



Guido Calabresi^(*)

Una visión más amplia de la Catedral: El significado de la **regla de responsabilidad**. Corrigiendo un malentendido^{(**)(***)}

A broader view of the Cathedral: The meaning of the liability rule. Correcting a misapprehension

EL MOMENTO EN QUE UNO SE DA CUENTA DE QUE LA REGLA DE RESPONSABILIDAD ES USADA NO SOLAMENTE PARA HACER LO QUE EL MERCADO NO ES CAPAZ DE HACER, SINO QUE ES, EN SU LUGAR, UN INSTRUMENTO INDEPENDIENTE DE TOMA DE DECISIONES COLECTIVAS, ENTONCES SU APLICACIÓN APARENTEMENTE PECULIAR EN ESTAS ÁREAS SE VUELVE FÁCILMENTE EXPLICABLE.

Resumen: En el presente artículo, el autor analiza la responsabilidad extracontractual no solo desde una visión privada, sino también desde una función pública como parte de la estructura legal-política-económica de un Estado. Asimismo, analiza el significado de la regla de responsabilidad y de cómo esta manera social-demócrata de organizar el derecho y las titularidades fijan el tamaño de la responsabilidad; sin embargo, esta es una descripción inexacta de lo que ocurre en el mundo como en el caso de las expropiaciones. Por ello, afirma un papel económico más significativo de la regla de responsabilidad.

(*) Fue nombrado Juez de Circuito de los Estados Unidos de América en 1994 y entró en servicio el 16 de septiembre del mismo año. Previo a su designación, fue Decano y Sterling Professor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, donde enseña desde 1959. Actualmente es Sterling Professor Emeritus of Law y Professorial Lecturer in Law de la Universidad de Yale.

(**) Publicado inicialmente como Guido Calabresi, "A broader view of the Cathedral: The significance of the liability rule, correcting a misapprehension," *Law and Contemporary Problems* 2, Vol. 77 (2014): 1-13. La traducción y la publicación se realizaron bajo la autorización expresa del autor y la revista.

Estas ideas son la base del capítulo VI titulado "Of the relationship of Markets and Command in the Liability Rule" del último libro de Calabresi, *The Future of Law and Economics* (New Heaven: Yale University Press, 2016), 117-30.

La traducción al español, así como las gestiones correspondientes, estuvo a cargo de Sergio García Long, adjunto de docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Se han añadido notas del traductor para aclarar o explicar algunos conceptos ajenos a nuestra realidad jurídica (NT).

(***) Nota del Editor: El artículo fue recibido el 23 de julio de 2016 y aprobada su publicación el 24 de julio del mismo año.

Una visión más amplia de la Catedral: El significado de la regla de responsabilidad.

Corrigiendo un malentendido

A broader view of the Cathedral: The meaning of the liability rule.

Correcting a misapprehension

Palabras clave: Responsabilidad Extracontractual - Derecho Público - Derecho Privado - Regla de la Responsabilidad - Expropiación

Abstract: In this article, the author analyses the tort not only from a private view, but also from a public function as part of the legal-political-economic structure of a State. Likewise, he analyses the significance of the liability rule and how this social-democratic way of organizing law and entitlements fixes the size of the liability; however, it is an inaccurate description of what occurs in the world, as in the case of eminent domain. Therefore, he claims a more significant economic role for the liability rule.

Keywords: Tort - Public Law - Private Law - Liability Rule - Eminent Domain

En los últimos años, se ha visto el resurgimiento de la responsabilidad extracontractual (*Torts*) visto como un acuerdo legal puramente privado: sea descrito en términos de justicia compensatoria (*compensatory justice*), el derecho de la víctima a ser plenamente compensada (*a right to be made whole*)⁽¹⁾, o en términos de reparación de daños civiles, el derecho de la víctima a vengarse de quien lo dañó⁽²⁾. Estas posiciones rechazan el enfoque de los *system builders* (para usar la feliz expresión de Izhak Englard)^{(3)(7NT1)}, de aquellos que ven la responsabilidad extracontractual como parte de la estructura legal-política-económica de un Estado. Esta última visión *pública* de la responsabilidad extracontractual ha sido dominante, al menos desde mi primer artículo⁽⁴⁾, y

la respuesta a ella por parte de Walter J. Blum y Harry Kalven, acertadamente titulada *Public Law Perspectives on a Private Law Problem*⁽⁵⁾. Es de la relación entre estos enfoques y de la inevitabilidad de la visión pública-legal (y por ende, en parte, económica) de la responsabilidad extracontractual de lo quiero escribir hoy. Al hacerlo, sin embargo, principalmente quiero corregir un error en el cual muchos *system builders* han incurrido: la visión de la regla de responsabilidad (*liability rule*), en la responsabilidad extracontractual y sus afines, como una *segunda mejor* (*second best*) opción de imitar los mercados cuando los mismos *no funcionarán o no están disponibles*. Quiero afirmar un papel económico más significativo de la regla de responsabilidad y, por ende, de la responsabilidad extracontractual, que el mencionado. Por razones que serán claras en su debido momento, llamo a esto *A Broader view of the Cathedral* (una visión más amplia de la Catedral).

Curiosamente, los nuevos privatistas distinguen a la responsabilidad extracontractual de los contratos y el derecho penal, al reconocer el rol público-legal de los dos últimos (y esencialmente ignorando el rol privado de los mismos) y sugieren en su lugar que la

(1) Véase Jules Coleman, "Corrective Justice and Wrongful Gain," *The Journal of Legal Studies* 2, Vol. 11 (1982): 421.

(2) Véase John C.P. Goldberg y Benjamin C. Zipursky, "Seeing Tort Law from the Internal Point of View: Holmes and Hart on Legal Duties," *Fordham Law Review*, Vol. 75 (2006): 1563.

(3) Izhak Englard, "The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory," *The Journal of Legal Studies* 1, Vol. 9 (1980): 27.

(NT1) Cuando Englard habla de los *system-builders* se refiere a aquellos que proponen una teoría para ordenar y entender a la responsabilidad extracontractual, que tiene como presupuesto la crisis del mismo producto de la falta de coherencia e uniformidad. Entre los *system builders*, se encuentra Guido Calabresi y su obra *The Cost of Accidents* de 1970, en donde propuso una perceptiva económica del derecho de los accidentes.

(4) Véase Guido Calabresi, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts," *The Yale Law Journal* 4, Vol. 70 (1961): 499.

(5) Véase *University of Chicago Law Review* 4, Vol. 31 (1964): 641. Blum y Kalven ofrecieron un magnífico aporte que fomentó la discusión de manera fructífera. Véase Guido Calabresi, "Fault, Accidents and the Wonderful World of Blum and Kalven," *Yale Law School*, Vol. 75 (1965): 216; Walter J. Blum y Harry Kalven, Jr., "The Empty Cabinet of Dr. Calabresi: Auto Accidents and General Deterrence," *University of Chicago Law Review* 2, Vol. 34 (1967): 239; cónfer Steven G. Medema, "Juris Prudence: Calabresi's Uneasy Relationship with the Coase Theorem," *Law and Contemporary Problems* 2, Vol. 77 (2014): 65 y 85 (donde se discute la interacción entre Blum y Kalven, Coase y yo).



