

La Responsabilidad Civil Extracontractual: El Derecho de una Sociedad Mixta

Guido Calabresi.

Profesor de Derecho John Thomas Smith, Universidad de Yale.

Es mejor dejar las pérdidas en las víctimas. Solamente si pudiera ser claramente demostrado que los causantes pudieron haber evitado el daño de manera menos costosa -teniendo culpa-, deberían los incentivos para evitar el daño reposar sobre ellos.¹ Y aun cuando los que causan daños puedan elegir el camino más seguro, la víctima debería aun ser la que, frecuentemente, deba soportar la pérdida y el incentivo para evitarla.² Que esta elección coloque todas las

pérdidas inevitables, así como el costo de evitar muchas de esas pérdidas evitables, sobre aquéllas actividades o clases sociales a las cuales suelen pertenecer las víctimas, resulta o irrelevante o beneficioso desde el punto de vista de la distribución de la riqueza.³

Las nociones descritas estaban por alcanzar su máxima aceptación en 1876, cuando ya se vislum-

1. La culpa implica no sólo que los causantes pudieron evitar el daño sino también que lo sabían o debieron saberlo. Para una definición de culpa aplicable al Siglo XX, que trate de establecer sistemáticamente las relaciones implicadas, Ver *Conway v. O'Brien*, 111 F.2d 611, 612 (2d Cir 1940) (L. Hand I) rev'd on other grounds, 312 U.S. 492 (1941); ver también *United States v. Carrol Towing Co.* 1959 F 2d 169 (2d Cir. 1947). Terry, *Negligence*, 29 Harv. L. Rev. 40 (1915)
2. Diversas razones, a menudo contradictorias, fueron dadas en los mejores días del sistema basado en la culpa para explicar por qué en muchos casos las víctimas debían soportar las pérdidas, a pesar de la existencia de alguien que causó el daño «culpablemente». Algunas de estas razones eran consistentes con el objetivo de una eficiente reducción de los costos de los accidentes; otras no lo eran. Quizás las dos más importantes eran la Concurrencia de Culpa (que tomaba en cuenta la culpa de la víctima, y por ende la posibilidad de la víctima de evitar el perjuicio, como un orden de cosas distinto a la prevención y la culpa del causante) y la Causa Próxima (que tiene el efecto de dejar el peso de la prevención sobre las víctimas inocentes -aquéllas de quien no podría decirse que debían haber evitado el perjuicio- en lugar de situarlo sobre los causantes, los cuales, **por definición**, pudieron y debieron haber evitado el perjuicio). La Concurrencia de Culpa, las Inmunidades Intra-familiares y, de manera más dramática, la Asunción del Riesgo fueron, en cierto modo, más lejos estableciendo un sistema en el cual, aun cuando las precauciones que el causante pudiese haber tomado fueran factibles y de bajo costo, el incentivo para evitar el perjuicio a menudo descansaba en la víctima. He expresado esta perspectiva del sistema basado en la culpa de manera más completa en escritos recientes. Ver en general, Calabresi, *Concerning Cause and the Law of Torts*, 43 U. Chi. L. Rev. 69 (1975); Calabresi, *Optimal Deterrence and Accidents*, 84 Yale L. J. 656 (1975); y Calabresi and Hirschoff, *Toward A Test for Strict Liability in Torts*, 81 Yale L. J. 1055 (1972).
3. Sería irrelevante si uno creyera que la prevención eficiente de los accidentes por medio de colocar el incentivo para evitarlos sobre la parte apropiada, es más importante que descubrir cuáles categorías son hechas más ricas o más pobres. La «Eficiencia» puede resultar en el corto plazo (minimizando la suma de costos de accidentes y costos de seguridad), puede incluir los costos administrativos (evitando innecesarios costos de traslación del costo del accidente) y además puede incluir la previsión de costos en el largo plazo (otorgando un subsidio a las nuevas industrias cuyo desarrollo beneficiaría, a la vez, a las categorías de «causante» y de «víctima» -al menos dentro del muy largo plazo- cuando, desafortunadamente todas aquéllas ahora existentes deben subsistir sin gozar del beneficio). La colocación de las pérdidas descrita en el texto podría ser vista como beneficiosa, desde una perspectiva puramente distributiva, si uno creyera que los causantes, como categoría, son más «valiosos» que las víctimas, como categoría. Oliver Wendell Holmes, Jr. ciertamente creía en las razones de eficiencia para colocar la carga sobre las víctimas (aunque aceptaba alguna responsabilidad muy limitada del ofensor no-culposo). El hecho de si el creía, a la vez, que tal asignación de costos eran distributivamente beneficiosas es menos claro. El maquillaba su indudable preferencia por hacer soportar las pérdidas a la víctima, de un lenguaje que podía entenderse apoyándose tanto en la eficiencia de largo plazo como en el valor que se le daba a distintas categorías. Ver, e. g., Holmes, *The Common Law*, 76-77 (M. Howe, ed., 1963). Cf. Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (1970). Ver también, Calabresi and Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 84 Harv. L. Rev. 1089 (1972).

