



Giuseppe Dari-Mattiacci^(*) y Francesco Parisi^(**)

Reglas de responsabilidad: Una taxonomía económica^(***)(****)

Liability Rules: An Economic Taxonomy

Resumen: El análisis de la responsabilidad civil extracontractual ha sido una de las aplicaciones más y mejor desarrolladas aplicaciones de la metodología económica en el estudio del Derecho. En el presente ensayo, ofrecemos un vistazo general de la aproximación económica a la responsabilidad civil extracontractual, analizando los efectos de las reglas de responsabilidad en los incentivos de precaución. Catalogamos una variedad de regímenes de responsabilidad, desglosando sistemáticamente las posibles asignaciones de responsabilidad en términos de reglas primarias y secundarias; así como describimos como sus transformaciones distribuyen los costos de los accidentes (y los incentivos concomitantes para tomar las medidas precautorias). Consideramos luego que circunstancias empíricas o facticas pueden determinar que un régimen de responsabilidad extracontractual sea preferido sobre otro desde la perspectiva del legislador.

Palabras clave: Responsabilidad Extracontractual - Análisis Económico del Derecho - Reglas Primarias - Reglas Secundarias - Negligencia - Responsabilidad Objetiva

Abstract: The analysis of tort law is one of the most well-developed applications of economic methodology in the study of law. In this essay, we provide an overview of the economic approach to tort law, analyzing the effects of liability rules on care incentives. We catalogue a variety of possible tort regimes, systematically breaking down possible assignments of liability in terms of primary and secondary rules, and describe how their permutations distribute the costs of accidents (and the concomitant incentives to exercise precautionary care). We further consider what factual circumstances may

(*) Abogado por la Universidad de Roma “La Sapienza”. Master (LLM) en Law and Economics por la Universidad de Utrecht, Doctor (Ph.D.) en Law and Economics por la Universidad de Utrecht. Profesor en Universidad de Amsterdam. Director de Amsterdam Center for Law and Economics.

(**) Abogado por la Universidad de Roma “La Sapienza”. Master (LLM) por la Universidad de California, Berkeley. Doctor (Ph.D.) en Law and Economics por Universidad George Mason. Profesor de Derecho de la Universidad de Minnesota y profesor de Economía de la Universidad de Bologna.

(***) A los autores les gustaría agradecer a Daniel Pi y Sarah Clark por su valiosa investigación y asistencia editorial.

(****) El presente artículo ha sido publicado en: Mauro Bussani y Anthony Sebok (eds.), *Comparative Tort Law: Global Perspectives*, (Cheltenham: Edward Elgar, 2015); bajo el título: *Liability Rules: An Economic Taxonomy*. La traducción y publicación se hacen bajo la autorización expresa de los autores. Las gestiones estuvieron a cargo de Augusto Tomás Hostia Cardeña. Traducción realizada por Luis Alberto Mena Alferes, estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro ordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.

Reglas de responsabilidad: Una taxonomía económica *Liability Rules: An Economic Taxonomy*

render one tort regime preferable to another from the perspective of policymakers.

Keywords: Torts - Law & Economics - Primary Rules - Secondary Rules - Negligence - Strict Liability

1. Introducción

La perspectiva predominante entre los académicos del análisis económico del derecho consiste en que “minimizar el costo social de los accidentes” es el propósito principal de la responsabilidad civil extracontractual (Trimarchi, 1959a, 1959b, 1961, y 1967, Calabresi 1961 y 1970)⁽¹⁾. A diferencia de las actividades criminales, que la sociedad considera completamente indeseadas y, en consecuencia, impermisibles, las actividades potencialmente dañosas generadoras de responsabilidad extracontractual son ordinariamente deseadas. Por ejemplo, actividades como conducir automóviles, los procesos de manufactura, operar tiendas y restaurantes, así como la práctica médica son actividades valiosas para la sociedad que solamente de manera incidental crean una situación de potencial daño. La aproximación económica se dirige a distribuir el costo de estos accidentes de manera eficiente, de forma tal que los beneficios esperados de dichas actividades, sopesadas contra los costos esperados, sean maximizados. Partiendo de la asunción que los beneficios de las actividades que potencialmente pueden generar responsabilidad extracontractual sean arreglados o controlados (asunción que más adelante consideraremos), la

aproximación económica busca minimizar el costo total de los accidentes.

Podemos analizar los “costos de los accidentes” como resultantes de tres fuentes: (i) precauciones, (ii) el daño mismo, y (iii) el litigio (Calabresi, 1970). Ordinariamente, estos costos son compartidos entre tres partes: el causante del daño, quien soporta los costos de su precaución, de la responsabilidad derivada del daño, y una parte del costo de la del litigio; las víctimas, quienes, de semejante forma, soportan los costos de su precaución, del daño y comparten el costo de la corte; y los contribuyentes, quienes soportan una porción de los costos del litigio⁽²⁾. Nótese que ni el potencial causante del daño ni la potencial víctima soportan el total esperado del costo de los accidentes, lo que significa que ninguna de las partes se verá totalmente incentivada a minimizar dichos costos⁽³⁾. Es esta desalineación de incentivos -entre los incentivos privados de las partes y el objetivo social- es la que los académicos del análisis económico del derecho han tratado como el problema central de la responsabilidad extracontractual.

Ahora, es menester resaltar que si bien el cálculo costo-beneficio es una herramienta

- (1) Sobre la obra de Trimarchi, véase Giampaolo Frezza y Francesco Parisi, “Pietro Trimarchi”, en Jürgen G. Backhaus (ed.), *Elgar Companion to Law and Economics*, (Cheltenham: Edward Elgar, 1998).
- (2) También parte del daño puede recaer sobre los contribuyentes en la forma de un sistema de salud más costoso, pero dejamos este elemento al margen.
- (3) Una forma alternativa de proveer incentivos es mediante la regulación de las conductas dañosas. Sobre la elección entre la regulación y la responsabilidad civil y su uso combinado véase Donald Wittman, “Prior Regulation versus Post Liability: The Choice between Input and Output Monitoring”, *Journal of Legal Studies* 6, (1977), 193-212; Steven Shavell, “Liability for Harm Versus Regulation for Safety”, *Journal of Legal Studies* 13, (1984a), 357-374; Steven Shavell, “A Model for Optimal Use of Liability and Safety Regulation”, *Rand Journal of Economics* 15, (1984b), 271-280; Charles D. Kolstad, Thomas S. Ulen y Gary V. Johnson, “Ex Post Liability for Harm vs. Ex Ante Safety Regulation: Substitutes or Complements?”, en *American Economic Review* 80, (1990), 888-901; Patrick W. Schmitz, “On the Joint Use of Liability and Safety Regulation”, en *International Review of Law and Economics* 20, (2000), 371-382; y Gerrit De Geest y Giuseppe Dari-Mattiacci, “Soft Regulators, Tough Judges”, en *Supreme Court Economic Review* 15, (2007), 119-140. Para una reciente contribución a este tópico, véase Daniel Kessler (ed.), *Regulation vs. Litigation. Perspectives from Economics and Law*, (Chicago: The University of Chicago Press, 2011).



Giuseppe Dari-Mattiacci y Francesco Parisi

utilizada por los economistas modernos, los legisladores desde hace mucho han entendido la necesidad de balancear los costos y los beneficios producidos por las actividades que sean calificadas como deseables. Las raíces intelectuales de la responsabilidad extracontractual pueden ser rastreadas tan atrás en el tiempo como antiguo es el principio romano consistente en que la parte que cosecha los beneficios (*commoda*) de una actividad, debe también soportar los costos derivados de dicha actividad (*incommoda*).⁽⁴⁾ Y, en un sentido amplio, el análisis económico de la responsabilidad civil extracontractual puede ser visto como la mera formalización de esa intuición pre teórica.⁽⁵⁾

Debido a que los accidentes generadores de responsabilidad extracontractual son generalmente un producto colateral de actividades humanas consideradas como deseadas y socialmente valiosas, el sistema de responsabilidad debería estar diseñado para permitir (y alentar) a las partes a emprender actividades generadoras de riesgo en la medida que el valor de dichas actividades justifique el riesgo generado.⁽⁶⁾ Formalizando la optimización del problema, las variantes relevantes serían: (i) el valor de las actividades creadoras de riesgo, (ii) la probabilidad de un accidente resultante de dichas actividades, (iii) la severidad del daño en caso de un accidente, (iv) el costo de la precaución, y (v) los costos administrativos del sistema de justicia. Hay varias reglas legales comúnmente reconocidas que reparten o asignan responsabilidad entre las partes, cada una produciendo

valores diferentes para las variables precedentes. En este ensayo, catalogamos estos varios regímenes de responsabilidad extracontractual, proveyendo una visión taxonómica en conjunto de los incentivos de las partes bajo las diferentes transformaciones de las reglas de responsabilidad.

2. Modelos de responsabilidad extracontractual

El análisis económico de la responsabilidad civil extracontractual comenzó con los influyentes trabajos de Trimarchi y Calabresi.⁽⁷⁾ El potencial completo de la aproximación económica alcanzó valor internacional tras la publicación de la obra de Calabresi "The Cost of Accidents" (1970). Dicha obra consolidó aquellos tempranos desarrollos en un coherente y poderoso aproximamiento teórico. Calabresi identificó tres objetivos del sistema de responsabilidad civil extracontractual, ordenados por importancia: (i) la reducción del total de los costos de los accidentes, (ii) la asignación del riesgo, y (iii) la minimización de los costos administrativos del sistema. Por una buena razón, el primer objetivo ha inspirado el mayor esfuerzo por parte de los académicos del análisis económico del derecho.

- (4) Aunque en un contexto diferente (la atribución del costo y el beneficio producidos por las actividades de un esclavo hacia su maestro), una declaración de este tipo puede ser encontrada en el Digesto de Justiniano, D. 14. 3. 1 (Ulp. 28 ad ed.)
- (5) Véase Francesco Parisi, "Alterum non Laedere: An Intellectual History of Civil Liability", en *American Journal of Jurisprudence* 39, (1994), 317-351; y "Genesis of Liability in Ancient Law", en *American Law and Economics Review* 3, (2001), 82-124.
- (6) Véase, por ejemplo, el balance de costos y beneficios patrocinado por el *Restatement (Second) of Torts 291*: "Where an act is one which a reasonable man would recognize as involving a risk of harm to another, the risk is unreasonable and the act negligent if the risk is such magnitude as to outweigh what the law regards as the utility of the act or of the particular manner in which it was done".
- (7) Pietro Trimarchi, "Il caso fortuito quale limite della responsabilità per il danno da cose. Contributo and una teoria del rischio di impresa" (Fortuitous Event as a Limit of the Liability for Damage Caused by Things. Contribution to a Theory of Entrepreneurial Risk), en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, (1959a), 808-862; "La responsabilità per il fatto dei dipendenti. Contributo and una teoria del rischio di impresa" (Liability for Damage Caused by Employees. Contribution to a Theory of Entrepreneurial Risk), en *Rivista di diritto civile*, (1959b), 604-679; *Rischio e responsabilità oggettiva* (Risk and Strict Liability), (Milano: Giuffrè, 1961); y *Causalità e danno* (Causality and Damage), (Milano: Giuffrè, 1967); Guido Calabresi, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", en *Yale Law Journal* 70, (1961), 499-553; y Guido Calabresi y A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral", en *Harvard Law Review* 85, (1972), 1089-1128.