Guido Calabresi

responsabilidad extracontractual tiene principalmente un rol privado. Respecto a la responsabilidad extracontractual, parece que ellos señalan que si la relación directa entre víctima-causante es destruida, el área de la responsabilidad extracontractual desaparecería⁽⁶⁾. Por el contrario, yo afirmo que aunque algo podría perderse, una parte esencial de la responsabilidad extracontractual permanecería viva incluso sin esa relación, como en el caso de Nueva Zelanda⁽⁷⁾. Pero primero veamos la visión raramente limitada de los privatistas respecto a los contratos y el derecho penal.

Al menos cuando están contrastando estas áreas con la responsabilidad extracontractual, parece que los privatistas hablan de los contratos y del derecho penal como si estos solo tuvieran una función pública. Los contratos son vistos como una manera en que los mercados regulan la economía, al intercambiar titularidades y decidir qué es mío y qué es tuyo, mediante el consentimiento de las partes. El derecho penal y regulatorio es visto como un enfoque colectivista que hace lo mismo, decidir por mandato estatal qué es mío y qué es tuyo. Esta forma de hablar, sin embargo, ignora la muy importante función privada-legal de ambas áreas del derecho. En los contratos y en el derecho penal y regulatorio, como en la responsabilidad extracontractual, una vez que se ha establecido una manera de determinar cuándo y cómo las titularidades pueden ser transferidas, un conjunto de expectativas privadas surgen alrededor de los medios elegidos. Y estas expectativas privadas llegan a tener un valor por sí mismo que, en cualquier momento de la vigencia del derecho, no puede ser ignorado sin producir un daño significativo.

Por ello es que la posición del juez Holmes respecto a que cualquier persona tiene el derecho a terminar un contrato cuando el cumplimiento es más caro que el incumplimiento⁽⁸⁾

ha sido llamado históricamente como una herejía⁽⁹⁾. Su posición ignora el rol privado del derecho de contratos. De hecho, los contratos no son importantes *solo* por su importante función pública de intercambio de titularidades a través del consentimiento, sino que viene, con el tiempo, también a proteger a las expectativas privadas de que las promesas deben cumplirse. Como resultado, es en algún sentido erróneo e incluso inmoral no hacerlo.

De manera similar, el derecho penal y regulatorio no simplemente representa una asignación pública y colectiva de titularidades. El derecho penal y regulatorio involucra, también, el derecho de la víctima y de la familia de la víctima a invocar al Estado para castigar a aquellos que le han ocasionado daños. Aquí, también, una vez que la colectividad determina cuándo y cómo lo que es mío puede ser tomado por ti, y cuándo no, todo tipo de expectativas privadas llegan a rodear esa decisión. Resulta que el derecho penal y regulatorio no simplemente representan la manera más eficiente de ejecutar las decisiones colectivas, sino también de hacer lo que es necesario para *compensar* los sentimientos de aquellos que han sido privadamente dañados por el incumplidor de la norma. Por esto es que el celebrado artículo de Becker sobre las sanciones penales representa una imagen incompleta e inadecuadamente describe las sanciones que el derecho penal impone⁽¹⁰⁾. En efecto, es por eso que la pena de muerte perdura

(6) Véase Jonh C.P. Goldberg y Benjamin C. Zipursky, "Tort as Wrongs," *Texas Law Review*, Vol. 88 (2010): 917-8.

(7) Véase Marc A. Franklin, "Personal Injury Accidents in New Zeland and the United States: Some Striking Similarities," *Stanford Law Review*, Vol. 27 (1975): 653; Geoffrey Palmer, "The New Zeland Experience," *University of Hawaii Law Review*, Vol. 15(1993): 604.

(8) Véase Oliver Wendell Holmes, "The Path of the Law," *Harvard Law Review*, Vol. 10 (1897): 457-62.

(9) Véase Karl L. Llewellyn, "A Realistic Jurisprudence – The Next Step," *Columbia Law Review*, Vol. 30 (1930): 431-7. "Es una herejía cuando Coke o Holmes hablan del hombre que tiene la libertad bajo el derecho de ejecutar el contrato, o pagar daños a su opción".

(10) Véase Gary S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach," *Journal of Political Economy* 2, Vol. 76 (1968): 169.

Una visión más amplia de la Catedral: El significado de la regla de responsabilidad.

Corrigiendo un malentendido

A broader view of the Cathedral: The meaning of the liability rule.

Correcting a misapprehension

en los Estados Unidos a pesar de sus inadecuadas bases, a menudo demostradas, en la prevención⁽¹¹⁾ o en la justicia de su aplicación⁽¹²⁾. Permanece porque se cree que los relictos de la víctima tienen el derecho a ser plenamente compensados (*the right to be made whole*), de cerrar las heridas, y que, con razón o sin ella, la pena capital conseguiría dicho cierre⁽¹³⁾.

En consecuencia, tanto en los contratos como en el derecho penal y regulatorio, la estructura elegida es una designada para controlar el intercambio y el no intercambio de titularidades en una manera que el Estado considere deseable. Pero alrededor de esa decisión pública, en parte basada económicamente, derechos privados surgen y algo se perdería si el resultado público se consigue sin dar peso a, y reconocer la importancia de, los derechos privados que se han adherido a esa decisión pública.

Y lo mismo ocurre en la responsabilidad extracontractual. Con excepción de que aquí, los privatistas, los *Colebergzurkys*^(NT2) como los llamo en ocasiones, afirman que el lado privado es el único importante, el único que define el área. Yo y otros hemos notado que sin algún tipo de enfoque público (*system building*) de la responsabilidad extracontractual, no

se puede determinar cuándo un *daño* privado que necesita compensación ha ocurrido⁽¹⁴⁾. También he sugerido que aunque puedan haber algunos *system builders* (de los tipos de derecho y economía) quienes, como Holmes en su herejía, escriben como si nada se perdería si los derechos privados fueran eliminados, ni yo y con seguridad tampoco Blum y Kalven hemos tomado esa posición. Lo que he dicho es simplemente que hay un significado importante en el enfoque de la responsabilidad extracontractual en el intercambio de titularidades que siempre ha estado allí y continuará en definir esta área del derecho (y otras áreas afines) incluso si la relación privada entre la víctima y el causante fuera abolida.

En este sentido fundamental, la responsabilidad extracontractual sobreviviría, tal como los contratos y el derecho penal sobrevivirían, incluso si un Estado decidiera que los valores *privados* que se han adherido al

(11) Véase John J. Donohue III y Justin Wolfers, "Estimating the Impact of the Death Penalty on Murder," *American Law and Economics Review*, Vol. 11 (2009): 249. Este análisis de la debilidad de la pena de muerte como un disuasivo se remonta al siglo dieciocho y a Cesare Beccaria. Véase Cesare Beccaria, "The Death Penalty," en *On Crimes and Punishments and Other Writings*, ed. Richard Bellamy, trad. Richard Davies (1995), 66.