braban los primeros signos de controversia, aunque quizás sólo para aquellos que hacían gala de una aguda percepción.⁴ Típicamente, al encontrarnos situados frente al **Common Law** y no a leyes Naturales, la tendencia empezó a cambiar, cuando no se encontraba en su punto más alto. Hoy en día, uno puede postular las mismas proposiciones substituyendo «las víctimas» por «los causantes» y a «los causantes» por «las víctimas» en todos los casos, y aproximarnos así a la forma en que la mayoría de comentaristas y muchas cortes describirían la Responsabilidad Civil Extracontractual.

Dado esta reciente historia, sería absurdo intentar predecir cómo la curiosa mixtura del deseo por reducir los daños y el deseo por favorecer ciertas categorías que llamamos Responsabilidad Civil Extracontractual y a la cual describiríamos rápidamente con el lenguaje de la justicia,⁵ se desarrollará en el siguiente siglo. Mucho depende de la estructura industrial de la sociedad.⁶ Y lo que esta estructura será en los próximos cien años, se lo dejo alegremente, pero no confiadamente, a los economistas. Pero, aunque uno se abstuviera de lanzar los más alocados vaticinios, aun cuando rechazáramos tratar de imaginar quién soportará, y en qué áreas, las pérdidas inevitables y, en consecuencia, el incentivo y la carga

de evitar las pérdidas más evitables, todavía se podría decir algo acerca de la Responsabilidad Civil Extracontractual en el próximo siglo.

La Responsabilidad Civil Extracontractual, y con mayor precisión las reglas de responsabilidad, son -y lo admito- la ley paradigmática de la sociedad mixta. La política liberal pura del laissez-faire prefiere utilizar los contratos, el Estado colectivista establece las sanciones penales; entre estas dos aproximaciones encontramos a la Responsabilidad Civil Extracontractual. Que la Responsabilidad Civil Extracontractual haya estado siempre presente y haya tenido importancia, incluso en las llamadas «democracias populares», testimonia el hecho que los sistemas liberales puros o colectivistas puros existen únicamente en las mentes de sus teóricos o ideólogos. El mundo lo sabe bien. Que el papel de la Responsabilidad Civil Extracontractual haya cambiado, evidencia el hecho que no todas las mezclas son iguales. En cierta época y en cierto lugar, las atomísticas elecciones individuales prevalecen, mientras que en otros, el control lo ejercen las decisiones colectivas.

¿Por qué digo que la Responsabilidad Civil Extracontractual es la Ley de la Sociedad Mixta? Examinemos por unos instantes cómo son abordados

4. En 1876, el caso *Rylands vs. Fletcher* había sido ya sentenciado y cualquiera puede ver, con algo de agudeza y por lo menos en la opinión del juez Blackburn, el germen de la responsabilidad del causante por una actividad ultrarriesgosa, en ausencia de culpa. Otras opiniones, sin embargo, ven en el caso el último bastión de la perspectiva pre-culposa, reservada para una categoría particular de víctimas, los «Señores de la Tierra». Ver *Fletcher vs. Rylands*, 3 H & C. 744, 159 Eng. Rep. 737 (1865), rev'd *Fletcher vs. Rylands*, L.R. 1 Exch. 265 (1866) aff'd *Rylands vs. Fletcher*, L.R. 3 H.L. 330 (1868). Sólo con una gran visión podríamos haber afirmado que la perspectiva de Blackburn iba a demostrar ser más importante que la del Baron Bromwell o la de Lord Cairns.

Signos más claros de un retroceso pueden ser apreciados en algunas leyes relacionadas con la responsabilidad por incendios causados por ferrocarriles. Ver por ejemplo 7899. Conn. General Statutes (1949) decretados en 1875 («el perjuicio es suficiente para establecer un caso *prima facie* de negligencia»), seguido por 5557 Conn. General Statutes («la negligencia no es más un requisito para la responsabilidad»), decretados en 1881, un sustento contra un desafío constitucional en *Grisell v. Housatome R. Co.*, 54 Conn. 447 (1886).