Reglas de responsabilidad: Una taxonomía económica

Liability Rules: An Economic Taxonomy

El segundo objetivo –la asignación de riesgos- ha sido mejor tratado por medio de los sistemas de seguros que por la responsabilidad extracontractual. Los accidentes son el resultado del riesgo. Las habilidades de las partes para lidiar con el riesgo dependen de sus características individuales; algunos individuos son más adversos al riesgo que otros, por lo que si la responsabilidad civil extracontractual fuera a tomar la asignación del riesgo como objetivo primario, tendría que asignar la pérdida siempre a la parte menos adversa al riesgo. Mientras que esto es posible en algunos subconjuntos de casos (por ejemplo, donde una parte es una empresa y la otra un sujeto individual), el principio no se generaliza de manera sencilla. Así, los esfuerzos de los académicos del análisis económico del derecho se han enfocado tradicionalmente en los seguros como el mecanismo preferido y con mayor capacidad de adaptación para la redistribución del riesgo.⁽⁸⁾

De manera similar, el tercer objetivo (la minimización de los costos administrativos del sistema de responsabilidad extracontractual) tradicionalmente ha jugado un rol secundario en el análisis económico de la responsabilidad civil extracontractual. Aunque se ha reconocido tempranamente como Holmes (1881) que el sistema de responsabilidad civil extracontractual era un mecanismo extraordinariamente costoso para compensar a las víctimas. Los costos judiciales tienden a ser empujados por los beneficios derivados de crear un nivel de incentivos de cuidado y actividad apropiados. Como tal, y por lo tanto, los académicos del análisis económico del derecho han considerado tales costos solamente cuando dos reglas eran equivalentes con respecto a los incentivos. Relegar este objetivo a una mera función de desempate subestima su importancia, especialmente a la luz del incremento de la preocupación por los costos totales de los sistemas judiciales.⁽⁹⁾ No obstante, los recientes esfuerzos en investigación sobre los costos administrativos de la responsabilidad civil extracontractual están típicamente enmarcados alrededor del ámbito de la propia responsabilidad (o si reemplazar los incentivos proveídos por el sistema de responsabilidad extracontractual

con regulación particular) antes que la selección de un régimen de responsabilidad extracontractual. Así, el análisis de incentivos se mantiene desempeñando el rol central en la examinación y comparación de las reglas de responsabilidad.

Incluso después de identificar un objetivo, se mantiene la pregunta metodológica respecto de cómo se debe entender la relación entre los accidentes y el Derecho. En su revolucionario artículo, Calabresi y Melamed (1972) instaron a los juristas, a emplear modelos en sus análisis sobre los problemas legales. Por supuesto, depender de modelos impone dos desventajas obvias: en primer lugar, los modelos solo eligen *aspectos* del fenómeno de la vida real, lo que, en segundo lugar, conlleva ajustes incómodos entre las categorías teóricamente definidas y las excentricidades de las circunstancias fácticas particulares. Sin embargo, las desventajas son usualmente compensadas por la claridad que ofrecen dichos modelos, los cuales confieren la ventaja de enfocar el análisis sobre las relaciones esenciales entre los elementos importantes a efectos de generar proposiciones precisas y comprobables sobre el Derecho y sus efectos en el comportamiento de las personas.

Los modelos no necesitan ser formalizados bajo un lenguaje matemático. No obstante, la formalización añade un estrato adicional de precisión, y en el mundo de la responsabilidad extracontractual, la matematización ha generado avances sustanciales en nuestro entendimiento de los incentivos. Brown (1973) fue el primero en formalizar el análisis de Calabresi. El modelo formal de Brown

(8) Véase Steven Shavell, "On Liability and Insurance," en *Bell Journal of Economics* 13, (1982), 120-132; *Economic Analysis of Accident Law*, (Cambridge: Harvard University Press, 1987); y "On the Social Function and the Regulation of Liability Insurance", en *Geneva papers on Risk and Insurance: Issues and Practice* 25, (2000), 166-179.

(9) Para resolver este problema, algunas jurisdicciones han optado por lidiar con la compensación por pérdidas accidentales fuera del sistema de responsabilidad civil; véase R. Ian McEwin, "No-Fault Compensation Systems," en Boudewijn Bouckaert y Gerrit De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. II, (Cheltenham: Edward Elgar, 2000).



Giuseppe Dari-Mattiacci y Francesco Parisi

estableció el estándar⁽¹⁰⁾ a partir del cual una enorme cantidad de literatura al respecto se fue desarrollando, extendiendo y modificando así el trabajo de Brown. El esfuerzo de Brown fue largamente exitoso debido a que pudo identificar efectivamente los elementos clave del problema. Dado que los accidentes son una consecuencia probabilística de las conductas de las víctimas y de los causantes del daño (junto con otros factores exógenos), Brown identificó “accidentes” con su costo esperado (la probabilidad de ocurrencia multiplicada por la magnitud del daño) y describió tales costos de accidentes esperados como una función matemática del nivel de cuidados precautorios de la víctima y del causante del daño. Los cuidados, en el modelo de Brown, son aportes a la producción de la esperada pérdida generada por el accidente.

Algunas asunciones bastante plausibles pueden ser realizadas a partir de esta función: primero, la pérdida esperada generada por el accidente decrecerá si la víctima y/o el causante del daño incrementan sus niveles de cuidado (este es el punto de las precauciones); lo que significa que dicha pérdida disminuye en un índice decreciente (esto es, acumular más y más precauciones tendrá un efecto menguante). La última asunción es consistente con la ley del rendimiento marginal decreciente, pero puede también ser fácilmente justificada observando que la parte que puede escoger entre varias medidas precautorias, todas igual de costosas (por ejemplo, prender las luces al manejar de noche o tener la radio sintonizada en un canal de emergencia), va a priorizar las más efectivas (las luces encendidas), de tal manera que las medidas precautorias tenderán a ser naturalmente ordenadas en términos de su efectividad.⁽¹¹⁾

La influencia del modelo de Brown puede ser atribuida a su parsimoniosidad: captura sorpresivamente muchos aspectos de la responsabilidad extracontractual pero emplea solamente unos pocos elementos, haciendo a dicho modelo sumamente poderoso y fácilmente extensible. Por supuesto, “*el pudín se prueba cuando se come*”. El primer paso fue mostrar que el modelo podía describir el comportamiento de las partes en ausencia de cualquier responsabilidad. Bajo un régimen de “no responsabilidad”, la víctima soportaría daño total más su

costo de precaución, mientras que el causante del daño, por su parte, solamente soportaría su costo de precaución. El modelo de Brown predice que el causante del daño no tendrá incentivos para ejercer cuidado o precaución alguna, ello debido a que la precaución impondría costos pero no rendirían ningún beneficio para dicho causante. Por ponerlo de otra manera: los beneficios de la precaución del causante son externalizados hacia la víctima. Como con cualquier externalidad positiva, la acción subyacente (precaución o cuidado) resultará en una escasez de suministro.

Por supuesto, “la escasez de suministro” implica afirmar que hay un suministro óptimo de cuidados precautorios. En este punto, uno necesita definir una medida de cuidado socialmente óptima a efectos de evaluar si (o en qué medida) la no responsabilidad sufre de dicha escasez de suministro. Es obvio que en la mayoría de las situaciones de la vida real, el máximo cuidado sería excesivo. Si el máximo cuidado fuese deseable, la ley podría simplemente prohibir el uso de automóviles y las pérdidas por accidentes de tránsito se disminuirían hasta llegar casi a cero. Sin embargo, los automóviles no son prohibidos habida cuenta del enorme “costo” (esto es, los beneficios perdidos) de tal extrema solución. Calabresi y Brown sugieren que el nivel socialmente óptimo de cuidado es aquel con el cual se logra el mínimo costo total de los accidentes. Así, los niveles socialmente óptimos de cuidado del causante del daño y de la víctima son tales que la suma del daño y de los costos precautorios son mínimos. Desde el punto de vista óptimo, cualquier nivel de cuidado más elevado aumentaría el costo total de los accidentes debido a un incremento

(10) Un modelo alternativo fue proveído por Peter A. Diamond, “Accident Law and Resource Allocation,” en *Bell Journal of Economics* 5, (1974b), 366-405; y “Single Activity Accidents,” en *Journal of Legal Studies* 3, (1974a), 107-162.

(11) Véase Robert D. Cooter y Thomas S. Ulen, “An Economic Case for Comparative Negligence,” en *New York University Law Review* 81, (1986), 1067-1110.

Reglas de responsabilidad: Una taxonomía económica

Liability Rules: An Economic Taxonomy

en los costos de cuidado, mientras que menores niveles de cuidado elevarían el costo total de los accidentes debido a un incremento en el daño esperado.⁽¹²⁾ La formalización de Brown de la función matemática del daño esperado garantiza un único punto óptimo, lo cual facilita enormemente el análisis posterior.

Aunque uno pueda ser escéptico sobre si sumar los costos de cuidado y del daño esperado es la forma “correcta” de describir el costo social total de los accidentes, esta aproximación tiene dos grandes ventajas: permite un punto de referencia simple respecto del cual analizar la responsabilidad extracontractual y puede ser fácilmente modificado para acomodar factores adicionales. El importante paso analítico hecho en este modelo inicial fue el trazar un mecanismo con el cual comparar los efectos del Derecho contra un punto de referencia normativo “ideal”. Análisis subsecuentes han refinado este punto de referencia y han introducido otras variables importantes, como la posibilidad de que los accidentes resulten en pérdidas no compensables, o en dolor y sufrimiento. Otros análisis han extendido el modelo para investigar distintas cuestiones, como la discusión relativa a si la compensación derivada de la responsabilidad extracontractual debería tener correlato con la riqueza de las partes.⁽¹³⁾

Una vez que un objetivo (cualquier objetivo, como discutimos más arriba) para la responsabilidad extracontractual es definido y clarificado, se puede analizar y comparar diferentes reglas de responsabilidad contra éste y plantear proposiciones precisas sobre si la ley tiene éxito o fracasa en la obtención de dicho objetivo. En el modelo Calabresi-Brown, el objetivo primario del sistema de la responsabilidad es la reducción del costo total de los accidentes.

Retornando a nuestro análisis de no responsabilidad, es fácil ver que, cuando quiera que el causante pueda tener un

impacto en el daño soportado por la víctima (esto es, al ejercitar mayor cuidado), una regla de “no responsabilidad” fracasará en proveer los incentivos adecuados para que dicha parte ejercite de cuidado adecuado, porque los beneficios de la precaución (esto es, la reducción en la pérdida del accidente esperada) es completamente externalizada hacia la víctima. Desde que el causante del daño solamente ve el costo y ningún beneficio del ejercicio de la precaución, será *particularmente* óptimo para aquel no ejercitar cuidado. En contraste, la víctima (quien debe soportar el costo total del daño) se encuentra completamente incentivada a ejercitar precauciones óptimas. No obstante, calculamos el bienestar social como la suma del bienestar privado tanto del causante del daño como de la víctima, y en casi todos los casos (pero no necesariamente todos), la no responsabilidad falla en ser *socialmente* óptima, desde que los costos de la precaución del causante serán casi siempre menores que los costos del daño esperado. De este modo, bajo un régimen de “no responsabilidad”, los incentivos privados del causante fallaran al momento de alinearse con el óptimo social, y sus esfuerzos precautorios serán ineficientes (es decir, el potencial causante ejercerá cuidados insuficientes).⁽¹⁴⁾

La “responsabilidad objetiva” es la imagen reflejo de la no responsabilidad: el causante del daño soporta todo el costo del perjuicio y la víctima es completamente compensada. De ahí que el problema reverso se presente

- (12) El nivel socialmente óptimo de cuidado es formalmente definido como el nivel en el cual el cambio en los costos esperados de los accidentes igualan el cambio en los costos de cuidado. Como tal, incrementar el cuidado genera un incremento en los costos de cuidado, que resulta mayor a la reducción en la pérdida esperada del accidente; viceversa, reducir el cuidado genera un incremento en los costos esperados del accidente el cual es mayor que la reducción de los costos de cuidado.
- (13) Para un análisis de estos problemas y una reseña sobre la literatura al respecto véase Giuseppe Dari-Mattiacci y Eric Langlais, “Social Wealth and Optimal Care”, en *International Review of Law and Economics* 32, (2012), 271-284.
- (14) Uno podría objetar que la víctima podría incrementar su propio nivel de cuidado a efectos de compensar por la falta de cuidado del causante, logrando así el mismo nivel de perjuicio esperado que en el óptimo social. Sin embargo, por hipótesis, algo del cuidado del causante fue óptimo y por lo tanto el cuidado de la víctima debe alcanzar este resultado a un costo mayor, generando de esta formar costos totales del accidente mayores que el óptimo social.