(12) Véase Charles L. Black, Jr., *Capital Punishment: The Inevitability for Caprice and Mistake* (1974), 84-96. Si funcionó como un poderoso disuasivo, la ejecución de inocentes podría no generar problemas a un utilitarista. Pero cualquiera que esté preocupado con la justicia debe considerarlo horrendo. Además, como Black señala, el error en los casos de pena de muerte no solo viene de la ejecución de inocentes, sino también de la aplicación dispar de la sanción.

(13) En la mayoría de los casos americanos sobre la pena capital, los parientes de las víctimas demandan venganza como una condición para que puedan ser *plenamente compensados* (*made whole*). Si las muertes por venganza son en realidad capaces de compensar a las víctimas de los familiares, entonces un utilitarista podría aprobar la pena de muerte, e incluso podría tolerar algún error en la aplicación de la pena. Debido a razones complejas que no puedo desarrollar en este corto artículo, no creo que este argumento utilitarista funcione en última instancia. Pero es uno que no ha sido analizado a fondo como lo ha sido el argumento de la prevención (*deterrence*). En cualquier caso, la idea de que debo obtener todo lo que sea mi derecho forma parte integrante de una arraigada manera americana de ver las cosas. Véase Guido Calabresi, "Civil Recourse Theory's Reductionism," *Indiana Law Journal* 2, Vol. 88(2013): 465-66 y 499 (en adelante, Calabresi, Civil Recourse Theory). He notado que esta dinámica también ocurre en la venganza en otras áreas del derecho. Véase Guido Calabresi, "The Complexity of Torts – The Case of Punitive Damages," en *Exploring Tort Law*, ed. M. Stuart Madden (2005), 333 (en adelante, Calabresi, The Complexity of Torts).

(NT2) El término *Colebergzurkys* es usado para nombrar a Jules L. Coleman, John C.P. Goldberg y Benjamin C. Zipursky, a quienes Calabresi critica por tener una visión exclusivamente privada de la responsabilidad extracontractual. También se refiere a ellos como los privatistas.

(14) Véase Calabresi, *Civil Recourse Theory*, supra nota 13; Richard A. Posner, "Instrumental and Noninstrumental Theories of Tort Law," *Indiana Law Journal*, Vol. 88(2013): 469.



Guido Calabresi

área no valdrían la pena ser respetados. Esta eliminación de derechos privados podría producirse en cada una de estas áreas si el Estado concluye que las expectativas privadas, convertidas en derechos, cuestan demasiado. Esto es, el Estado podría decidir que reconocer tales derechos privados haría el cumplimiento del propósito público muy complicado o caro. Ello también podría ocurrir si el Estado encontró otros, más deseables, medios para dar peso a los valores que los derechos privados trataban de preservar⁽¹⁵⁾.

¿Cuál, entonces, es este *significado público* de la responsabilidad extracontractual, el cual sobrevive incluso si la víctima y el causante son desagregados? ¿Cuál es el equivalente de la responsabilidad extracontractual al intercambio de titularidades por el consentimiento (contratos) o por mandato colectivo (derecho penal y regulatorio)? La respuesta es, como ya he escrito antes, la regla de responsabilidad (*liability rule*). Es la decisión social de dejar que las titularidades sean intercambiadas, no solamente por acuerdo privado, no solo por mandato colectivo, sino por *decisiones privadas* en donde el *precio de intercambio es establecido colectivamente*⁽¹⁶⁾. Y al respecto, la responsabilidad extracontractual es solo una de varias de las áreas afines, del cual las expropiaciones (*eminent domain*) es la más obvia⁽¹⁷⁾.

He escrito en otro lado que la regla de responsabilidad, este enfoque de la responsabilidad extracontractual sobre las titularidades, ha sido usada en todas las sociedades, sean libertarias o colectivistas. Esto ha sido así por razones prácticas, incluyendo razones derivadas del *congestionamiento* de cada enfoque preferido por la sociedad y la ventaja comparativa que el medio de la regla de responsabilidad tiene en ciertas asignaciones, dado tal congestionamiento⁽¹⁸⁾. También he notado que en muchas sociedades modernas, incluyendo la nuestra, es usado cuando no debe serlo⁽¹⁹⁾; por ejemplo, en contextos de responsabilidad médica, compensación de trabajadores y responsabilidad por productos. Y he afirmado que su amplio uso habla de la ideología de la sociedad que confía en la regla de responsabilidad en tales contextos. He dicho que su amplio uso define tal sociedad como social demócrata, tal como el amplio uso de los contratos define a la sociedad como libertaria, y del derecho penal y regulatorio

-
- (15) Por ejemplo, el gobierno podría ofrecer financiamiento público a las víctimas u honrarlos de otra manera. Véase por ejemplo 49 U.S.C. § 40101 nota (2006) (September 11th Victim Compensation Fund de 2001). Similarmente, el estado podría entregar honores especiales a aquellos que cumplieron sus promesas, incluso cuando mantener las promesas hubiera sido costoso.
- (16) Véase Guido Calabresi y A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral," *Harvard Law Review*, Vol. 85(1972). (En adelante, Calabresi y Melamed, *One View of the Cathedral*). Es importante precisar que el esquema que Melamed y yo desarrollamos en ese artículo se aplica a las *situaciones* en donde las titularidades son intercambiadas, no a las cosas que son intercambiadas. La titularidad de mi reloj puede ser intercambiada a través de un contrato en ciertas situaciones; en otras, podría ser inalienable; y, en un accidente, mi titularidad está sujeta a un intercambio a través de la responsabilidad extracontractual. La estructura es situacional, contextual, o, si les gusta, transaccionalmente enfocado.
- (17) Como este artículo intenta demostrar, el uso de la palabra *precio* como la evaluación que es hecha colectivamente es errada. Ello inevitablemente hace que uno piense en un mercado. Si uno piensa que la decisión colectiva es un intento para aproximarse al derecho penal o a la regulación, las palabras que serían más probables a ser usadas para describir la evaluación son *penalidad* o *sanción*. Véase Robert Cooter, "Prices and Sanctions," *Columbia Law Review*, Vol. 84 (1984): 1523. Si finalmente, el monto impuesto no fue pensado ni para aproximarse a lo que un mercado haría ni para lo que el derecho penal o la regulación impondrían, sino una determinación colectiva de qué tan fácil una titularidad debe intercambiarse, entonces una palabra como *evaluación* parecería apropiada. Debido a que la literatura sobre las reglas de responsabilidad ha usado la palabra casi exclusivamente, yo, en este artículo, continuaré usando tal palabra, pero quiero enfatizar qué tan problemático es realmente ese uso. Estoy agradecido con Greg Keating por esta y muchas otras útiles sugerencias.
- (18) Véase Guido Calabresi, "Torts - The Law of the Mixed Society," *Texas Law Review*, Vol. 56(1978): 519 y 526-29.
- (19) Guido Calabresi, "Torts - The Law of the Mixed Society": 529-34.

Una visión más amplia de la Catedral: El significado de la regla de responsabilidad.