5. No es esta la oportunidad para analizar la relación entre los deseos distributivos y de eficiencia, y la justicia. Es un lugar común que los resultados, los cuales pueden ser analizados con algún éxito en términos de sus efectos distributivos y de eficiencia, sean descritos comúnmente por las cortes y los comentaristas en términos de justicia. Algunas veces el uso del lenguaje de la justicia puede ser bastante útil (para una breve discusión del porqué, ver, Calabresi, *Concerning Cause*, supra n.2 en 105-108). Otras veces el lenguaje de la justicia puede servir principalmente para confundir [un particular y egregio ejemplo en *Ives vs. Buffalo R.R.* 201 N.Y., 271, 94 N.E. 431 (1911)].

Entre muchos intentos recientes para explicar la Responsabilidad Civil Extracontractual en términos del Lenguaje de la Justicia, los más interesantes han sido los de Epstein, *Intentional Harms*, 4 J. Legal Stud. 391 (1975); *Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability*, 3 J. Legal Stud. 165 (1974); *A Theory of Strict Liability*, 2 J. Legal Stud. 151 (1973); y *Pleadings and Presumptions*, 40 U. Ch. L. Rev. 556 (1973), y de Fletcher, *Fairness and Utility in Torts Theory*, 85 Harv. L. Rev. 537 (1972).

6. En una sociedad en la cual no existen sindicatos, o estos son pequeños y desorganizados, colocar los costos de los accidentes industriales sobre el empleador-causante en lugar de sobre el trabajador-víctima, es como ir hacia un mayor reconocimiento de los costos de los accidentes y de mayores incentivos para su prevención (el trabajador individual no es el más idóneo para conocer y evaluar el riesgo como sí lo es el empleador, para quien tales perjuicios son una estadística). En una sociedad en la cual tanto los sindicatos como los empleadores están mucho más dispuestos a tratar a los accidentes industriales como un riesgo «estadísticamente» conocido, la colocación legal del peso de los costos no parece tener mucha importancia (el mismo sería renegociado por las partes, sea abiertamente o por medio de modificaciones en los niveles de remuneraciones). En una sociedad en la que los sindicatos son grandes y los empleadores son pequeños y dispersos, es más probable que existan mayores incentivos por la seguridad colocando las pérdidas iniciales sobre los trabajadores sindicalizados, al menos en ausencia de un seguro compulsivo para el empleador (Los empleadores son menos idóneos que los sindicatos para conocer la extensión precisa del riesgo; muchos podrían escoger arriesgarse y fracasar).

los daños por aquéllos Estados ideológicamente puros. Esto nos ayudará a entender por qué el tratamiento que da la Responsabilidad Civil Extracontractual constituye, como mínimo, el compromiso que el ideólogo debe tener con la realidad, y como máximo, la decisión favorita de aquéllos ideológicamente escépticos y de aquéllos cuya ideología es el escepticismo.

Una sociedad colectivista pura abordaría cada situación o actividad potencialmente dañina de tal forma que no dejaría lugar para la Responsabilidad Civil Extracontractual. Debería tomarse una decisión sobre si un acto o actividad particular, desarrollada dentro de un particular tiempo, en un modo particular, por gente particular, resulta demasiado peligroso para ser permitido, o si, alternativamente, es deseable a pesar de sus riesgos. Si el acto fuera considerado demasiado peligroso, sería prohibido, imponiéndose una pena suficientemente severa para desalentarlo cada vez que ocurriera, y ello, sin tomar en cuenta si en el caso específico las víctimas sufren o no perjuicios. Este acto -que podría ser el conducir por personas por debajo de cierta edad, o simplemente el conducir, o el conducir dentro de ciertas horas- habría sido considerado inadecuado y sancionado de conformidad con la ley penal. Si por el contrario, el acto no fuera inadecuado, aun cuando se produjera un perjuicio, no existiría razón para cargar al ejecutor del acto (sea el causante o la víctima) con los daños. El acto, habría sido considerado valioso analizado a partir de una perspectiva colectivista, desde un punto de vista social, a pesar de sus riesgos, y los perjuicios, si ellos se dieran, así como los beneficios, serían tolerados por la sociedad⁷. Y si fuera consistente, esto es, ideológicamente pura, la sociedad colectivista no regida por el mercado, trataría a los daños de una cierta manera colectiva. De este modo, éstos, al igual que todos los males que pudieran aquejarla, serían socialmente asegurados y costeados desde las arcas fiscales del Estado.

La sociedad así descrita trataría a las actividades empresariales de una manera análoga. Nadie podría establecer una fábrica de calzado -bajo sanción legal- a menos que tal fuera considerada colectivamente necesaria, en cuyo caso se crearía por mandato judicial. Sería preocupación del Estado si alguna

inversión previamente realizada resultara perjudicada o si la fábrica de calzado deviniera en un fiasco. Si por el contrario, la fábrica fuera tanto, o más, beneficiosa de lo esperado, ese beneficio sería también de orden estatal. La asunción de riesgos existiría (ya que ni la sociedad colectivista ni la sociedad atomística liberal podrían eliminar el riesgo) pero los beneficios y los perjuicios -las utilidades y las pérdidas- producto de la misma, se acumularían en el Estado, quien sería de este modo el encargado de repartirlos entre sus ciudadanos de conformidad con las nociones predominantes sobre una apropiada distribución de la riqueza.