Giuseppe Dari-Mattiacci y Francesco Parisi

cuando nos encontramos ante regímenes como este. Ahora, el causante internaliza el total del beneficio de la precaución, mientras que la víctima no tiene ningún incentivo particular para ejercitar cuidado (desde que cualquier daño será completamente compensado), y la falta de alineación de incentivos recae ahora con la víctima más que con el causante del daño.

Consecuentemente, los académicos dedicados al análisis económico del derecho (al menos inicialmente) han invertido la mayor parte de sus esfuerzos en analizar la regla de negligencia como una vía para remediar los problemas de los incentivos unilaterales producidos por la no responsabilidad y la responsabilidad objetiva. Los enormemente influyentes libros de Shavell (1987) y Landes y Posner (1987) han contribuido al establecimiento de un nuevo modelo estándar de *responsabilidad extracontractual*, pues juntaron sistemáticamente un número de resultados esenciales que emergieron en los años precedentes a su publicación. Entre los numerosos logros de aquellos años iniciales, dos resultados resaltan por su impacto de carácter fundamental y de largo alcance sobre la literatura subsecuente. Ambos resultados fueron demostrados en 1980 y conciernen a las virtudes y límites de la regla de negligencia como mecanismo para proveer incentivos apropiados a *ambas* partes.

Sin embargo, antes de voltear hacia estos dos resultados, es importante proveer una taxonomía de las reglas de responsabilidad de inspiración económica. Ya hemos descrito las tres principales reglas primarias –no responsabilidad, responsabilidad objetiva y negligencia-. No obstante, estas pueden ser combinadas de manera muy variadas con cinco reglas secundarias, produciendo un total de once posibles regímenes de responsabilidad extracontractual.

3. Una taxonomía de las reglas de responsabilidad

Históricamente, una variedad de reglas de responsabilidad han sido adoptadas por distintos sistemas legales. En efecto, las reglas de la responsabilidad extracontractual varían largamente entre sistemas legales y jurisdicciones. De forma tradicional, la responsabilidad es asignada por una de estas tres reglas: no responsabilidad, responsabilidad objetiva y negligencia. Los mencionados fundamentos de la responsabilidad primaria son usualmente aparejados

con criterios secundarios o “defensas”. Muchos de estos fundamentos secundarios de responsabilidad, como la negligencia contributiva o comparativa, han sido adoptados con el paso de los años por las cortes y son ahora instrumentos comunes en la responsabilidad extracontractual. No obstante, otros criterios plausiblemente deseables (por ejemplo, las reglas de “no-negligencia”) rara vez han hecho alguna aparición en casos actuales de responsabilidad extracontractual y, por lo tanto, se mantienen largamente confinadas a una discusión teórica.

Existen dos estratos fundamentales que determinan la asignación de responsabilidad en cualquier caso dado. El primer estrato es el concerniente al comportamiento del causante del daño y su responsabilidad (o la falta de esta). Las “reglas primarias” incluyen (i) no responsabilidad (cuando el causante nunca es responsable, incluso si actuó negligentemente), (ii) responsabilidad objetiva (donde el causante es siempre responsable, incluso si no actuó negligentemente), y (iii) negligencia (el causante es responsable únicamente si actuó negligentemente).

El segundo estrato es el concerniente al comportamiento de la víctima que puede potencialmente cambiar la asignación de responsabilidad determinada por la regla primaria. La “reglas secundarias” incluyen (i) no defensa (la responsabilidad es determinada sobre la base de la regla primaria; el comportamiento de la víctima no es tomada en cuenta para la determinación responsabilidad), (ii) negligencia contributiva (la víctima es excluida de recibir compensación si actuó negligentemente), (iii) negligencia comparativa (el que la víctima reciba compensación, así como el monto de la misma, depende de su actuó con negligencia o del grado de esta), (iv) no negligencia contributiva (la víctima cuenta con el derecho a una compensación

Reglas de responsabilidad: Una taxonomía económica
Liability Rules: An Economic Taxonomy

		REGLAS SEGUNDARIAS																																																																														
REGLAS PRIMARIAS	No responsabilidad	<p>No defensa</p> <table border="1"> <tr><td colspan="2"></td><td colspan="2">Causante</td></tr> <tr><td colspan="2"></td><td>N</td><td>D</td></tr> <tr><td rowspan="2">Víctima</td><td>N</td><td>V</td><td>V</td></tr> <tr><td>D</td><td>V</td><td>V</td></tr> </table> <p>No responsabilidad</p>			Causante				N	D	Víctima	N	V	V	D	V	V	Negligencia contributiva N.A	Negligencia comparativa N.A	No negligencia contributiva	No negligencia comparativa																																																											
			Causante																																																																													
		N	D																																																																													
Víctima	N	V	V																																																																													
	D	V	V																																																																													
Negligencia	<table border="1"> <tr><td colspan="2"></td><td colspan="2">Causante</td></tr> <tr><td colspan="2"></td><td>N</td><td>D</td></tr> <tr><td rowspan="2">Víctima</td><td>N</td><td>C</td><td>V</td></tr> <tr><td>D</td><td>C</td><td>V</td></tr> </table> <p>Negligencia Simple</p>			Causante				N	D	Víctima	N	C	V	D	C	V	<table border="1"> <tr><td colspan="2"></td><td colspan="2">Causante</td></tr> <tr><td colspan="2"></td><td>N</td><td>D</td></tr> <tr><td rowspan="2">Víctima</td><td>N</td><td>V</td><td>V</td></tr> <tr><td>D</td><td>C</td><td>V</td></tr> </table> <p>Negligencia +Contributiva Negligencia</p>			Causante				N	D	Víctima	N	V	V	D	C	V	<table border="1"> <tr><td colspan="2"></td><td colspan="2">Causante</td></tr> <tr><td colspan="2"></td><td>N</td><td>D</td></tr> <tr><td rowspan="2">Víctima</td><td>N</td><td>Compartida</td><td>V</td></tr> <tr><td>D</td><td>C</td><td>V</td></tr> </table> <p>Negligencia +Comparativa Negligencia</p>			Causante				N	D	Víctima	N	Compartida	V	D	C	V	<table border="1"> <tr><td colspan="2"></td><td colspan="2">Causante</td></tr> <tr><td colspan="2"></td><td>N</td><td>D</td></tr> <tr><td rowspan="2">Víctima</td><td>N</td><td>C</td><td>V</td></tr> <tr><td>D</td><td>C</td><td>C</td></tr> </table> <p>Negligencia +Contributiva No negligencia</p>			Causante				N	D	Víctima	N	C	V	D	C	C	<table border="1"> <tr><td colspan="2"></td><td colspan="2">Causante</td></tr> <tr><td colspan="2"></td><td>N</td><td>D</td></tr> <tr><td rowspan="2">Víctima</td><td>N</td><td>C</td><td>V</td></tr> <tr><td>D</td><td>C</td><td>Compartida</td></tr> </table> <p>Negligencia +Comparativa No negligencia</p>			Causante				N	D	Víctima	N	C	V	D	C	Compartida
		Causante																																																																														
		N	D																																																																													
Víctima	N	C	V																																																																													
	D	C	V																																																																													
		Causante																																																																														
		N	D																																																																													
Víctima	N	V	V																																																																													
	D	C	V																																																																													
		Causante																																																																														
		N	D																																																																													
Víctima	N	Compartida	V																																																																													
	D	C	V																																																																													
		Causante																																																																														
		N	D																																																																													
Víctima	N	C	V																																																																													
	D	C	C																																																																													
		Causante																																																																														
		N	D																																																																													
Víctima	N	C	V																																																																													
	D	C	Compartida																																																																													

Figura 1. Taxonomía de las reglas de Responsabilidad

total cuando actuó de manera no negligentemente), y (v) no negligencia comparativa (el que la víctima reciba compensación así como el monto de la misma depende de la conducta no negligente de la víctima).

Las reglas primarias de responsabilidad operan en combinación

con las reglas secundarias. Con la excepción de la regla nula (no defensa), las reglas secundarias proveen mitigación parcial o total de la responsabilidad determinada por la regla primaria. La Figura 1 identifica las reglas de responsabilidad que pueden generarse como



Giuseppe Dari-Mattiacci y Francesco Parisi

consecuencia de la permutación de la responsabilidad primaria y secundaria, e ilustra las diferencias entre las varias reglas mostrando la asignación de responsabilidad que cada regla genera.

En la Figura 1, cada fila representa un fundamento primario de responsabilidad alternativo y cada columna un fundamento secundario de responsabilidad. Cada recuadro resultante (los más grandes) representa una regla de responsabilidad. Por cada regla de responsabilidad, usamos las tablas más pequeñas (esto es, la cuadrícula dentro de la cuadrícula) para representar la asignación de daños bajo las diferentes combinaciones de los niveles de cuidado de las partes. En cada subcuadro, las filas representan el nivel de cuidado de la víctima, y las columnas el del causante del daño –para ambos la “N” representa negligencia y “D” diligencia-. Los recuadros pueden tener uno de estos tres valores: “V” si la víctima no es compensada por el perjuicio, “C” si el causante es responsable, y “Compartido” si ambas partes toman una porción del costo.

Por ejemplo, considérese el recuadro ubicado en la parte superior izquierda correspondiente a “no responsabilidad” y “no defensa”. El régimen resultante de responsabilidad es una simple regla de no responsabilidad. Bajo ese régimen, la matriz muestra que la pérdida del accidente recaerá sobre la víctima sin importar la negligencia o diligencia de las partes (esto es, todos los cuadros serían “V”). Considérese también el recuadro correspondiente a la permutación entre negligencia (regla primaria) con una defensa de negligencia contributiva (regla secundaria). Aquí observamos que la víctima soporta el costo del accidente, excepto cuando el causante del daño es negligente y la víctima es diligente.

A nivel teórico, la negligencia contributiva y comparativa, así como la no negligencia contributiva y comparativa, operan como fundamentos secundarios de responsabilidad y, por tal, pueden funcionar en combinación con cualquiera de los tres fundamentos primarios de responsabilidad. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, las defensas de negligencia no tienen ninguna aplicación significativa en un régimen de no responsabilidad (esto es, estas se reducen a no responsabilidad con no defensa), y las defensas de no

negligencia, por su parte, no tienen aplicación significativa en un régimen de responsabilidad objetiva (esto es, se reducen a responsabilidad objetiva con no defensa). Para evitar redundar en el análisis, omitimos considerar tales cuatro casos.⁽¹⁵⁾

3.1. Reglas primarias

De las reglas primarias (no responsabilidad, negligencia y responsabilidad objetiva) consideramos que la negligencia ha generado el mayor interés entre los académicos. Es la única regla que asigna responsabilidad de acuerdo al comportamiento de las partes. Las otras dos reglas asignan responsabilidad (el perjuicio) a la víctima (no responsabilidad) o al causante (responsabilidad objetiva) sin tomar en cuenta su conducta. Como hemos observado en la sección previa, la no responsabilidad y responsabilidad objetiva solamente logran que una parte ejercite el cuidado debido –la víctima bajo una regla de no responsabilidad y el causante bajo una de responsabilidad objetiva-. Entonces, tanto la no responsabilidad como la responsabilidad objetiva tenderán a ser subóptimas, excepto en aquellos casos inusuales donde la precaución de una (o ambas) parte sea prohibitivamente costosa o no eficiente.