Corrigiendo un malentendido

A broader view of the Cathedral: The meaning of the liability rule.

Correcting a misapprehension

como colectivista. Todas estas son las funciones públicas-legales de estas, hasta cierto punto también privadas, áreas del derecho.

Hoy, sin embargo, quiero enfatizar algo más respecto al enfoque de la regla de responsabilidad. Quiero concentrarme en cómo esta manera social demócrata de organizar el derecho y las titularidades fijan el tamaño de la responsabilidad. Quiero preguntar, ¿cómo el precio establecido colectivamente, sobre la base del cual las titularidades pueden intercambiarse, es determinado? En otras palabras, deseo analizar lo que la colectividad pretende hacer cuando decide el tamaño de la responsabilidad a ser evaluada cuando las titularidades son intercambiadas.

Es tanto interesante y habla maravillas acerca de los primeros *system builders*, y de su entrenamiento económico y tácito sesgo pro mercado, que muchos análisis de la regla de responsabilidad, tal vez el mío incluido, vieron el precio colectivo a ser utilizado en la regla de responsabilidad como uno designado a reflejar, o imitar, el precio de mercado que hubiera estado presente si el mercado libre hubiera sido posible⁽²⁰⁾. La regla de responsabilidad fue usada, o así parece, para remediar las fallas del mercado. En donde, debido a un número grande de problemas que estaban presentes, costos de transacción, entre otros, donde, en otras palabras, un mercado libertario era o no posible o muy caro para justificar su uso, la regla de responsabilidad fue empleada para conseguir el resultado que un mercado libre conseguiría de haber estado disponible. En esta perspectiva, la regla de responsabilidad estaba allí para lograr en la medida de lo posible lo que las partes hubieran hecho si hubieran sido capaces de contratar, de intercambiar las titularidades totalmente por consenso.

Hoy argumentaré que tal perspectiva de la regla de responsabilidad, de la función pública de la responsabilidad

extracontractual y sus afines, refleja una imagen empobrecida del derecho y de la economía. Y, más importante, que es una descripción totalmente inexacta de lo que ocurre en el mundo. Sí, hay muchas veces en que el precio colectivo inherente a la regla de responsabilidad es designado para reflejar el precio de mercado, de haber sido alguno factible. Pero también, hay ocasiones en que el precio de la regla de responsabilidad es designado para acercarse a lo que una asignación colectiva de titularidades, a través del derecho penal o regulatorio, hubiera ordenado. Y, más interesante, hay veces en que el precio establecido colectivamente está allí para reflejar la perspectiva del Estado sobre la deseabilidad de cierto intercambio de titularidades, y que estas perspectivas pueden no ser ni predominantemente libertarias ni completamente colectivistas en última instancia.

Antes de volver a ejemplos de la vida real sobre tal diverso uso y definición de las reglas de responsabilidad, permítanme ocuparme un momento en por qué tal uso puede ser justificado como una cuestión teórica. Primero, no hay nada en la teoría económica que requiera la perspectiva de que las titularidades solo deben ser intercambiadas si tal intercambio es deseado consensualmente por las partes en una transacción. En base a adecuadas asunciones empíricas y de conocimiento, sean buenas o mejores, los resultados pueden, desde un punto de vista estrictamente de eficiencia,

(20) Véase Keith N. Hylton, "A Missing Markets Theory of Tort Law," *Northwestern University Law Review*, Vol. 90 (1996): 977 y 980. ("De acuerdo con Calabresi y Melamed, el derecho otorga una regla de responsabilidad que permite al no titular a transferir sin el consentimiento del titular y a pagar el precio de mercado por la transferencia de la titularidad"); Eugene Kontorovich, "The Constitution in Two Dimensions: A Transaction Cost Analysis of Constitutional Remedies," *Virginia Law Review*, vol. 91(2005): 1135 y 1143-44 (afirmando que la regla de responsabilidad requiere que el tomador de la titularidad pague "una suma que se aproxime al precio que hubiera sido pagado bajo una regla de propiedad", y advirtiendo que "aproximarse al precio de mercado no siempre es fácil"); Margaret Jane Radin, "Market-Inalienability," *Harvard Law Review*, vol. 100 (1987): 1849 y 1864 (describiendo el marco que Melamed y yo hemos desarrollado al definir la regla de responsabilidad como "un esquema de transferencias forzadas admisibles al precio de mercado establecido por entidades oficiales").



Guido Calabresi

conseguirse a través de una directa asignación colectiva y regulación de titularidades. Con conocimiento perfecto y sin costos de transacción, el mercado y las determinaciones colectivas pueden ser igualmente buenas. Son completamente simétricas⁽²¹⁾. Una vez que uno introduce conocimiento y otros costos de transacción, determinar qué funciona mejor se convierte en una cuestión empírica. En este punto, también es una cuestión empírica si el mercado puro, o el enfoque puramente colectivo, funcionan mejor que la regla de responsabilidad con un precio colectivamente establecido designado en conseguir, más eficientemente, lo que el enfoque colectivo o de mercado hubiera conseguido.

Es más, cuando la dificultad empírica en cualquier mercado puro o puro mandato deriva de la existencia de efectos significativos en utilidades de terceras partes, entonces una regla de responsabilidad cuyo objetivo es reflejar esos efectos bien puede ser mejor que cualquier regla colectiva o de mercado, o incluso que una regla de responsabilidad designada en aproximar lo que el resultado de mercado o mandato obtendría. El enfoque empíricamente dominante podría ser una regla de responsabilidad con un *precio* establecido para lograr directamente el nivel de intercambio de titularidades que, dado la existencia de efectos en la utilidad de terceras partes, el Estado en particular desea.

Permítanme ser más específico. Si muchas personas se oponen a la venta de partes del cuerpo, incluso si son

consensuadas, ya que no les gusta el hecho de que tales ventas, dada la existente distribución de riqueza, resulten en transferencias entre ricos y pobres que encuentran objetables, entonces no se puede permitir un mercado puro. Pero las asignaciones colectivas de las titularidades de las partes del cuerpo pueden ser igualmente ofensivas. Las personas pueden oponerse a tales determinaciones directas respecto de quién deberá vivir o morir, sin adecuada consideración por los deseos individuales⁽²²⁾. En tal situación, un muy complejo enfoque de la regla de responsabilidad, con un precio que no imita ni el mercado ni la regulación colectiva, puede ser óptimo.

Este no es sino un ejemplo, y este pequeño artículo no es el lugar para profundizar en discutir cuáles son los tratamientos teóricos apropiados de tales, apropiadamente llamados, *merit goods*^(NT3). Este es el tema de un trabajo más grande sobre el cual actualmente estoy comprometido⁽²³⁾. Mi punto el día de hoy es simplemente el de afirmar que lo que voy a defender en breve es el uso en la vida real de las reglas de responsabilidad, algunas veces para acercarse a los resultados

(21) Compárese R.H. Coase, "Notes on the Problem of Social Cost," en *The Firm, the Market, and the Law* (1988), 157 y 159. ("Cuando no hay costos de transacción, las negociaciones conducen a un acuerdo que maximiza la riqueza"), con León Trotsky, *Soviet Economy in Danger: The Expulsion of Zinoviev* (1933), 29-30. ("Si existiera la mente universal, que se proyectó a sí mismo en la asunción científica de Laplace; una mente que registraría simultáneamente todos los procesos de la naturaleza y la sociedad, que pueda medir las dinámicas de su movimiento, que pueda prever los resultados de sus interacciones, tal mente, por supuesto, podría a priori diseñar un exhaustivo e impecable plan económico, empezando por el número de hectáreas de trigo hasta el último botón de un chaleco").

