asunto de si alguien tenía el derecho a ser reparado. Era la construcción de un sistema y no justicia correctiva. ¿Por qué luego, en virtud del *Trespass on the Case*, se otorgó a la víctima el derecho a ser reparado a costa del hospedante, marido, vecino y así por el estilo? Podríamos asumir que se otorgó ese derecho porque dar resarcimientos a favor de las víctimas resultaba una manera altamente eficiente de estructurar la construcción de un sistema⁽⁶⁾.

Si uno permite que los individuos sean resarcidos, las víctimas demandarán y los costos del perjuicio serán colocados en aquellas actividades que debían asumirlos en opinión de los iniciales constructores del sistema. Era como tener un equipo privado de fiscales generales. El resarcimiento no era al inicio de lo que trataba el *Trespass on the Case*; el resarcimiento era simplemente un modo efectivo en que las actividades asumían sus costos⁽⁷⁾.

Pero, ¿qué sucedió? Cuando uno permite que los individuos sean resarcidos de un daño, incluso si uno lo hace para lograr algo más que el resarcimiento del daño, las víctimas lo emplearán rápidamente para alcanzar su reparación. Lo considerarán su derecho. Si uno es dañado por la negligencia de otro, entonces la víctima demandará. Es su derecho de reparación. Si se es dañado por alguien de la relación marido-mujer o comitente-locador, entonces: se tiene el derecho a ser resarcido.

Las expectativas se centran en la reparación del daño y tan pronto sucede, la reparación se convierte en un derecho.

Cuando se convierte en un derecho fácilmente pasa a formar parte de la noción social de justicia correctiva. Por ello, las personas empiezan a creer no sólo que tienen un derecho basado en la justicia correctiva a ser reparados cuando son dañados directamente (e independientemente de la culpa), sino que también tienen un derecho basado en la justicia correctiva a ser reparados cuando son dañados -sea directa o indirectamente- por la negligencia de alguien o a través de la actividad que desarrolla, sea como hospedante o como creador de una molestia por razón de vecindad o como resultado de la relación marido-mujer.

Cuando ello sucede no tardará mucho para que las personas digan: “no quiera Dios que sufra un daño, pero si tengo un derecho basado en la justicia correctiva a ser reparado cuando alguien me lesiona indirectamente debido a su negligencia, entonces seguramente debo tener un derecho basado en la justicia correctiva a ser resarcido cuando se me daña de manera intencional, incluso si es indirectamente”⁽⁸⁾.

Y así es como llegamos al problema de *Scott v. Shepherd*. Era paradójico que en el *Common Law* no se brindara reparación para los hechos del caso y que, sin embargo, “todos” creyesen que sí procedía. ¿Por qué

(6) Se necesita de un “pero” aquí, pues se muestra más probable de lo que es, en el *Trespass on the Case* jugó un rol similar y altamente efectivo al acercar la categoría correcta de prevención en un sistema simple del *Common Law*. Véase, en general, CALABRESI, Guido. *Concerning cause and the law of torts*. En: *University of Chicago Law Review*, Volumen. 43, 1975, p. 69 y siguientes.

(7) En este aspecto el *Common Law* y el *Trespass on the Case* eran tan sofisticados como se les consideró al discutir la categoría de prevención en *El coste de los accidentes*. La elección del *Common Law* acerca del nivel de la categoría en la cual se coloca el incentivo, por ejemplo, el hospedante, el empleador, el contaminador, es bien explicada por el moderno análisis económico. Véase, en general, CALABRESI, Guido. *The costs of accidents: A legal and economic analysis*. Yale University Press, New Haven, 1970.

(8) No causará sorpresa la necesidad de un “pero” aquí, véase supra nota al pie (4), la justicia correctiva tan querida por los académicos llegó a acumular en sí misma un brillo análogo a la justicia. Y tal brillo permanece, incluso a la luz de (i) varias justificadas excepciones clásicas a la construcción de sistemas basados absolutamente en el requisito de la causalidad como *conditio sine qua non*, véase, por ejemplo, *Corey v. Havener*, 182 Mass 250 (1902) y *Summers v. Tice*, 33 Cal.2d 80 (1948); y, (ii) los más recientes y ocasionales usos de la causalidad estadística, véase, por ejemplo, *Sindell v. Abbott Labs.*, 26 Cal.3d 588 (1980) y *Hymonowitz v. Eli Lilly & Co.*, 73 N.Y.2d 487 (1989).