En contraste, la regla de negligencia provee incentivos para ambas partes, bajo el supuesto que el estándar de negligencia ha sido fijado en el nivel apropiado. En el modelo de Brown, el estándar de negligencia es visto como un punto de referencia del nivel de cuidado. La parte que toma menos cuidado que el establecido como punto de referencia falla en cumplir el estándar y, por lo tanto, será encontrada negligente ante la corte. Esta simple forma de ver la negligencia permite al jurista considerar a la regla de negligencia

(15) La Figura 1 no está pensada para ser exhaustiva. Nos hemos enfocado en las reglas más importantes y su examen a través del lente de distinción entre reglas primarias y secundarias.

Reglas de responsabilidad: Una taxonomía económica *Liability Rules: An Economic Taxonomy*

como gobernando un juego estratégico entre el causante del daño y la víctima, un juego que es jugado entre potenciales víctimas y causantes de forma previa al accidente. Brown enmarcó la responsabilidad extracontractual en términos de teoría de juegos e interpretó un contexto de accidente como un juego no cooperativo entre dos jugadores. En el mundo real, los accidentes usualmente involucran a más de dos individuos (por ejemplo, la responsabilidad por productos o la responsabilidad solidaria y mancomunada), pero la adición de más partes no cambia la naturaleza del problema, y el marco de trabajo en términos de teoría de juegos puede ser extendido para permitir la inclusión de más partes.⁽¹⁶⁾

La más importante característica del juego del accidente es que es jugado por dos jugadores *no cooperativos*, esto es, por partes que no han acordado de manera previa al accidente sobre cómo comportarse. Esta caracterización concuerda con nuestra comprensión general pre teórica de la responsabilidad extracontractual como distinta al derecho contractual, como envolviendo interacciones entre extraños con poca o nula comunicación previa. El problema en juegos no cooperativos es que cuando una parte escoge un curso de acción (en la responsabilidad extracontractual, la elección es cuánto, si algo, de cuidados precautorios ejercitar) las acciones de la otra parte (esto es, el nivel de cuidado de la otra parte) son desconocidos. Por lo tanto, cada parte tomará su decisión de cuidado sobre la base de sus expectativas respecto de lo que la otra parte hará. Por ejemplo, al decidir cuán rápido conducir un carro, el conductor del vehículo no sabe con certeza si los *otros* conductores conducirán cuidadosamente o no, y por lo tanto no sabe con certeza si su velocidad será lo suficientemente baja como para permitir una parada de emergencia. Sin embargo, el conductor puede intentar predecir la velocidad de los otros conductores sobre la base de la información que tenga éste sobre las reglas establecidas.

Asumamos por simplicidad que todas las consecuencias de los accidentes son gobernadas por el sistema de responsabilidad extracontractual.⁽¹⁷⁾ Bajo la regla de negligencia, el causante sabe que si falla en alcanzar el mínimo nivel de cuidado establecido por el punto de referencia, tendrá que pagar los daños ocasionados a la víctima. Obviamente, si el cuidado debido es muy alto, puede ser mejor para el causante ejercitar un nivel de cuidado menor y simplemente pagar los daños. Sin embargo, si el estándar de negligencia es ajustado a nivel del óptimo social, el causante de daño racional ejercitará el cuidado debido. Esto es así porque el nivel de cuidado socialmente óptimo es, precisamente, el nivel de cuidado que equilibra los costos y los beneficios del cuidado ejercido por el causante (y por la víctima). Por lo tanto, un menor nivel de cuidado generaría costos esperados del accidente en exceso por sobre las ganancias del costo de cuidado, y será particularmente subóptimo para el causante reducir su nivel de cuidado por debajo del nivel del punto de referencia.⁽¹⁸⁾

Debido a que los causantes de daño racionales van a ejercitar el cuidado debido por sobre la negligencia, las víctimas potenciales pueden asumir que un potencial causante, de hecho ejercitará, el cuidado debido. Por lo tanto, si un accidente ocurre y el causante es llevado ante la corte, probablemente será encontrado como no negligente (diligente). Bajo la regla de negligencia, el causante de daño diligente

-
- (16) Véase William M. Landes y Richard A. Posner, "Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis", en *Journal of Legal Studies* 9, (1980), 517-555; Lewis A. Kornhauser y Richard L. Revesz, "Apportioning Damages among Potentially Insolvent Actors", en *Journal of Legal Studies* 19, (1990), 617-651; y "Joint Tortfeasors," en Boudewijn Bouckaert y Gerrit De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. II, (Cheltenham: Edward Elgar, 2000); y Mark F. Grady, "Multiple Tortfeasors and the Economy of Prevention", en *Journal of Legal Studies* 19, (1990), 653-678.
- (17) Para un reciente recuento de la literatura sobre la regulación y la responsabilidad *tort* para lidiar con pérdidas no compensables, véase Giuseppe Dari-Mattiacci y Eric Langlais, "Social Wealth and Optimal Care," en *International Review of Law and Economics* 32, (2012), 271-284.
- (18) Un razonamiento similar muestra que el causante del daño no tiene incentivos para tomar más cuidado que el nivel debido.



Giuseppe Dari-Mattiacci y Francesco Parisi

no paga por los daños ocasionados a la víctima y, por lo tanto, la víctima puede razonablemente esperar que ante el evento de un accidente no vaya a ser compensada. La víctima ahora enfrenta posibilidad de soportar el daño y, por lo tanto, tendrá los incentivos para ejercitar el debido cuidado, no para evitar la responsabilidad, sino para evitar no ser compensada por el daño causado por un causante del daño diligente. La interacción estratégica entre el causante del daño y la víctima, bajo la regla de negligencia, resulta en ambas partes ejercitando niveles de cuidado socialmente deseable.

Viendo el problema desde una perspectiva diferente, las reglas de responsabilidad (incluyendo no responsabilidad) prescriben un tipo de penalidad (esto es, sea que el daño sea soportado por la víctima o el resarcimiento por el causante del daño) por no tomar cuidado. No responsabilidad y responsabilidad objetiva solamente penalizan a una de las partes. De ahí que, bajo cualquiera de estas reglas, la parte no penalizada no tomará cuidado. En teoría, para inducir a ambas partes a tomar el cuidado debido, el sistema de responsabilidad extracontractual debería emplear dos penalidades. Sin embargo, ninguna regla de responsabilidad existente prescribe que tanto el causante del daño responde por estos como que la víctima soporta el costo del perjuicio.⁽¹⁹⁾ Los daños pagados por el causante del daño típicamente van a la víctima, y, en consecuencia, cada vez que el causante del daño es penalizado, la víctima no lo es (y viceversa).

A pesar de la inviabilidad de establecer penalidades dobles, la regla de negligencia sorpresivamente alcanza a un resultado distinto que las reglas de no responsabilidad y responsabilidad objetiva. Bajo una regla de negligencia, ambas partes son incentivadas a ejercitar el cuidado debido. Más que utilizando dos penalidades, opera "reutilizando" la misma penalidad dos veces. Considérese un simple

ejemplo: un daño esperado equivalente a 100 puede ser evitado si ambas partes toman precauciones a un costo de 40. La regla de negligencia puede ser interpretada como dando al causante del daño la elección entre tomar cuidado (40) o pagar los daños (100). Si el punto de referencia de negligencia es óptimo, la elección del causante del daño será clara: tomará cuidado.⁽²⁰⁾ Por lo tanto, la penalidad que se encontraba disponible para el causante del daño no fue utilizada y la misma penalidad (no una diferente) puede ser utilizada de nuevo para incentivar a la víctima. La regla de negligencia implícitamente otorga una elección a la víctima similar a la elección que el causante del daño enfrentó: tomar cuidado (40) o soportar el daño (100).⁽²¹⁾ Nuevamente, será racional ejercitar el cuidado debido. Consecuentemente, ambas partes ejercitarán niveles óptimos de precaución, incluso cuando solo una penalidad se encuentra disponible. Mientras que este resultado fue demostrado por Brown (1973), un mayor entendimiento a través de la responsabilidad extracontractual requería una investigación más profunda para dar cuenta de los efectos de las reglas secundarias.

3.2. Reglas secundarias

Las reglas primarias pueden ser enriquecidas con defensas de negligencia o no negligencia. Consideramos que tales defensas son cuatro: negligencia contributiva, negligencia comparativa, no negligencia contributiva y no negligencia comparativa. La negligencia

(19) Esto ha sido considerado en teoría es referido como "deparejarse" en la literatura económica. Véase A. Mitchell Polinsky y Yeon-Koo Che, "Decoupling Liability: Optimal incentives for Care and Litigation", en *Rand Journal of Economics* 22, (1991), 562-570.

(20) En el ejemplo, el responsable tendría que encontrar ventajoso no tomar cuidado solo si su costo de cuidado (digamos, 110) fuese mayor que los daños (100). Sin embargo, en este caso, bajo un estándar de negligencia óptimo, el causante del daño no debería ser encontrado negligente por no tomar cuidado porque el cuidado cuesta más que el rédito que provee.

(21) Para una discusión más detallada sobre este principio, véase Giuseppe Dari-Mattiacci y Gerrit De Geest, "Carrots, Sticks, and the Multiplication Effect", en *Journal of Law, Economics, and Organization* 26, (2010), 365-384.

Reglas de responsabilidad: Una taxonomía económica

Liability Rules: An Economic Taxonomy

contributiva es la defensa más simple; permite al causante del daño evitar la responsabilidad mostrando que la víctima fue también negligente.⁽²²⁾

La negligencia comparativa ofrece una distribución de costos más detallada y puede tomar diferentes formas. “Comparando” la negligencia de las partes puede significar simplemente que los daños son repartidos de acuerdo a cierto porcentaje fijo para cuando ambas partes se encuentren en falta. A nivel abstracto, la negligencia contributiva es solamente un caso límite de negligencia comparativa, donde la porción de una parte es reducida a cero. Sin embargo, tiende a ser analíticamente conveniente el mantener separada a la negligencia comparativa de la contributiva.

En el caso más simple, el nivel de la falta de las partes puede ser tomado en cuenta para repartir una porción de responsabilidad.⁽²³⁾ Esto puede ser hecho de diferentes maneras. Por ejemplo, la responsabilidad puede ser repartida de manera proporcional

al nivel de la falta de una parte, de tal forma que si la víctima y el causante del daño se encuentren respectivamente en 60% y 40% en cuanto al nivel de su falta, cada uno paga lo correspondiente a su porcentaje de incidencia en el perjuicio. Alternativamente, la parte que es más negligente puede pagar todo el costo (por ejemplo, si las porciones de incidencia en la falta fuese 60-40, entonces la víctima no recibiría compensación, porque habría sido *más negligente* que el causante del daño).⁽²⁴⁾ Esta regla efectivamente establece un umbral relevante en 50%, sobre el cual una parte paga todo. Otros umbrales son posibles: umbrales de 25% o 75% corresponden a negligencia leve y negligencia grave.⁽²⁵⁾ En el ejemplo de 60-40, la víctima no recibiría compensación bajo un umbral de 25% pero sería compensada bajo un umbral de 75%.⁽²⁶⁾