(22) Véase Guido Calabresi y Philip Bobbitt, *Tragic Choices* (1978), 154-7.

(NT3) El término *merit goods* no tiene traducción exacta al español y se trata de un concepto económico. Se refiere a aquellos bienes y servicios que no son ni producidos ni consumidos de manera óptima por el mercado y que, en consecuencia, requieren de la intervención del Estado a través de diversos mecanismos como los subsidios o la gratuidad. Los *merit goods* se caracterizan por producir externalizadas positivas. Entre ellas se encuentran la educación, la salud, los parques públicos, los bomberos, entre otros.

(23) Véase Guido Calabresi, "Merit Goods, the Commons, and Their Significance for Justice, Efficiency, and Equality" (conferencia presentada en la Inaugural Lecture of the Academic Year of the International University College of Turin 19 de mayo de 2011), <https://www.youtube.com/watch?v=iQnLakWMycM>; cónfer Richard A. Musgrave, *The Theory of Public Finance* (1959), 13-5 (que ofrece una temprana discusión sobre los *merit goods*); James Tobin, "On Limiting the Domain of Inequality," *The Journal of Law & Economics* 2, Vol. 13 (1970): 263 y 267 (donde discute lo que él denomina "specific egalitarianism").

Una visión más amplia de la Catedral: El significado de la regla de responsabilidad.

Corrigiendo un malentendido

A broader view of the Cathedral: The meaning of the liability rule.

Correcting a misapprehension

del mercado libre, algunas veces para acercarse al deseo de los mandatos colectivos, y algunas veces para conseguir los resultados que tienen su propia lógica, no es una casualidad extraña, pero puede en un análisis más completo de lo que puedo dar aquí, demostrarse también en tener una validez teórica de eficiencia.

Volvamos entonces al uso real de las reglas de responsabilidad en la responsabilidad extracontractual y sus afines y veamos instancias en que el precio establecido colectivamente parece ser definido para imitar al mercado, cuando parezca promover decisiones de asignación colectiva, y cuando, en cambio, pueda ser explicado mejor por un deseo de conseguir metas social demócratas más matizadas.

Empecemos con la responsabilidad extracontractual, voy a discutir en breve el ejemplo más dramático de expropiaciones (*eminent domain*). ¿Qué ocurre cuando un sistema legal permite los daños punitivos (*punitive damages*) o da al jurado rienda libre para establecer daños compensatorios a niveles que son mucho mayores que aquellos que compensarían a la víctima? En momentos, tales daños punitivos actúan como imitadores del mercado. Creo que esto está implícito en las discusiones favorables sobre el efecto multiplicador^(NT4) de Catherine M. Sharkey, A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell (así como las

opiniones del juez Posner y las mías), que sugieren la eficiencia del multiplicador⁽²⁴⁾. Ellos hacen lo mismo cuando los daños punitivos son otorgados para reflejar un valor extra que una persona en particular asigna a un bien, porque esa persona no estaría de acuerdo consensualmente en enajenar ese bien en un mercado libre al precio de mercado ordinario del bien. Es por eso que considero que la discusión de W. Kip Viscusi sobre el equipaje de avión es inadecuada⁽²⁵⁾.

Pero hay otras veces en que los daños punitivos y los daños *compensatorios* concedidos por los *run away-jury*^(NT5), no pueden ser explicados. En tales casos, otra explicación puede verse fácilmente. La colectividad no *quiere* que la titularidad se intercambie en tales contextos. Puede ser reacio, por cualquier número de razones, de hacer la toma de la titularidad una cuestión penal. Pero puede todavía querer disuadir su ocurrencia y no permitir que el intercambio de la titularidad suceda simplemente porque el potencial tomador está dispuesto a pagar un

(NT4) Por efecto multiplicador, se refiere a cuántas veces más al monto del daño efectivo deberá ser pagado por el demandado en caso de ser condenado como responsable. Si el daño es por 100 y la condena es por 400, el multiplicador es 4.

(24) Véase A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell, "Punitive Damages: An Economic Analysis," *Harvard Law Review* 4, vol. 11 (1998): 869 y 887-96; Catherine M. Sharkey, "Punitive Damages as Societal Damages," *Yale Law Review* 2, vol. 113 (2003): 347 y 363-72; *confer* Ciraolo v. City of New York, 216 F.3d (2d Cir. 2000), 236 y 245 (J. Calabresi, concuriendo) ("Tal concepción [multiplicadora] de daños (...) no es nueva"); Kemezy v. Peters, 79 F.3d (7th Cir. 1996), 33 y 35 (J. Posner) (que ofrece una fundamentación disuasiva para los daños punitivos); Calabresi, *The Complexity of Torts*, supra nota 13, 338-40.

(25) En su artículo en donde señala que los jurados se equivocan en miles de formas, Viscusi asume que las condenas por daños punitivos son irracionales cuando el valor en dólares del equipaje dañado es menor al costo de reparación que hubiera prevenido el daño al equipaje. Véase W. Kip Viscusi, "Jurors, Judges, and the Mistreatment of Risk by the Courts," *The Journal of Legal Studies*, vol. 30 (2001): 107 y 111-5. No discuto que el equipaje no pueda merecer la protección que los participantes en el estudio de Viscusi tratan de darle, pero asumir esto en valores en dólares es pasar por alto el valor privado que usualmente las personas asignan a sus posesiones. En efecto, puede ser que yo ame mi equipaje más que a Ronald Coase, difícilmente pero posible. En tales casos, los daños punitivos pueden ayudar a aproximarnos a una regla de propiedad en protección de equipaje amado.

(NT5) Los *runaway juries* son un tipo de jurado independiente que pueden ignorar las instrucciones del juez o el fiscal y, en consecuencia, tienen el derecho de actuar de manera autónoma. Se suele considerar que, debido a esta autonomía, este tipo de jurados otorgan daños mayores que el monto que concedería un juez. Por ello, Calabresi habla de daños *compensatorios* en el sentido que suelen ser mayores que los daños realmente efectivos y, por ende, serían más punitivos que realmente compensatorios. Para una discusión al respecto, véase William Glaberson, "A Study's Verdict: Jury Awards Are Not Out of Control," *The New York Times*, 6 de agosto de 2001.



Guido Calabresi

precio de mercado, incluso con un multiplicador apropiado. Al evaluar extra daños muy altos, al hacer esto parte de la regla de responsabilidad, la colectividad busca hacer que esa titularidad se aproxime a la *inalienabilidad*⁽²⁶⁾, sin impedir formalmente su intercambio.