Guido Calabresi

el Derecho no dijo mucho antes: “si tu dañás intencional pero indirectamente a alguien, serás disuadido de ello a través del *Trespass on the Case*?” Si uno piensa sobre ello se percatará que la respuesta es sencilla: cuando alguien daña a alguien intencionalmente, incluso de manera indirecta, el dañador era ahorcado o flagelado pues era un ilícito intencional. ¡Era un crimen! El Estado habría colgado al agresor o bien flagelado al malhechor, más tarde desterraría al criminal.

La prevención individual a través del derecho penal era draconiana y, por tanto, no había necesidad de una categoría de prevención. Y en tanto no existía necesidad para una categoría de prevención, no había necesidad para una *Trespass on the Case*. Tampoco existía una razón para la compensación. El daño era indirecto, y el *Common Law* primigenio, se encontraba limitado por la dirección, pero la noción de cuando el resarcimiento se encontraba justificado por la justicia correctiva permaneció. La justicia correctiva requería de compensación, siempre que la víctima sufría daños -con independencia de la culpa- pero solo si había sido lesionada directamente.

Este razonamiento tiene perfecto sentido hasta que se necesita la prevención en áreas donde la sociedad no desea colgar, destripar, desmembrar, etcétera. Ello nos lleva al *Trespass on the Case*, vale decir, a un caso de responsabilidad basado en la culpa (y ocasionalmente en el status) en el que se otorga un resarcimiento tanto a las víctimas directas cuanto a las indirectas. La sociedad desea que se traslade el costo de los daños -sean directos o indirectos- a ciertas actividades y, por razones de eficiencia, lo hizo otorgando el derecho a demandar. Las personas entonces llegaron a esperar su resarcimiento. Y la expectativa, por supuesto, es siempre el fundamento de la justicia correctiva. Ante ello no es de extrañar que la paradoja se presente.

No podemos decir si la descripción es fantasía o es realmente verdad. ¿Quién puede decir lo que las personas del pasado realmente estaban pensando? Se dice que los abogados siempre imaginan el pasado para recordar el futuro. Entonces, es posible que nuestra descripción sea completamente fantástica. Pero es la única a la que le encontramos sentido sobre lo que estaba sucediendo. Además pensamos que es una descripción que tiene grandes consecuencias para el presente y para las relaciones entre los constructores del sistema y la justicia correctiva.

En otra conferencia, realizada en la ciudad de Roma, un relator afirmó que uno de los problemas jurídicos que tenían los sistemas se encontraba asociado con el tipo de construcción de sistema que Calabresi proponía -nos aludía en tercera persona, a pesar que estábamos allí-, el cual era un sistema que creaba expectativas que eran muy costosas, o incluso imposibles, para que la sociedad las alcance. No sabemos si la propuesta crea expectativas que son imposibles, pero ciertamente tiene el efecto de crearlas, ello al alterar nuestras nociones de justicia correctiva.

En otras palabras, si una sociedad -para lograr prevención- hace que ciertas actividades asuman sus costos, lo cual realiza otorgando a las víctimas el derecho a la reparación, ello con seguridad afectará lo que tales personas consideran que son sus derechos. A su vez, también se afectará las nociones de la sociedad sobre la justicia correctiva, tal como sucedió entre la *action in Trespass* y el *Trespass in the Case* en el siglo XVIII.

En ese punto, los estudiosos de la justicia correctiva en tal sociedad dirán: “es absurdo no otorgar reparación en situaciones similares o relacionadas”. Y muy pronto la sociedad comenzará a otorgar resarcimientos en circunstancias en las que ello no se encontraba justificado desde el punto de vista de la prevención y tampoco desde la perspectiva de la justicia correctiva original o primigenia.

Creemos que este tipo de interacción ha afectado nuestra visión de los *punitive damages*, así como de los resarcimientos por daño emocional y por otros perjuicios de carácter no económico. Déjennos decir algunas palabras acerca de estos, para que se entienda nuestra línea de pensamiento.