-
- (22) Solamente cuatro Estados (Alabama, Maryland, Carolina del Norte y Virginia) y el Distrito de Columbia continúan utilizando defensas de negligencia contributiva. Los otros cuarenta y seis Estados han adoptado algún tipo de defensa de negligencia comparativa. Para una discusión sobre la eficiencia de la negligencia contributiva versus la negligencia comparativa, véase Christopher J. Robinette y Paul G. Sherland, “Contributory or Comparative: Which is the Optimal Negligence Rule?”, en *Northern Illinois University Law Review* 24, (2003), 41-60. Véase en general Christopher Curran, “The Spread of the Comparative Negligence Rule in the United States,” en *International Review of Law and Economics* 12, (1992), 317-332.
- (23) Esto es llamado algunas veces negligencia comparativa “pura”. Aproximadamente una docena de Jurisdicciones de E.E.U.U usan una regla de negligencia comparativa pura. Véase también el *Restatement (Third) of Torts: Apportionment of Liability* 7 (2000).
- (24) Esta regla es conocida como la regla Galena (Galena y la Chicago Union Railroad v. Jacobs) Véase David W. Barnes y Mark Baeverstad, “Social Choices and Comparative Negligence: Resurrecting Galena”, en *De Paul Law Review* 31, (1982), 273-306. Véase también Pelletier v. Fort Kent Golf Club, 662 A.2d 220 (Maine 1995). Hay dos variantes de la regla de negligencia comparativa modificada: (i) bajo la regla “no tanto como”, el demandante solo podrá recuperar cuando no fue tan o más negligente que el demandado; (ii) bajo la “no mayor que”, el demandante solamente podrá recuperar cuando no fue más negligente que el demandado. Una docena de Jurisdicciones de E.E.U.U han adoptado la regla “no tanto como”, mientras que aproximadamente veinte han adoptado la regla “no mayor que”. Las dos reglas difieren en su resultado solo cuando el demandante y el demandado fueron igualmente negligentes.
- (25) En Dakota del Sur, los daños son repartidos a un demandante solo cuando la negligencia del demandante “fue ligera en comparación con la negligencia del demandado”.
- (26) Véase William L. Prosser, “Comparative Negligence”, en *Michigan Law Review* 51, (1953), 465- 508, Kevin J. Grehan, “Comparative Negligence”, *Columbia Law Review* 81, (1981), 1668-1701; y Robert D. Cooter y Thomas S. Ulen, “An Economic Case for Comparative Negligence”, 1074-1079; Mireia Artigot i Golobardes y Fernando Gomez Pomar, “Contributory and Comparative Negligence in the Law and Economics Literature”, en Michael Faure (ed.), *Tort Law and Economics*, (Cheltenham: Edward Elgar, 2009), 52-53; y Paul H. Edelman, “What Are We Comparing in Comparative Negligence?”, en *Washington University Law Review* 85, (2007), 73-99. Shmuel Leshem y Geoffrey P. Miller examinan una forma diferente de repartir: daños proporcionales al nivel de incerteza en la responsabilidad del demandado (“All-or-Nothing versus Proportionate Damages”, en *Journal of Legal Studies* 38, (2009), 345-382).



Giuseppe Dari-Mattiacci y Francesco Parisi

Mientras que las defensas de negligencia han recibido un monto enorme de atención en la literatura, las defensas de *no negligencia* han sido largamente ignoradas. Sin embargo, las defensas de no negligencia son un complemento natural a las defensas de negligencia, y por lo tanto han recibido al menos la atención de los académicos dedicados a la responsabilidad extracontractual (por ejemplo, Calabresi y Cooper, 1996; Parisi y Fon, 2005). Ellas también ofrecen importantes beneficios por sobre las defensas tradicionales, beneficios los cuales ameritan consideración.

En *The Cost of Accidents* (1970), Calabresi llamó por una desviación de los estándares de negligencia y responsabilidad objetiva proveídos por las reglas primarias y describió un criterio secundario de responsabilidad que pueda asegurar el resarcimiento por los daños sufridos por víctimas no negligentes. Más tarde, Calabresi y Cooper (1996) identificaron ciertas tendencias en la responsabilidad extracontractual contemporánea, las cuales confirmaban las hipótesis previas de Calabresi. La no negligencia contributiva y comparativa operaron como reflejos de las defensas estándar de negligencia contributiva y comparativa. Más que crear un impedimento al resarcimiento cuando la víctima tendría, de otra forma, el derecho a la compensación, estos criterios permiten a la víctima no negligente obtener alguna compensación por la pérdida sufrida en situaciones donde de otra forma no podría reclamar alguna. Siguiendo la terminología de Calabresi, en este artículo nos referiremos a este criterio como “no negligencia contributiva” y “no negligencia comparativa”.

La defensa de no negligencia contributiva es fácil de entender. Si el fundamento primario de responsabilidad asigna el costo del perjuicio a la víctima, entonces la víctima puede redirigir la responsabilidad al causante del daño estableciendo que su actuar fue no negligente. Este garantiza efectivamente que las víctimas no negligentes serán compensadas.

La no negligencia comparativa, como la negligencia comparativa, es una categoría general. En efecto, una regla de no negligencia comparativa permite la división de costos cuando ambas partes actúan de manera no negligente. Como en el caso de negligencia comparativa, la responsabilidad puede ser dividida de una manera ya fijada (por ejemplo, la regla puede consistir en que cuando ninguna de las partes es negligente, la víctima es compensada por un 50% de la pérdida). Sin embargo, la *causalidad* comparativa ofrece un

atractivo mecanismo para el reparto de la responsabilidad residual.

La causalidad comparativa es una especie de no negligencia comparativa. Bajo causalidad comparativa, el costo del perjuicio es repartido de acuerdo rol causal que cada parte ha desempeñado en la producción del accidente. Por ejemplo, ante una colisión de automóviles donde ambos conductores manejaban diligentemente, puede ocurrir que uno de ellos estuviese conduciendo cinco millas por hora más rápido que el otro (aun cuando ambos estuviesen manejando debajo del límite de velocidad permitido). Así, bajo la causalidad comparativa, el conductor del carro más rápido probablemente tendrá que pagar un monto ligeramente mayor por el daño, debido que el perjuicio causado por haberse encontrado viajando cinco millas por horas más rápido que el otro conductor es también ligeramente mayor.

Dividir la responsabilidad residual no es una nueva noción. La contemplación de una regla de no negligencia proto-comparativa puede ser encontrada incluso en Grotius (1625). Ejemplos de una aproximación académica reciente a la causalidad comparativa pueden ser encontrados en Parisi y Fon (2004) y Parisi y Singh (2010)

4. Resultados fundamentales

El gran número de reglas de responsabilidad altamente complejas, las cuales resultaron de adicionar reglas de responsabilidad secundarias, generaron una extensión del modelo de Calabresi-Brown. El principal resultado en Brown (1973), sugería una simple regla de negligencia, en la cual la responsabilidad es repartida sobre la base de una regla primaria de no defensa. Esta regla sería suficiente para proveer incentivos óptimos y para exponer dos problemas

Reglas de responsabilidad: Una taxonomía económica

Liability Rules: An Economic Taxonomy

relacionados: ¿son todas las reglas que observamos en la realidad esencialmente equivalentes desde una perspectiva económica? Y si no es así, ¿cómo debería elegir el legislador entre ellas? Las contribuciones de Landes y Posner (1980) y Shavell (1980) estuvieron dirigidas a abordar estos dos problemas.

4.1. Eficiencia equivalente con respecto a los incentivos de precaución

Landes y Posner (1980) estuvieron inicialmente preocupados con el problema del reparto de responsabilidad entre múltiples causantes de daño. En el curso de su análisis, ellos probaron un resultado fundamental que había escapado de la atención de anteriores académicos.⁽²⁷⁾ Ya hemos indicado más arriba que la regla de negligencia contributiva puede ser interpretada como un caso límite correspondiente a una regla de negligencia comparativa (esto es, cuando la fracción de responsabilidad correspondiente al causante es cero). Asumiendo una regla de negligencia primaria, la regla secundaria nula (“no defensa”) representa el extremo opuesto (esto es, cuando la porción correspondiente a la víctima es cero). Por lo tanto, el problema de distinguir entre la negligencia simple, la negligencia contributiva y la negligencia comparativa se reduce a la determinación de si el reparto de los daños, cuando ambas partes son negligentes, afecta sus incentivos de precaución.

Landes y Posner respondieron a esta interrogante de manera negativa: cualquier repartición de la pérdida entre partes negligentes produce los mismos incentivos de precaución. En otras palabras, la negligencia simple, contributiva y comparativa son equivalentes en términos de los incentivos para ejercitar precaución.⁽²⁸⁾

Este resultado fue sorprendente y se mantuvo contra intuitivo debido a que repartir la responsabilidad en un modo que recaiga de manera más intensa en una parte no incrementa los incentivos de precaución de dicha parte. Sin embargo, la lógica de este resultado es relativamente directa, y su prueba es bastante elegante.

Considérese la regla de negligencia simple: un causante de daño negligente enfrenta la responsabilidad completa. Hemos discutido previamente que un causante de daño racional va a tomar la precaución debida y que la víctima también lo hará. Un argumento similar muestra que la negligencia contributiva también provee incentivos óptimos. Simplemente basta con cambiar las etiquetas de “causante de daño” y de “víctima” para ver que el mismo resultado se mantiene cierto.

Ahora, el único problema es mostrar que, entre estos dos extremos, cualquier reparto intermedio de la pérdida también provee incentivos óptimos. Permítanos comenzar con el caso de la negligencia simple (esto es, negligencia con no defensa) y ligeramente vayamos disminuyendo la porción de daños soportada por el causante del daño de 100% a 99%. Intuitivamente, la “penalidad” para el causante del daño se mantendría suficiente para inducirlo a tomar la precaución debida. Si seguimos reduciendo más la porción del daño del causante, vamos a llegar a un punto en el que la penalidad no es lo suficientemente grande como para inducir al causante del daño a tomar el debido cuidado. Sin embargo, al reducir la porción correspondiente al causante del daño, debemos correspondientemente incrementar la porción de responsabilidad de la víctima. Landes y Posner mostraron que cuando encogemos la porción del causante del daño al punto en el que resulta insuficiente para producir incentivos de precaución directos, la porción de la víctima va a incrementarse lo suficiente como para darle a la *víctima* los incentivos de precaución directos. A este

(27) Más tarde, el mismo resultado fue propuesto y probado de manera independiente y más simple por David D. Haddock y Christopher Curran, “An Economic Theory of Comparative Negligence”, en *Journal of Legal Studies* 14, (1985), 49-72.

(28) Samuel A. Jr. Rea ha mostrado que el mismo resultado se mantiene cierto si la repartición de la pérdida no es arreglada pero más bien determinada de manera endógena de acuerdo al nivel de precaución de las partes (“The Economics of Comparative Negligence”, en *International Review of Law and Economics* 7, (1987), 149-162).



Giuseppe Dari-Mattiacci y Francesco Parisi

punto, la razón de la equivalencia de incentivos cambia de un argumento similar a aquel a favor de un extremo (negligencia simple) a similar a favor del otro extremo (negligencia contributiva).

La esencia de la prueba de Landes y Posner radica en que cuando ocurra que la porción de responsabilidad correspondiente al causante del daño sea menor que su costo de precaución, la porción correspondiente a la víctima deberá ser necesariamente mayor que sus propios costos de precaución. Para ver si este es el caso, consideremos el siguiente ejemplo: asúmase de nuevo que el costo del daño es 100 y que puede ser evitado si el causante del daño y la víctima ejercitan precauciones equivalentes a 40. Nótese que no podemos dividir 100 entre dos partes de forma tal que ambas sean menores que 40.⁽²⁹⁾ Por lo tanto, al menos una parte tendrá el incentivo de precaución directo. Por ejemplo, imagínese una regla de repartición que determine que el causante del daño soporta un 75% de los daños y que la víctima soporta en 25% restante. Esto da incentivos directos para que el causante del daño para tomar precauciones (esto es, el causante del daño se enfrenta a la elección de pagar 40 o 75).⁽³⁰⁾ Desde que la víctima puede esperar que el causante del daño sea precavido (esto es, elegir pagar 40 antes que 75), y por lo tanto no enfrentar ningún tipo de responsabilidad, la víctima enfrenta el riesgo de soportar en el daño completo (100) y, por tanto, también va a ejecutar la precaución debida (40). Ahora, si la porción de responsabilidad del causante del daño es reducida a 50%, la víctima se incrementa en 50%, y *ambas* partes tendrán incentivos de precaución directos. Si la porción del causante del daño es reducida a 39%, el causante del daño no tendrá ningún incentivo directo para ser precavido, pero ahora la víctima, con un 61% del perjuicio, sí los tendrá. Por lo tanto, la *víctima* será precavida y, por lo tanto, el causante del daño puede esperar que la víctima sea encontrada no negligente ante la corte. Bajo la negligencia comparativa, el causante del daño negligente el causante del daño soporta los costos totales de los daños si la víctima es no negligente, y por lo tanto el causante del daño elegirá ser precavido (40) antes que pagarlos daños (100).