A la inversa, hay áreas de la responsabilidad extracontractual en donde los daños evaluados son conscientemente menores que su valor de mercado. La negación de los llamados *fanciful damages*^(NT6), y las limitaciones estrictas en el otorgamiento de daños puramente emocionales y los solamente económicos son ejemplos obvios⁽²⁷⁾. Nuevamente, tales reglas pueden en momentos encontrar explicaciones en reducción de costos al imitar el mercado. La víctima de *fanciful damages* puede ser el que pueda evitar el daño al menor costo⁽²⁸⁾. Los daños puramente emocionales pueden, si son compensados, incrementar la cuantía (las personas pueden sentirse más emocionalmente heridas si se les otorga el derecho a solicitar el pago de daños)⁽²⁹⁾. Y los daños puramente económicos pueden ser mejor manejados a través de los contratos. A pesar de todo, estas explicaciones, aunque en mi perspectiva valen la pena, nunca han sido completamente satisfactorias.

Sugeriría que otro conjunto de razones pueden, a veces, funcionar. Estas serían áreas en donde la colectividad desea, por cualquiera de sus razones, facilitar el intercambio de titularidades, e incentivar actividades que producen el intercambio de titularidades, de las que ocurrirían en un mercado puramente consensual⁽³⁰⁾. Tan cierto como, ¡los daños extra compensatorios pueden reflejar una decisión colectiva de aproximarse a la inalienabilidad, mientras que sub compensar sistemáticamente los daños puede resultar en una decisión colectiva de incentivar esos actos o actividades que resultan en intercambio de titularidades! Y, de paso, el fracaso de otorgar daños multiplicadores (o, para tal motivo, permitir los *class actions* como un medio para reconocer efectos multiplicadores)⁽³¹⁾ puede representar una decisión exactamente del mismo tipo.

El momento en que uno se da cuenta de que la regla de responsabilidad es usada

-
- (26) Es por esta razón que lo que *Un Vistazo a la Catedral* denominó *inalienable* en realidad es un conjunto de reglas determinadas colectivamente que en situaciones permite a una persona a dar, pero no vender; a vender, pero no a destruir; o incluso tal vez a destruir, pero no a vender o dar. Calabresi y Melamed, *One View of the Cathedral*, supra nota 16, 1092-3, 111-5; véase Susan Rose-Ackerman, "Inalienability and the Theory of Property Rights," *Columbia Law Review*, vol. 85 (1985): 931.
- (NT6) Los *fanciful damages* hacen referencia a aquellos daños que no son resarcidos por derivarse de valuaciones muy personales, como podría ser la destrucción de un bien que sin perjuicio de tener un precio de mercado (al ser fungible), y por ende, el resarcimiento debería limitarse a dicho precio, la víctima asigna un valor emotivo adicional (porque fue un regalo de un ser querido, por ejemplo).
- (27) Véase Dan B. Dobbs, *The Law of Torts* § 302 (2000) (donde se discute el daño emocional); Anita Bernstein, "Keep it Simple: An Explanation of the Rule of No Recovery for Pure Economic Loss," *Arizona Law Review*, vol. 48 (2006): 773.
- (28) Véase Guido Calabresi, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law: Private Law Perspectives on a Public Law Problem* (1985), 72-6.
- (29) Guido Calabresi, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law: Private Law Perspectives on a Public Law Problem*, 77-8.
- (30) Morton Horwitz famosamente argumentó que la responsabilidad extracontractual del siglo diecinueve significó un subsidio en apoyo de la industrialización. Véase Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860* (1977), 63-108; *cónfer.* Robert L. Rabin, "The Historical Development of the Fault Principle: A Reinterpretation," *Georgia Law Review*, vol. 15 (1981): 925 (en donde argumenta que el siglo diecinueve no fue enteramente un siglo de la culpa, sino en su lugar en un aspecto significativo un siglo de no culpa en donde las reglas como la del *servant-fellow* fueron empleadas para favorecer a los demandados). Algunos también han argumentado que el desarrollo de los países a menudo tienen reglas de responsabilidad que son *low priced* (de bajo precio) en comparación a los países desarrollados a fin de estimular la industrialización y la competitividad económica. Véase Jack L. Goldsmith y Alan O. Sykes, "Lex Loci Delictus and Global Economic Welfare: Spionzzi v. ITT Sheraton Corp.," *Harvard Law Review*, vol. 120 (2007): 1137-42 (en donde se discute los aspectos económicos del juez Posner sobre la regla de la selección del derecho aplicable *lex loci delicti commissi*)
- (31) Véase *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S. Ct.(2011), 2541; *AT&T Mobility L.L.C. v. Conception*, 131 S. Ct.(2011), 1740.

Una visión más amplia de la Catedral: El significado de la regla de responsabilidad.

Corrigiendo un malentendido

A broader view of the Cathedral: The meaning of the liability rule.

Correcting a misapprehension

no solamente para hacer lo que el mercado no es capaz de hacer, sino que es, en su lugar, un instrumento independiente de toma de decisiones colectivas, entonces su aplicación aparentemente peculiar en estas áreas se vuelve fácilmente explicable. Si la extensión de los daños es designada para aproximarse a la inalienabilidad o para hacer que el intercambio de titularidades sea relativamente más fácil o más difícil de lo que ocurriría consensualmente, la explicación del precio elegido radica en una decisión colectiva con respecto a cuándo y qué intercambios de titularidades son relativamente deseables o cuándo no lo son.

Permítanme ser claro. No estoy diciendo que tales decisiones son necesariamente sabias o buenas. Eso es un tema diferente; puede que lo sean o no lo sean. Lo que yo estoy diciendo es que cuando uno mira al mundo de la responsabilidad extracontractual y a los daños extracontractuales, *como realmente son*, uno ve casos importantes, y ocasionalmente dramáticos, del uso de la regla de responsabilidad como imitador del mercado, para aproximarse a los resultados del derecho penal o regulatorio, y también para llevar a cabo intercambios de titularidades y en niveles de actividades que causan cambios de titularidades que son *diferentes* a aquellos que ocurrirían sean en una estructura totalmente de mercado o totalmente de comando. Una vez que uno se da cuenta que esto es lo que está ocurriendo, está en mejor posición para analizar y discutir si el precio establecido colectivamente y las metas que la colectividad tiene al establecer ese precio son buenos, malos o indiferentes. Uno es, en otras palabras, capaz de examinar y criticar los objetivos sociales demócratas *en sus propios términos* y no simplemente en lo bien que se logran los objetivos puramente libertarios o colectivistas.

Si esto puede ser visto en la responsabilidad extracontractual, es aún más obvio y dramático en el derecho de las expropiaciones (*eminent domain and takings law*), ese otro gran empleador de la regla de responsabilidad. Existen, por supuesto, situaciones en donde una expropiación no está permitida y el cambio de titularidad solo puede darse consensualmente. Existen otras situaciones en donde una expropiación está prohibida y también el intercambio consensual. Pero el derecho de

las expropiaciones se preocupa en sí mismo principalmente de los contextos en donde la expropiación es permitida y el precio establecido colectivamente es evaluado por el expropiador. Esto es, la mayoría de las expropiaciones son derechos de la regla de responsabilidad. ¿Pero cuál es el precio a ser considerado?