Los constructores de sistemas pueden desear que las actividades que causan daños



Hacia una teoría unificada de la responsabilidad extracontractual

emocionales asuman más costos. Por ejemplo, si existe un terrible accidente en una calle mientras alguien conduce sintiéndose mal, ¿por qué este no sería un costo que deba trasladarse adecuadamente a quien causó el accidente? Sin embargo, si la sociedad nos otorga una acción ante tal situación, tal persona no se sentirá mal por unos minutos, sino que se sentirá mal por días. Y no es que ella este exagerando sus síntomas. Se sentirá mal por días debido a que la sociedad le ha otorgado el derecho a sentirse mal. Una vez que el sistema jurídico nos otorga un derecho, lo ejerceremos y valoraremos ese derecho. De eso es lo que trata la justicia correctiva. Estamos de regreso en la paradoja del siglo XVIII.

Ello es similar a lo que sucede en el caso de los *punitive damages*. Para prevenir de manera adecuada una actividad, a menudo debemos otorgar un monto superior a los daños que sufrió el demandante específico. Tal manera de proceder se explica en la medida que el dañador no siempre será identificado o encontrado responsable cada vez que cause un costo social⁽⁹⁾. Pero si los costos socialmente compensatorios son otorgados a los demandantes debido a que es una manera eficiente de asignar costos sobre el demandado entonces, y a su debido tiempo, los demandantes comenzarán a ver tal resarcimiento como su derecho y muy pronto se sentirán engañados si es que no lo obtienen.

¿Cuál es la solución? Bueno, una solución sería si pudiésemos dividir de manera completa, por un lado, el derecho al resarcimiento (limitación que, en nuestra opinión, debiera ser la noción existente de justicia correctiva) y, por otro

“LAS EXPECTATIVAS SE CENTRAN EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y TAN PRONTO SUCEDE, LA REPARACIÓN SE CONVIERTE EN UN DERECHO. CUANDO SE CONVIERTE EN UN DERECHO FÁCILMENTE PASA A FORMAR PARTE DE LA NOCIÓN SOCIAL DE JUSTICIA CORRECTIVA”.

lado, la asunción de los costos por parte de las actividades a las que queremos hacer pagar por ellos; si se lograra entonces dichas actividades tendrían los incentivos para ser más seguras. Si podemos hacer que las personas paguen de acuerdo a los incentivos que queremos que afronten y a su vez dar un resarcimiento solo si, y cuando, preexistan nociones de justicia correctiva que justifiquen la reparación (y si pudiésemos hacer ambas cosas de manera separada entre sí) entonces la paradoja de Scott v. Shepherd se evitaría⁽¹⁰⁾.

En ocasiones llamamos a esto Nueva Zelanda con esteroides, es decir como el sistema de (responsabilidad extracontractual de) Nueva

(9) El factor superior (*multiplier*), es la *raison d'être* (razón de ser) y su límite ha sido analizado con gran habilidad y minuciosidad por Sharkey, Hylton, Shavell y Polinsky. Véase, SHARKEY, Catherine. *Punitive damages as societal damages*. En *Yale Law Journal*, Volumen. 113, 2003, p. 347 y siguientes; POLINSKY, Mitchell A. y Steven SHAVELL. *Punitive damages: An economic analysis*. En: *Harvard Law Review*, Volumen. 111, 1998, p. 870 y siguientes.; y, HYLTON, Keith N. *Punitive damages and the economic theory of penalties*. En: *Georgetown Law Journal*. Volumen. 87, 1998, p. 421 y siguientes. También se ha discutido la opinión del juez Posner y la del autor. Véase, Keemezy v. Peters, 79 F.3d 33 (Sétimo. Circuito 1996); Ciralao v. New York, 216 F.3d 236, 246 (Segundo. Circuito, 2000).

Para una discusión general sobre las varias razones por las que los *punitive damages* podrían ser dignas de ser entregados, solo algunas de las cuales parten del derecho del demandante a recibir una reparación por los daños sufridos, véase. CALABRESI, Guido. *The complexity of torts - The case of punitive damages*. En: *Exploring Tort Law*. Edición al cuidado de M. Stuart Madden, Cambridge University Press, Nueva York, 2005.

(10) Desde luego, la asignación de los correctos incentivos económicos puede también requerir de la compensación de las víctimas y ello torna mucho más complicada tal separación.