Este razonamiento tiene una simetría elegante. Cuando una parte tiene incentivos directos para ejercitar la precaución debida (esto es, el costo de la precaución es menor que el costo del perjuicio), entonces esa parte estará completamente incentivada a ejercitar la precaución debida. Sin embargo, esto puede significar que la otra parte no esté directamente incentivada a ejercitar la precaución debida. Pero, esa parte enfrentará incentivos *indirectos* para ejercitar la precaución debida, asumiendo que la primera parte evitará la responsabilidad ejercitando la precaución debida. Lo que Landes y Posner (1980) demuestran es que cambiando las porciones de responsabilidad bajo una regla de negligencia comparativa no tendrá efecto sobre los niveles de cuidado precautorio, porque al momento que una parte ya no tenga incentivos directos, la otra los tendrá. Desde que al menos una parte siempre tiene los incentivos directos para ejercitar la precaución debida (a menos que el costo de prevención del perjuicio sea mayor que el perjuicio mismo), la otra parte siempre tendrá, al menos, incentivos indirectos para ejercitar la precaución debida, y, en consecuencia, los gastos de cuidado precautorio serán indiferentes a la elección de la regla de negligencia comparativa.

Esto resulta de enorme importancia en tanto que muestra que todas las reglas basadas en la negligencia producen óptimos (de hecho, los mismos) incentivos de cuidado. Este descubrimiento abrió camino a un segundo resultado fundamental consistente en la explicación de porqué en la realidad observamos ciertas reglas en ciertos contextos.

(29) De hecho, ello es posible únicamente si la suma de los costos de precaución es mayor que 100, pero entonces este es un accidente donde cuesta más evitarlo que el perjuicio mismo que causa. En otras palabras, el nivel de precaución socialmente óptimo sería cero en este caso.

(30) Usando terminología de teoría de juegos, en este caso el responsable del daño tiene una estrategia dominante, mientras que la víctima escoge su acción basada en la acción escogida por el responsable.

Reglas de responsabilidad: Una taxonomía económica

Liability Rules: An Economic Taxonomy

4.2. Asignación de la pérdida entre partes no negligentes

Landes y Posner (1980) asumieron implícitamente que en la determinación de la negligencia, las cortes pueden considerar todas las medidas precautorias relevantes que las partes se encuentran en la posibilidad de ejercitar. Considérese, por ejemplo, un ciclista que se encuentra a punto de dar un paseo. Existen una serie de diferentes precauciones que podrían prevenir dañar a otros corredores que se encuentren usando el mismo camino. El ciclista podría instalar una campanilla para alertar a los corredores que se encuentren próximos, usar lentes de sol polarizados para mejorar su visión, llevar agua consigo para mantenerse hidratado y alerta, limitar su velocidad, evitar montar mientras se encuentre intoxicado o cansado, o limitar cuan frecuentemente monta bicicleta en general.

El modelo de Landes y Posner, siguiendo el de Brown, colapsa estas medidas precautorias en una variable unidimensional, que representa el nivel de cuidado de una de las partes. Debido a este concepto analítico, la inversión en precaución es esencialmente medida junto a líneas reales y deja la elección de qué tipo de precaución adoptar a las partes. El problema con este aproximamiento radica en que tácticamente asume que las cortes son capaces de verificar *todos* los esfuerzos precautorios de las partes. En realidad, algunas medidas precautorias son fáciles de verificar *ex post*, mientras que otras son difíciles o imposibles de probar en una corte.

Retornando a nuestro ejemplo de la bicicleta, en caso de un accidente, el demandante podrá fácilmente probar en la corte que el ciclista no instaló una campana. Pero probablemente será considerablemente más complicado probar que el ciclista estaba cansado o deshidratado. De la misma forma, es poco probable que una corte vaya a determinar que el ciclista no debería haber salido a dar un paseo en lo absoluto o que debería haber escogido un día diferente o una hora diferente en la que el camino se encuentre menos abarrotado de gente—desde que el hecho de que el camino estuviese abarrotado fue precisamente debido a otros ciclistas haciendo lo mismo—. Por lo tanto, al determinar la negligencia, solamente ciertas medidas precautorias serán tomadas en cuenta mientras que otras serán omitidas en el cálculo de la negligencia.

Shavell (1980) partió observando este “pobre encaje” entre el sinnúmero de tipos de precaución y la variable unidimensional

utilizada para representarlos en el modelo estándar. El núcleo de este argumento consiste en que si una medida precautoria no es tomada en cuenta por las cortes al momento de determinar la negligencia, la parte podría encontrar innecesario ejercitar tal precaución, desde que su responsabilidad no depende de ella. Por ejemplo, si la hora del paseo no es considerada en la determinación de la negligencia pero la campana sí, el ciclista instalará una campana pero saldrá a montar bicicleta cuando le plazca, incluso si la vía se encuentra abarrotada. De manera interesante, sin embargo, este argumento no se mantiene cierto para ambas partes.

Considérese la negligencia simple: si ambas partes son encontradas no negligentes, entonces la víctima soportará el perjuicio en caso de un accidente. Como resultado, si el perjuicio puede ser reducido por medidas que escapan a la atención de la corte, la víctima retendrá un incentivo para tomarlas. En contraste, el causante del daño no tiene tal incentivo. Ahora, considérese la responsabilidad objetiva junto a la defensa de negligencia contributiva: si ambas partes son encontradas no negligentes, entonces el causante soportará el costo total del perjuicio. Consecuentemente, ahora el causante tiene los incentivos para ejecutar medidas precautorias no verificables, pero la víctima no.

Shavell (1980) llamó a la medida de las precauciones no verificables el “nivel de actividad” de las partes. Esta elección terminológica es de cierta forma desorientadora, desde que el nivel en el que una parte emprende una actividad es usualmente solo uno entre una variedad de posibles precauciones no verificables.⁽³¹⁾ Literalmente, por lo tanto, “nivel de actividad” debería ser considerado como un subconjunto de “precauciones no verificables”.

(31) Véase también sobre este punto Giuseppe Dari-Mattiacci, “On the Optimal Scope of Negligence”, en *Review of Law and Economics* 1, (2005b), 331-364.



Giuseppe Dari-Mattiacci y Francesco Parisi

Aun así, “nivel de actividad” se ha convertido en un término aceptado y sinónimo a las precauciones no verificables en el campo (aunque “precauciones no verificables” también es utilizado).

Obviamente, las reglas de negligencia fallan en incentivar la precaución no verificable óptima en ambas partes, porque las precauciones no verificables son, por definición, indetectadas por las cortes al momento de determinar responsabilidad. Los incentivos óptimos de precaución no verificable recaen sobre la parte que soporta la responsabilidad en la situación de equilibrio. Por ejemplo, bajo negligencia simple, ambas partes serán diligentes en el equilibrio. Cuando ambas partes son diligentes, la víctima soporta el costo total del perjuicio. Entonces, bajo negligencia simple, la víctima tendrá todos los incentivos para ejercitar precauciones no verificables, mientras que el causante del daño no tendrá ninguno. Llamamos a quien soporta la responsabilidad en el equilibrio el “portador residual”.

Dado que los incentivos de cuidado precautorio (verificables) son indiferentes a las reglas de responsabilidad, podremos mirar, por lo tanto, a las precauciones no verificables para guiar al legislador al momento de decidir entre los varios regímenes de responsabilidad extracontractual. Shavell (1989) propuso un criterio basado en la peligrosidad: si la actividad de una parte crea riesgos muy grandes (por ejemplo, usar explosivos) entonces es deseable colocar la responsabilidad en dicha parte. En la práctica, observamos que las actividades ultra peligrosas son, en efecto, normalmente sujetadas a responsabilidad objetiva.⁽³²⁾ Dari-Mattiacci (2005b) ha propuesto un segundo criterio: el carácter inusual de la actividad. Una actividad inusual es más probable que sea una respecto de la cual la corte tendrá dificultades al momento de verificar las medidas precautorias de las partes, y por tal la parte que ejecuta una actividad inusual debería ser escogida como el portador residual.⁽³³⁾ Dari-Mattiacci y Franzoni (2013) han propuesto recientemente un tercer criterio: el hecho que la precaución no verificable de una parte reduce el perjuicio esperado antes

que el costo de la precaución (por ejemplo, en el caso de una nueva tecnología). La lógica aquí consiste en que las innovaciones que reducen los costos de precaución serán emprendidas por las partes en interés propio, mientras que las innovaciones que reducen el perjuicio esperado solo serán escogidas por el portador residual. Entonces, el portador residual debería ser la parte por quien la innovación tiene un mayor impacto en el perjuicio esperado.

Mientras que las reglas comunes de responsabilidad asignan la pérdida residual a todo o nada, repartir la pérdida entre dos partes no negligentes también es posible (las defensas de no negligencia comparativa pueden hacer esto). Los incentivos serán entonces, distribuidos entre ambas partes. Aunque ninguna parte tendrá la totalidad de los incentivos para tomar medidas precautorias no verificables bajo negligencia no comparativa, ambas partes tendrán por lo menos algunos incentivos para ello. La pregunta es si concentrar los incentivos en una sola parte lleva a mejores o peores resultados que la distribución de los mismos. De manera interesante, Dari-Mattiacci, Lovay y Parisi (2011) mostraron que incluso una asignación de todo o nada puede resultar en una repartición implícita cuando existe incerteza sobre si una parte será la víctima o el causante del daño en un accidente. Considérese, por ejemplo, un accidente de tráfico entre dos autos. Antes del accidente, cada parte no sabe si su automóvil será el más dañado (víctima) o el menos dañado (causante del daño). Si la expectativa ex ante del rol que una parte tendrá en un posible accidente es

(32) Véase, por ejemplo, Spano v. Perini Corp., 250 N.E. 2d 21 (1969). Véase también Restatement of Torts § 519 (1938), referido a tales actividades como “ultra peligrosas”. Restatement (second) of Torts § 519 (1977) y el Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010) han subsecuentemente adoptado la terminología “actividades anormalmente peligrosas” para tales casos.

(33) Véase, por ejemplo, Rylands v. Fletcher (1868) LR 3 HL 330, y el Restatement (Second) of Torts § 520 (1977)

Reglas de responsabilidad: Una taxonomía económica

Liability Rules: An Economic Taxonomy

igual para cada rol, la regla de negligencia simple resulta en una distribución 50-50 implícita de incentivos precautorios no verificables, dado que cada parte tiene una probabilidad del 50% de ser la víctima o de ser el portador residual.

4.3. Asignación de la pérdida entre partes negligentes

Como se desprende de la Figura 1, lo que distingue a las reglas de negligencia es la asignación de la pérdida entre partes no negligentes (esto es, la determinación del portador residual) y la asignación de la pérdida entre dos partes negligentes. Las posibilidades restantes, incluyendo la asignación de la pérdida cuando el causante es negligente y la víctima diligente, y viceversa, cuando el causante del daño es diligente y la víctima es negligente, son idénticas en todas las reglas que emplean una defensa de negligencia bajo reglas primarias y secundarias. Una parte negligente unilateralmente siempre soporta el total del daño. En la sección precedente, hemos analizado la asignación de la pérdida entre dos partes no negligentes y hemos dado criterios para la elección entre las reglas basados en la responsabilidad objetiva y las reglas basadas en la negligencia. Estos criterios dan cuenta de las amplias e importantes distinciones tanto en teoría como en la realidad legal, pero dejan abierto el problema consistente en la elección entre las reglas alternativas entre cada grupo, por ejemplo, entre negligencia contributiva y comparativa.