Comúnmente, asumimos que el precio debe ser aquel que se obtendría en una venta no forzada, en otras palabras, el precio de mercado. Esto es, normalmente asumimos que el derecho de las expropiaciones está designado para imitar al mercado. Pero este no es, de hecho, siempre el caso o siempre lo que es deseado. En Italia (y creo que por un momento también en muchos otros países), cuando la propiedad privada era tomada para un propósito público, la compensación pagada no era el valor de mercado de la propiedad, sino su valor en uso⁽³²⁾. Si el dueño de una gran hacienda prefería mantener la propiedad en un uso de lujo o agropecuario, aunque venderlo para urbanización produciría un precio mucho más alto, el dueño era libre de hacerlo. Pero si el estado decidía en expropiar la propiedad para un propósito público, entonces el dueño estaba atrapado en el uso por el cual había optado y recibiría no más que ese valor de la propiedad en tal uso.

Tengo alguna experiencia personal con esto; al menos en la historia familiar. Se dice que las grandes tierras de mi tío fuera de Bologna tenían un valor importante. Él, sin embargo, eligió en no urbanizar esas tierras o en venderlas para la urbanización. Sea que lo hizo porque, como economista, había descubierto que el valor de la explotación de las tierras se incrementaría más rápido

(32) Véase Giuseppe Franco Ferrari, ed., "Fundamental Rights and Freedoms," en *Introduction to Italian Public Law*, (2008), 255 y 271-2 (en donde se discute la divergencia entre el valor de mercado y la compensación pagada en Italia en casos de expropiación).



Guido Calabresi

que la tasa de interés que recibiría de las ganancias de una venta temprana, o porque le gustaba ser un latifundista, no es importante. Él mantuvo la tierra en uso agropecuario. Cuando el Estado decidió construir un aeropuerto cerca de Bologna y observó que unas grandes y no urbanizadas tierras pertenecientes a mi tío estaban bien situadas para un aeropuerto, tomaron sus tierras a través de una expropiación. Le pagaron solo el pobre valor en uso de las tierras, haciendo que mi tío, y supongo que yo también, esté en peor situación que si el Estado hubiera sido requerido a pagar el valor de mercado de la propiedad.

¿Por qué podría establecerse tal precio compensatorio ajeno al mercado? Mi tío, que era un buen economista, siempre describió este como uno de los muchos casos en que el derecho falló en entender a la economía. Y en su caso incluso pudo haber sido verdad. Pero también es concebible que el Estado podría haber deseado incentivar el intercambio de titularidades de latifundistas pasivos a usos más agresivos, incluyendo los propósitos públicos. Al establecer el precio de la regla de responsabilidad al nivel del valor en uso, el Estado les dice a los latifundistas que ellos mantienen su uso *señorial* en peligro (si el Estado desea la propiedad para propósitos públicos). Y esto promueve un cambio de titularidades privada, consensual, a valor de mercado, como también los propósitos públicos, si estas últimas se vuelven deseables. Otra vez, no es el momento para que yo discuta los pros y contras de tal perspectiva. Pero la decisión social-demócrata de valorar los usos *señoriales* de las titularidades por debajo de otras es muy evidente.

Significativamente, también hay veces en los cuales los valores colectivos del Estado parecen justificar precios por la propiedad privada *mayores* que su valor de mercado para los propósitos de las expropiaciones. Recientemente, viviendas privadas fueron expropiadas en New London, Connecticut, para promover un plan de reurbanización⁽³³⁾. El fin público

fue la mejora y modernización comercial del área (e incluso tal vez su gentrificación) para el beneficio de la ciudad. Pero los beneficiarios inmediatos del derecho de tomar la propiedad a través de la expropiación fueron promotores privados. Los dueños de las viviendas se opusieron furiosamente a la expropiación de sus propiedades. En última instancia, sin embargo, la Corte Suprema de Estados Unidos confirmó tales expropiaciones⁽³⁴⁾. El resultado fue una ira apreciable e incluso manifestaciones en la casa del juez Souter, quien se había unido a la opinión mayoritaria de la Corte Suprema⁽²⁵⁾.

Interesantemente, durante los alegatos orales, el juez Kennedy preguntó si acaso toda la situación no sería mucho más aceptable si, en tales circunstancias, mientras que la expropiación por fines públicos aún sería permitida, el precio a ser pagado fuera algún múltiplo, digamos cuatro veces, el precio de mercado⁽³⁶⁾. Lo que él estaba sugiriendo, me parece, era que mientras que los intercambios de titularidades no consensuales podrían aún estar debidamente autorizados, en situaciones como aquellas en *Kelo* el cambio de titularidades podría, por buenas razones colectivas, sin embargo ser desincentivado a través del establecimiento de un alto precio de la regla de responsabilidad. En otras palabras, el Estado podría adecuadamente tomar la perspectiva opuesta respecto a la facilidad con que tales cambios de titularidades deberían ocurrir de aquella tomada en Bologna en relación a las tierras de mi tío. Tanto la sugerencia del juez Kennedy en *Kelo*

(33) Véase *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. (2005), 469.

(34) *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. (2005), 489-90.

(35) Véase David de Sola, *Souter's Home an Activist Target*, CNN.com, <http://www.cnn.com/2006/LAW/01/21/eminent.domain/> (consultada el 22 de junio de 2006, 11:39 am).

(36) Transcripción de los alegatos orales en 22-23, *Kelo*, 545 U.S. 469 (No. 04-108) (“¿Hay algún escrito (...) que indique que cuando tienes una propiedad que está siendo expropiada por un privado para que en última instancia vaya a otro privado, que lo que debemos hacer es ajustar la medida de la compensación, de manera que el propietario (...) pueda recibir cierto tipo de prima por la explotación?”).

Una visión más amplia de la Catedral: El significado de la regla de responsabilidad.

Corrigiendo un malentendido

A broader view of the Cathedral: The meaning of the liability rule.

Correcting a misapprehension

y el enfoque del valor en uso, son ejemplos de la regla de responsabilidad siendo usada para promover fines *colectivos*, en lugar de objetivos destinados a imitar el mercado, sin llegar todavía a una completa estructura de titularidades por mandato⁽³⁷⁾.

Lo mismo sería cierto para un Estado que valora daños extracontractuales mayores que los compensatorios, cuando usos deseables para el medio ambiente hayan sido infringidos⁽³⁸⁾. A la inversa, la limitación de los daños para promover la industrialización sobre usos pasivos parece ser más de lo mismo. Y si esto, inevitablemente, hace que la doctrina de la responsabilidad extracontractual piense en el desarrollo de la culpa como un requisito general para la responsabilidad en el siglo diecinueve, junto con la continua aplicación de la responsabilidad sin culpa (*nonfault liability*) en Inglaterra cuando la industria infringía usos tradicionales, *naturales* de la tierra (como en *Rylands v. Fletcher*)⁽³⁹⁾, yo solo añadiría que esto demuestra que la matizada, perspectiva media de las reglas de responsabilidad que he descrito no es nada nuevo. La regla de responsabilidad, hace 150 años como ahora, no fue simplemente el imitador del mercado o de los completos fines colectivos; fue, y continúa siendo, ¡el instrumento de objetivos que reflejan tanto los elementos de elección libertarias y colectivistas!