Guido Calabresi

Zelanda, pero construido de una manera mucho más elaborada^(NT3). Si lo hiciéramos, podríamos no tener la tensión constante entre justicia correctiva y la construcción del sistema que ha caracterizado la responsabilidad extracontractual por siglos. Asimismo, se evitarían las situaciones en las que una empuja y tira de la otra⁽¹¹⁾. Sin embargo, ello no es tan sencillo de hacer y no estamos seguros de que sea una sociedad que deseáramos. Tal vez deseamos los sistemas jurídico-políticos que se caracterizan por esta relación de empujar y tirar. En efecto, depende de que tipo de empujones y tirones, y, más allá de ello, se tendría que observar el cambio que se desea alcanzar.

Estábamos a punto de trabajar en estas materias cuando asumimos el Decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale y dejamos de pensar en ellas. Probablemente algún día regresemos a ellas e intentaremos esquematizar un sistema que separe ambas. Y luego analizaremos y criticaremos tal sistema. Haríamos ello porque creemos que en algún lugar de esa línea de pensamiento descansa el enlace entre la justicia correctiva (con sus requisitos de responsabilidad personal) y los requisitos de un sistema que genera prevención.

Los académicos que centran su atención en la justicia correctiva están en lo correcto cuando dicen que perderíamos algo valioso si es que perdiésemos lo que representa la justicia correctiva. En un momento dado protegeremos los imperativos de la justicia, los cuales se encuentran representados precisamente por las nociones de justicia correctiva de la sociedad. Y esta es la razón de la supervivencia y el atractivo de tales enseñanzas.

Perderíamos algo tan esencial si es que abandonáramos la prevención general y el sistema construido en base a reglas de responsabilidad. Si la justicia correctiva es crucial para ciertas nociones de responsabilidad personal en las relaciones humanas, entonces la regla de responsabilidad es esencial para la prevención de actividades realizadas por personas a las que no queremos colgar, personas que -aun si fueran sometidas a la sanción criminal- no lograrían evitar realizar actividades que resultan muy peligrosas, y, en lugar de ello, evitarían ingresar a las actividades que implican tal peligro. No deseamos que haya personas que conduzcan de manera negligente pero si las encerráramos no por este hecho manejarían de modo más cuidadoso o tendrían vehículos más seguros, sino que ¡no tendríamos conductores!

En algún lugar de esta línea de pensamiento, y en el caso de un petardo que fue arrojado encendido en el siglo XVIII, descansa la teoría unificada de la responsabilidad extracontractual. Este es el tipo de teoría a la que los académicos debiéramos prestar cada vez más atención.

(NT3) Se refiere al sistema de compensación general por accidentes propio de Nueva Zelanda. A través de este mecanismo, existe un fondo que responde, sin requerir la prueba de la culpa, frente a los daños personales que se ocasionen como consecuencia de un accidente. De esta manera, se ha cerrado la vía de las demandas judiciales por reparación de daños y, por lo tanto, se ha satisfecho las expectativas resarcitorias de la víctima.

(11) Mientras que en este trabajo nos hemos preocupado principalmente de cómo la construcción de un sistema afecta la justicia correctiva, es igualmente importante examinar cómo el desplazamiento de las nociones de justicia correctiva afecta la construcción del sistema. Como nuestros valores, percepciones y sentido de la justicia cambian, entonces también lo hará la asignación de incentivos que les sirven de manera más eficiente. Así, si los individuos valoran algo -digamos el sentido de pertenencia de sus hogares- entonces serían gravemente heridos si es que tal titularidad les fuese retirado, incluso si se les paga totalmente una adecuada indemnización por la expropiación. Resulta incorrecto decir que tal regla de responsabilidad es más eficiente que la protección de una regla de propiedad simplemente porque, ausente tal percepción o valor, la cuota sería mayor si la propiedad fuese tomada y se pagase la compensación. Esto es, en efecto, idéntico a decir que las personas a quienes les gusta el caviar podrían ser alimentadas de manera más económica si es que comiesen papas. Esto sería indudablemente cierto, pero no nos dice nada acerca de la eficiencia. Véase en general, CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. *Property rules, liability rules and inalienability: One view of the Cathedral*. En: *Harvard Law Review*. Volumen. 85, 1972, p. 1089 y siguientes. Y entonces es con una percepción "costosa" con la que se refleja el sentido de justicia de determinada sociedad.