El problema de asignar la pérdida entre dos partes negligentes es sustancialmente diferente del que acaba de ser analizado, consistente en la asignación de la pérdida entre dos partes no negligentes. En la mayoría de casos, uno puede esperar que las partes toleren los estándares de negligencia, teniendo esto como consecuencia que la mayoría de accidentes se produzcan entre partes no negligentes. Esta intuición corresponde a la noción que si el juego de la responsabilidad extracontractual se encuentra bien regulado (esto es, si es sistema de responsabilidad extracontractual es óptimamente diseñada) la mayor cantidad de partes involucradas jugarán de conformidad a ésta y escogerán, en su propio interés, un comportamiento no negligente. Si este no es el caso y la mayoría de partes se comportan negligentemente, uno puede preguntarse si las reglas de responsabilidad

extracontractual deberían ser modificadas. La observación casual de los casos que terminaron en litigios puede ser engañosa. En efecto, gran parte de los accidentes no llegan a ocurrir realmente y, aquellos que sí ocurren, involucran pérdidas inevitables que incluso partes diligentes no podrían haber eludido, o que, en todo caso, eran muy costosas de evitar. Un pequeño subconjunto de casos involucrarán al menos una parte negligente, pero este subconjunto puede ser sobrerrepresentado en las cortes debido a que el litigio probablemente surgirá cuando no exista certeza sobre la asignación de responsabilidad de las partes. En este caso, los litigantes pueden encontrar difícil predecir el resultado de la adjudicación y puede que encuentren un acuerdo mutuamente beneficioso fuera de la corte.

Por lo tanto, la asignación de la pérdida entre partes no negligentes es de importancia fundamental, pues concierne a una vasta mayoría de accidentes y tiene efectos relevantes en los incentivos de las partes, en general, en cuanto a la selección del nivel apropiado de actividad o de precauciones no verificables. En contraste, la asignación de la pérdida entre dos partes negligentes es usualmente menos relevante en la realidad y más elusiva en teoría, en tanto que concierne situaciones fuera de equilibrio o aquellas situaciones que no esperamos materializar en un sistema de responsabilidad extracontractual perfectamente operativo. No es sorpresa, entonces, que este problema se haya mostrado más difícil de resolver que su imagen correlativa en la medida que los académicos han tomado la ruta imperativa consistente en relajar algunas de las asunciones básicas del modelo estándar⁽³⁴⁾ y busquen, primero,

(34) Para una vista a la literatura que considera un apartamiento del modelo estándar, véase Giuseppe Dari-Mattiacci, "Errors and the Functioning of Tort Liability", en *Supreme Court Economic Review* 13, (2005a), 165-187.



Giuseppe Dari-Mattiacci y Francesco Parisi

por justificaciones para el comportamiento no equilibrado (negligencia), y, segundo, un criterio que pueda guiar la asignación de la pérdida.⁽³⁵⁾

Una forma de justificar la negligencia comparativa es la justicia equitativa: si ambas partes son negligentes, ambas son igualmente pasivas de reproche, por lo que la asignación de la pérdida debería ser realizada acorde a tal situación.⁽³⁶⁾ Un seguro necesita proveer una justificación adicional cuando ambas partes pueden sufrir un daño en caso de accidentes. Un regla que imponga el peso completo del daño sobre una de ellas genera riesgos debido a la impredecibilidad *ex ante* sobre la distribución del daño entre las partes, la cual tomará lugar *ex post*. En contraste, una regla que divida la pérdida de acuerdo a porciones predeterminadas presenta la carga de la pérdida menos variable y más predecible (Posner, 2010, p. 223). Estas visiones justifican el compartir pero no dan cuenta del problema de justificar los comportamientos fuera de equilibrio, lo cual simplemente se asume que ocurre.

Otros académicos han justificado ambos, los comportamientos fuera de equilibrio y la negligencia comparativa, argumentando que, algunas veces, las partes tienen ciertos lapsus de negligencia, contrariamente a la escueta predicción del modelo, tales como en situaciones donde el cuidado desplegado por una parte solamente es suficiente para prevenir el accidente (Orr, 1991) en casos de falta de certeza evidenciaría, cuando las partes no pueden predecir si serán encontradas negligentes en la Corte (Cooter y Ulen, 1986), o en casos en que los estándares uniformes de negligencia son aplicados a una población heterogénea de víctimas y causantes de daño (Rubinfeld, 1987). En todos estos casos, algunas partes serán negligentes en equilibrio (racionalmente de esta forma en las últimas tres teorías). Se ha dicho que la negligencia comparativa puede remediar incentivos que de otra forma estarían distorsionados y puede inducir a ambas partes a tomar algo de cuidado donde la negligencia

simple o contributiva crearían incentivos para solo una de las partes. En el núcleo de estos estudios se encuentra una hipótesis consistente en que los incentivos distribuidos han de generar un menor costo social de los accidentes que los incentivos concentrados. Chung (1993) y Bar-Gill y Ben Shahr (2003) han reexaminado estas teorías y mostrado que estas explican algunos, pero no todos, los casos de negligencia comparativa, y, por lo tanto, no proveen una justificación general para compartir la pérdida, lo cual es válido bajo un amplio conjunto de asunciones.

Más recientemente, Dari-Mattiacci y De Geest (2005) han discutido sobre si las reglas que implican la repartición en general tienen una propiedad filtrante, pues ellas previenen los accidentes más dañosos y dejan que ocurran los menos dañosos. La negligencia comparativa puede ser vista como una de estas reglas de repartición. Este modelo considera situaciones en las cuales el cuidado es una elección solamente discreta y la precaución de una parte es óptima y, sobre este punto, se desvía del modelo estándar de responsabilidad extracontractual. Un reciente trabajo que estudia el modelo estándar de responsabilidad extracontractual con elecciones de cuidado continuado es el realizado por Dari-Mattiacci y Hendriks (2013). En este estudio, la negligencia comparativa es mostrada para corregir errores consecuencia del hecho de que los estándares de negligencia puedan ser, algunas veces, muy altos o muy bajos. En particular, la negligencia comparativa induce a las partes a violar los estándares de negligencia que son muy altos y reduce el costo total de los

(35) Véase, Oren Bar-Gill y Omri Ben-Shahar, "The Uneasy Case for Comparative Negligence", en *American Law and Economics Review* 5, (2003), 433-469; y Mireia Artigot i Golobardes y Fernando Gomez Pomar, "Contributory and Comparative Negligence in the Law and Economics Literature", para un excelente recuento sobre la literatura al respecto.

(36) Para referencias, véase Robert D. Cooter y Thomas S. Ulen, "An Economic Case for Comparative Negligence"; Oren Bar-Gill y Omri Ben-Shahar, "The Uneasy Case for Comparative Negligence"; y Giuseppe Dari-Mattiacci y Gerrit De Geest, "The Filtering Effect of Sharing Rules", en *Journal of Legal Studies* 34, (2005), 207-237.

Reglas de responsabilidad: Una taxonomía económica

Liability Rules: An Economic Taxonomy

accidentes, lo cual de otra manera sería ineficientemente alto debido a los excesivos gastos de precaución.⁽³⁷⁾

4.4. La extensión de los resultados a las defensas de no negligencia

Los resultados antes expuestos se mantienen válidos para las dos defensas de no negligencia: no negligencia contributiva y comparativa. Recuérdese que bajo no negligencia contributiva, una víctima que ejercita la precaución debida reconduce la responsabilidad hacia el causante del daño, sin importar el nivel de cuidado desplegado por este último. Bajo no negligencia comparativa, una víctima no negligente, o bien reconduce la responsabilidad enteramente hacia un causante de daño negligente, o *comparte* la responsabilidad con un causante de daño no negligente.⁽³⁸⁾

Examinemos si los resultados sostenidos por Landes y Posner (1980) se mantienen bajo un régimen de negligencia donde la regla secundaria se configure como una de no negligencia contributiva o como una de negligencia comparativa. Esto es, examinemos si los incentivos para ejercitar cuidados precautorios se mantienen invariables, sin importar la elección de la regla secundaria. Hemos de razonar de un modo simétrico al caso de la negligencia comparativa y contributiva.

Primero, considérese porqué bajo no negligencia contributiva una víctima potencial escogerá ejercitar la precaución debida para redirigir la responsabilidad hacia el causante del daño. El causante se anticipará a que las víctimas potenciales ejercitarán la precaución debida, y, entonces, el causante como el que soporta la responsabilidad residual también ejercitará la precaución debida para mitigar los costos esperados del accidente. Nótese que este análisis es la contrapartida de la negligencia contributiva. Bajo un esquema de negligencia contributiva, la víctima soporta el costo de un accidente, excepto cuando el causante del daño es negligente y la víctima es diligente. Bajo un esquema de no negligencia contributiva, el causante del daño soporta el costo del accidente, excepto cuando la víctima negligente y el causante es diligente.

Tómese esto como el extremo. Permítanos ahora considerar qué ocurre cuando permitimos que la responsabilidad residual sea compartida. Nuevamente, el razonamiento es simétrico con el seguido bajo un esquema de negligencia comparativa. Tomando la no negligencia contributiva como nuestro punto de partida, considérese qué pasa con los incentivos cuando la porción de responsabilidad correspondiente al causante del daño (por ejemplo, 100%) es disminuida (digamos, a 99%). La disminución es emparejada por el incremento (1%) en la responsabilidad de la víctima. Si distribuimos una pequeña porción de responsabilidad al causante (y una mayor y más grande porción a la víctima), al punto que dicho causante ya no tiene incentivos directos para ejercitar la precaución debida, entonces la víctima tendrá incentivos directos para ejercitar la precaución debida. Pero, entonces, el causante del daño se anticipará a que la víctima ejercerá la precaución debida, y por lo tanto también ejercitará la precaución debida, ello con la finalidad de mitigar la pérdida anticipada. Entonces, el mismo resultado ocurre en todo caso: ambas partes van a ejercitar el debido cuidado sin importar la distribución de la responsabilidad residual bajo una regla de no negligencia comparativa.

Respecto a los niveles de actividad, la no negligencia comparativa ofrece muchas ventajas posibles sobre la negligencia comparativa. Mientras que la negligencia comparativa divide el costo de los accidentes cuando *ambas* partes son negligentes, la no negligencia comparativa divide el costo cuando *ninguna* de las partes lo es.

(37) Para un análisis empírico de la negligencia comparativa contra la negligencia contributiva, véase Michelle J. White, "An Empirical Test of the Comparative and Contributory Negligence Rules in Accident Law", en *Rand Journal of Economics* 20, (1989), 308-330.

(38) Un mecanismo para tal repartición de responsabilidad sin culpa es la "causalidad comparativa". Véase Guido Calabresi y Jeffrey Cooper, "New directions in tort law", en *Valparaiso University Law Review* 30, (1996), 859-884.



Giuseppe Dari-Mattiacci y Francesco Parisi

Hemos afirmado previamente que las defensas de no negligencia no se han visto en la práctica, aunque algunas reglas de negligencia que invierten la carga de la prueba entre las partes se aproximan al campo de operación de la no negligencia. Sin embargo, mucha de la misma racionalidad que justifica la negligencia comparativa se aplica de igual manera a la no negligencia comparativa. Por ejemplo, la no negligencia comparativa puede también ser motivada por nociones de predictibilidad o de justicia equitativa –que un causante de daño no negligente es no más o menos culpable por un accidente que una víctima no negligente–.

Más importante, cuando la responsabilidad residual es compartida, ambas partes se verán incentivadas a ejercitar *algún nivel* de precauciones no observables, aunque ninguna de ellas tendrá los incentivos completos para tomar la precaución debida (no observable). Entonces, la no negligencia comparativa puede ofrecer una alternativa atrayente cuando no es claro qué precauciones no observables de las partes es la más importante⁽³⁹⁾, o cuando ninguno (o ambos) de los cuidados precautorios de las partes son inusuales en natura (es decir, si ambas partes se encuentran similarmente situadas)⁽⁴⁰⁾, en cuyo caso puede ser deseable dividir los incentivos entre ambas partes.