Mi punto al discutir esta visión más amplia de la catedral (al mencionar las funciones de no imitación del mercado, aún no completamente colectivas, de la regla de responsabilidad) no es solo el de corregir un malentendido que sigue siendo significativo, y en cuya creación puede que yo involuntariamente haya contribuido. Aunque esto, yo creo, sería más que suficiente para justificar un artículo, también sirve para subrayar la importancia, en efecto la *centralidad*, de la regla de responsabilidad en

el Derecho. La regla de responsabilidad fue crucial en el pasado, pero lo es aún más actualmente cuando muchas sociedades se ven a sí mismas como ideológicamente mixtas, ni completamente libertarias o colectivistas. En todas las sociedades, pero especialmente hoy, la regla de responsabilidad es una parte esencial de la estructura social y del derecho. Y lo es en cualquier área del derecho, incluyendo, por supuesto, la responsabilidad extracontractual.

Esto, naturalmente, me conduce al inicio del artículo y respecto a lo que los *Colebergzursky* omitieron. La responsabilidad extracontractual, como los contratos y el derecho penal y regulatorio, tiene una función privada. Ello responde al deseo de las personas de recibir reparación por los daños y, tal vez, de obtener esa reparación de aquel que lo agravó. Pero nuevamente, como los contratos y el derecho penal y regulatorio, tiene una, en efecto necesaria, función pública fundamental. Representa un medio central, complejo y matizado, diferente a los enfoques de los contratos y el derecho penal y regulatorio, de cómo y cuándo las titularidades pueden ser intercambiadas de una parte a otra. Si la relación entre la víctima y el causante fuera eliminada en la responsabilidad extracontractual, algo se perdería. Qué tan importante es ese *algo* y si ello podría ser sustituido por otros medios (digamos, como las multas

(37) Para una muy reciente e interesante discusión de esta cuestión, véase Lee Anne Fennell, "Just Enough," *Columbia Law Review Sidebar*, Vol. 113 (2013): 109 y Brian Angelo Lee, "Just Undercompensation: The Idiosyncratic Premium in Eminent Domain," *Columbia Law Review*, Vol. 113 (2013): 593.

(38) Este tipo de situaciones sucedieron incluso en el siglo diecinueve. Véase Richard A. Epstein, *Takings: Private Property and The Power of Eminent Domain* (1985), 170-5 (en donde se discute la ley de Mill que requería a aquellos que inundaban tierras vecinas a pagar precios por encima del precio de mercado a los propietarios de las tierras que habían dañado).

(39) Véase *Rylands v. Fletcher*, 3 L.R.E. & I. App. 330 (H.L.) (1868), 338-9 (Apelación presentada por Eng.). Véase también Horwitz, *supra* nota 30 (donde se discute el surgimiento de la culpa); Rabin, *supra* nota 30 (donde resalta la complejidad de la doctrina de la responsabilidad extracontractual del siglo diecinueve). Mientras que las doctrinas discutidas por Horwitz realizaban un subsidio para la industria, *Rylands*, como la Ley de Mill, efectuaron un impuesto.



Guido Calabresi

extracontractuales no asegurables)⁽⁴⁰⁾, es un tema que vale la pena discutir. Pero lo que no puede ser seriamente afirmado es que *la responsabilidad extracontractual* dejaría de existir, que desaparecería como un área, cuando las víctimas y causantes se desagregaran. El rol central que la regla de responsabilidad cumple en el intercambio de titularidades en la sociedad aún permanecerá. ¡El significado público (*system buildings*) del área perdurará!

Los privatistas querrán, supongo, que lo que queda no sea llamado responsabilidad

extracontractual. Pero eso es solo discutir sobre palabras⁽⁴¹⁾. Mi profesor, Fleming James, Jr., solía decir: “Puedes llamarlo Tucídides, o se le puede llamar Yeso Mostaza, ¡pero todo es causa inmediata!”⁽⁴²⁾ Sea que uno llame a lo que sobrevivirá y es central a un sistema legal, Tucídides, yeso mostaza, o por su antiguo nombre de responsabilidad extracontractual, ¡aún seguirá siendo lo mismo! Aún será una ideológicamente mixta, compleja, y altamente matizada forma de afectar cuándo, cómo, y a qué medida, y cómo de manera diferente en diferentes contextos, las titularidades pueden ser tomadas por uno de otro. Aún seguirá siendo el enfoque de la regla de responsabilidad adecuadamente entendida en una visión más amplia de la catedral del Derecho. 

-
- (40) Ofrezco una breve discusión en Guido Calabresi, “Policy Goals of the ‘Swedish Alternative’”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 34 (1986): 657. También encuentro muy fascinante observar que algunos sistemas europeos conectan a las víctimas y los causantes a través de multas vinculadas a la riqueza personal. Eso permite el tipo de venganza calibrada que una víctima podría perseguir, incluso si la víctima y el causante son en un sentido de construcción de sistemas (*system-building*), separados. Véase Sally T. Hillsman, “Fines and Day Fines,” *Crime and Justice*, Vol. 12 (1990): 49.
- (41) Por supuesto, discutir sobre palabras es algo que nosotros hacemos todo el tiempo. Los privatistas bien saben, como yo también, que llamar a algo “responsabilidad extracontractual” es cargar con años de derecho en discusión. Uno ve esto en cualquier número de debates académicos; por ejemplo, el debate respecto a qué es “propiedad”. Si algo es llamado “propiedad”, inmediatamente todo tipo de protecciones se convierten en la línea base desde el cual el debate se lanza. Véase Charles A. Reich, “The New Property,” *The Yale Law Journal*, Vol. 73 (1964): 733; véase también Guido Calabresi, “Conclusioni,” en *Fra Individuo e Collettività: La Proprietà Nel Secolo XXI* (2013), 239 (donde se discute el debate histórico sobre la palabra “propiedad”); Eduardo M. Peñalver, “Property Power, and Freedom,” en *Fra Individuo e Collettività: La Proprietà Nel Secolo XXI, supra*, 79 (donde se discute teorías sobre el derecho de propiedad y se critica el argumento de Reich). Otra investigación profunda en la discusión sobre palabras es la exploración de Jan Deutsch sobre el significado de “derecho”, como opuesto a “política”. Véase Jan Deutsch, “Neutrality, Legitimacy, and the Supreme Court: Some Intersections Between Law and Political Sciences,” *Stanford Law Review*, Vol. 20 (1968): 169-74. Las palabras contienen un tremendo peso emocional y lógico.
- (42) Véase Guido Calabresi, “You Can Call it Thucydides or You Can Call it Mustard Plaster, but it’s All Proximate Cause Just the Same!,” *Yale Law Journal*, Vol. 91 (1981): 1.