5. Conclusiones

En este pequeño ensayo, hemos presentado a vistazo de águila el desarrollo de las teorías económicas de la responsabilidad extracontractual. Hemos comenzado con el desarrollo de un esquema conceptual de la responsabilidad extracontractual en los trabajos de Calabresi y Trimarchi. Luego, hemos discutido la evolución de la formalización del modelo de responsabilidad extracontractual desde Brown (1973) a Landes y Posner (1930) hasta Shavell (1980).

En la Sección 3 hemos presentado una taxonomía de las reglas de responsabilidad extracontractual, bajo un marco que esperamos facilite la comprensión de las relaciones entre los diferentes regímenes de responsabilidad extracontractual, así como también respecto de los roles de los elementos del modelo responsabilidad extracontractual en la asignación

responsabilidad. La Figura 1 cataloga muchas de las posibles permutaciones entre reglas primarias y secundarias, asignando responsabilidad entre causantes de daño y víctimas. En la sección 4, hemos discutido la irrelevancia de las reglas en los incentivos de cuidado precautorio, pero hemos observado el efecto sobre los niveles de actividad de las partes (o “precauciones no verificables”). También hemos extendido el análisis de Landes y Posner (1980) y Shavell (1980) para considerar la defensa de no negligencia.

El estudio de la responsabilidad extracontractual concierne a una de las aplicaciones más desarrolladas de la metodología económica en el Derecho. Sin embargo, la investigación en esta área se mantiene activa, y el interés en el tema se mantiene fuerte. Notablemente, Porat (2011) ha expuesto recientemente algunas inconsistencias básicas de la regla de responsabilidad civil, que generalmente emplea diferentes estándares al momento de evaluar la negligencia de una parte y al momento de determinar los daños. La investigación continúa.

6. Bibliografía

- A. Mitchell Polinsky y Yeon-Koo Che, “Decoupling Liability: Optimal incentives for Care and Litigation”, en *Rand Journal of Economics* 22, (1991), 562-570.
- Ariel Porat, “Misalignments in Tort Law”, en *Yale Law Journal* 121, (2011), 82-141.
- Charles D. Kolstad, Thomas S. Ulen y Gary V. Johnson, “Ex Post Liability for Harm vs. Ex Ante Safety Regulation: Substitutes or Complements?”, en *American Economic Review* 80, (1990), 888-901.

(39) Véase Steven Shavell, “Strict Liability versus Negligence”, en *Journal of Legal Studies* 9, (1980), 1-25.

(40) Véase Dari-Mattiacci, “On the Optimal Scope of Negligence”.

Reglas de responsabilidad: Una taxonomía económica
Liability Rules: An Economic Taxonomy

- Christopher Curran, "The Spread of the Comparative Negligence Rule in the United States," en *International Review of Law and Economics* 12, (1992), 317-332.
- Christopher J. Robinette y Paul G. Sherland, "Contributory or Comparative: Which is the Optimal Negligence Rule?," en *Northern Illinois University Law Review* 24, (2003), 41-60.
- Daniel Kessler (ed.), *Regulation vs. Litigation. Perspectives from Economics and Law*, (Chicago: The University of Chicago Press, 2011).
- Daniel L. Rubinfeld, "The Efficiency of Comparative Negligence," en *Journal of Legal Studies* 16, (1987), 375-394.
- Daniel Orr, "The Superiority of Comparative Negligence: Another Vote," en *Journal of Legal Studies* 20, (1991), 119-129.
- David D. Haddock y Christopher Curran, "An Economic Theory of Comparative Negligence," en *Journal of Legal Studies* 14, (1985), 49-72.
- David W. Barnes y Mark Baeverstad, "Social Choices and Comparative Negligence: Resurrecting Galena," en *De Paul Law Review* 31, (1982), 273-306.
- Francesco Parisi y Fon, Vincy, "Comparative Causation," en *American Law and Economics Review* 6, (2004), 345-368.
- Francesco Parisi y Ram Singh, "The Efficiency of Comparative Causation," en *Review of Law and Economics* 6, (2010), 219-245.
- Francesco Parisi y Vincy Fon, "Causation and Responsibility: The Compensation Principle from Grotius to Calabresi," en *Maryland Law Review* 64, (2005), 108-135.
- Francesco Parisi, "Alterum non Laedere: An Intellectual History of Civil Liability," en *American Journal of Jurisprudence* 39, (1994), 317-351.
- Francesco Parisi, "Genesis of Liability in Ancient Law," en *American Law and Economics Review* 3, (2001), 82-124.
- Gerrit De Geest y Giuseppe Dari-Mattiacci, "Soft Regulators, Tough Judges," en *Supreme Court Economic Review* 15, (2007), 119-140.
- Giampaolo Frezza y Francesco Parisi, "Pietro Trimarchi," en Jürgen G. Backhaus (ed.), *Elgar Companion to Law and Economics*, (Cheltenham: Edward Elgar, 1998).
- Giuseppe Dari-Mattiacci y Eric Langlais, "Social Wealth and Optimal Care," en *International Review of Law and Economics* 32, (2012), 271-284.
- Giuseppe Dari-Mattiacci y Eva S. Hendriks, "Relative Fault and Efficient Negligence: Comparative Negligence Explained," en *Review of Law and Economics*, (2013).
- Giuseppe Dari-Mattiacci y Gerrit De Geest, "The Filtering Effect of Sharing Rules," en *Journal of Legal Studies* 34, (2005), 207-237.
- Giuseppe Dari-Mattiacci y Gerrit De Geest, "Carrots, Sticks, and the Multiplication Effect," en *Journal of Law, Economics, and Organization* 26, (2010), 365-384.
- Giuseppe Dari-Mattiacci y Luigi Alberto Franzoni, "Innovative Negligence Rules," working paper, (2013).
- Giuseppe Dari-Mattiacci, "Errors and the Functioning of Tort Liability," en *Supreme Court Economic Review* 13, (2005a), 165-187.
- Giuseppe Dari-Mattiacci, "On the Optimal Scope of Negligence," en *Review of Law and Economics* 1, (2005b), 331-364.
- Giuseppe Dari-Mattiacci, Bruno Lovat y Francesco Parisi, "Loss Sharing Between



Giuseppe Dari-Mattiacci y Francesco Parisi

- Non-Negligent Parties”, en *Amsterdam Center for Law and Economics Working Paper No. 2011-08*, (2011).
- Guido Calabresi y A. Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral”, en *Harvard Law Review* 85, (1972), 1089-1128.
 - Guido Calabresi, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, en *Yale Law Journal* 70, (1961), 499-553.
 - Guido Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, (New Haven: Yale University Press, 1970).
 - Guido Calabresi y Jeffrey Cooper, “New directions in tort law”, en *Valparaiso University Law Review* 30, (1996), 859-884.
 - Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis [Law of War and Peace]*, (Paris: Buon, 1625).
 - John Prater Brown, “Toward an Economic Theory of Liability”, en *Journal of Legal Studies* 2, (1973), 323-349.
 - Kevin J. Grehan, “Comparative Negligence”, *Columbia Law Review* 81, (1981), 1668-1701.
 - Lewis A. Kornhauser y Richard L. Revesz, “Apportioning Damages among Potentially Insolvent Actors”, en *Journal of Legal Studies* 19, (1990), 617-651.
 - Lewis A. Kornhauser y Richard L. Revesz, “Joint Tortfeasors,” en Boudewijn Bouckaert y Gerrit De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. II, (Cheltenham: Edward Elgar, 2000).
 - Mark F. Grady, “Multiple Tortfeasors and the Economy of Prevention”, en *Journal of Legal Studies* 19, (1990), 653-678.
 - Mireia Artigot i Golobardes y Fernando Gomez Pomar, “Contributory and Comparative Negligence in the Law and Economics Literature”, en Michael Faure (ed.), *Tort Law and Economics*, (Cheltenham: Edward Elgar, 2009), 46-79.
 - Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, (London: Macmillan, 1881) (Reprint 1968).
 - Oren Bar-Gill y Omri Ben-Shahar, “The Uneasy Case for Comparative Negligence”, en *American Law and Economics Review* 5, (2003), 433-469.
 - Patrick W. Schmitz, “On the Joint Use of Liability and Safety Regulation”, en *International Review of Law and Economics* 20, (2000), 371-382.
 - Paul H. Edelman, “What Are We Comparing in Comparative Negligence?”, en *Washington University Law Review* 85, (2007), 73-99.
 - Peter A. Diamond, “Accident Law and Resource Allocation,” en *Bell Journal of Economics* 5, (1974b), 366-405.
 - Peter A. Diamond, “Single Activity Accidents,” en *Journal of Legal Studies* 3, (1974a), 107-162.
 - Pietro Trimarchi, “Il caso fortuito quale limite della responsabilità per il danno da cose. Contributo and una teoria del rischio di impresa” (Fortuitous Event as a Limit of the Liability for Damage Caused by Things. Contribution to a Theory of Entrepreneurial Risk), en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, (1959a), 808-862.
 - R. Ian McEwin, “No-Fault Compensation Systems,” en Boudewijn Bouckaert y Gerrit De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. II, (Cheltenham: Edward Elgar, 2000).
 - Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 8° ed., (New York: Aspen, 2010).

Reglas de responsabilidad: Una taxonomía económica
Liability Rules: An Economic Taxonomy

- Robert D. Cooter y Thomas S. Ulen, "An Economic Case for Comparative Negligence", en *New York University Law Review* 81, (1986), 1067-1110.
- Samuel A. Rea, Jr., "The Economics of Comparative Negligence", en *International Review of Law and Economics* 7, (1987), 149-162.
- Shmuel Leshem y Geoffrey P. Miller, "All-or-Nothing versus Proportionate Damages", en *Journal of Legal Studies* 38, (2009), 345-382.
- Steven Shavell, "Strict Liability versus Negligence", en *Journal of Legal Studies* 9, (1980), 1-25.
- Steven Shavell, "On Liability and Insurance", en *Bell Journal of Economics* 13, (1982), 120-132.
- Steven Shavell, "A Model for Optimal Use of Liability and Safety Regulation", en *Rand Journal of Economics* 15, (1984b), 271-280.
- Steven Shavell, "Liability for Harm Versus Regulation for Safety", en *Journal of Legal Studies* 13, (1984a), 357-374.
- Steven Shavell, "On the Social Function and the Regulation of Liability Insurance", en *Geneva papers on Risk and Insurance: Issues and Practice* 25, (2000), 166-179.
- Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, (Cambridge: Harvard University Press, 1987).
- Tai-Yeong Chung, "Efficiency of Comparative Negligence: A Game Theoretic Analysis", en *Journal of Legal Studies* 22, (1993), 395-404.
- William L. Prosser, "Comparative Negligence", en *Michigan Law Review* 51, (1953), 465- 508.
- William M. Landes y Richard A. Posner, "Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis", en *Journal of Legal Studies* 9, (1980), 517-555.
- William M. Landes y Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, (Cambridge: Harvard University Press, 1987).
- Pietro Trimarchi, "La responsabilità per il fatto dei dipendenti. Contributo and una teoria del rischio di impresa" (Liability for Damage Caused by Employees. Contribution to a Theory of Entrepreneurial Risk), en *Rivista di diritto civile*, (1959b), 604-679.
- Pietro Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva* (Risk and Strict Liability), (Milano: Giuffrè, 1961).
- Pietro Trimarchi, *Causalità e danno* (Causality and Damage), (Milano: Giuffrè, 1967).
- Michelle J. White, "An Empirical Test of the Comparative and Contributory Negligence Rules in Accident Law", en *Rand Journal of Economics* 20, (1989), 308-330.
- Donald Wittman, "Prior Regulation versus Post Liability: The Choice between Input and Output Monitoring", en *Journal of Legal Studies* 6, (1977), 193-212. 