Aquello que consideramos competencia de la Responsabilidad Civil Extracontractual, las actividades potencialmente causantes de perjuicios, no es sino un tipo de asunción del riesgo, y podría recibir igual tratamiento. De acuerdo a esto, las conductas riesgosas bien podrían ser prohibidas y sujetas a las sanciones de la ley penal, o aceptadas y aseguradas socialmente. En cualquiera de los casos, no habría cabida para las reglas de la responsabilidad civil y de daños.

Olvidemos por un momento la inviabilidad de una sociedad colectivista pura como la descrita (la cual sería desde mi punto de vista extremadamente indeseable). Hagamos lo mismo respecto a la inviabilidad de su contraparte, la sociedad de mercado o atomística pura, a la cual me gustaría referirme a continuación.

La sociedad atomística de mercado establecería ciertos «puntos de partida», «titularidades» basadas en su especial perspectiva sobre cuál es la distribución inicial de la riqueza deseable, y en los supuestos de cuál punto de partida podría hacer a los contratos y a las transacciones menos costosos. Una vez que estos puntos de partida hubieran sido determinados, no se prohibiría sino sólo aquéllo que vamos a llamar «conductas no-contractuales». Esto es: se prohibiría arrebatar la titularidad de otro; se permitiría ciertamente reforzar todas las transferencias consensuales de la titularidad; y, excepto por (a) determinar los -irremediamente colectivos- puntos de partida, (b) exigir el acuerdo de las partes como una pre-condición para la transferencia de la titularidad, y (c) hacer exigibles los contratos que materializan dichos acuerdos; el Estado no jugaría rol alguno⁸.

7. Un «acto», en el sentido en el que lo utilizo, es simplemente una sub-categoría de una «actividad». Por esta razón, una decisión colectiva para prohibir una actividad sólo «hasta cierto grado», o para ser hecha por «ciertas personas», o de «ciertas maneras» puede ser descrita como una decisión plena para prohibir ciertos actos.

Para estos propósitos no resulta importante cuál es la estructura gubernativa de la sociedad colectivista. Puede ser democrática, y gobernada por individuos elegidos que pueden ser destituidos si no se conducen en concordancia con la voluntad popular. Puede ser una dictadura, del proletariado u de otra categoría. Lo que sí resulta crucial es que se espere que los que deciden -como quiera que sean elegidos- decidan por la masa cuáles riesgos merecen ser asumidos y cuáles no.

8. En otra parte he dicho que la sociedad de mercado establecería titularidades (aparte de consideraciones distributivas) de tal forma que pondría el peso de los accidentes sobre aquella actividad que pudiera evitar los accidentes de manera menos costosa. Ver e.g. Calabresi, *Costs of Accidents*, supra n.3., Calabresi and Melamed, *Property Rules and Liability Rules*, supra n.3. Esta afirmación puede parecer inconsistente con aquélla expresada aquí. Pero no lo es, ya que dentro

...

Las «titularidades» determinarían quién soportará el perjuicio cuando este ocurra, es decir, quién será el portador inicial del riesgo. Las conductas riesgosas serían así tratadas de una entre dos posibles formas. Si el perjuicio recayera sobre la parte en quien se había colocado el punto de partida, permanecerá allí a menos que un contrato «indemnizatorio» o «de seguro» hubiera sido celebrado con otra parte que voluntariamente, y presumiblemente por un precio, haya aceptado soportar el riesgo. (Por supuesto que tales contratos no podrían ser impuestos). Si por el contrario, el perjuicio recayera inicialmente en una parte sobre la cual no pesaba originalmente el riesgo, la otra parte estaría obligada a pagar los daños. Pero los daños no serían determinados colectivamente,

sino contractualmente. Al portador original del riesgo sólo le estaría permitido participar en la actividad riesgosa en caso que, o bien hubiere comprado a la víctima el derecho para infligir el perjuicio (acuerdo exculpatorio) o acordado previamente con la víctima la compensación que sería pagada de ocurrir el perjuicio (cláusula de compensación contractual), o bien acordado con ella un procedimiento para determinar, luego de ocurrido el evento, los daños por pagar (acuerdo arbitral).⁹ Tales contratos serían **obligatorios** (una exigencia que puede ser protegida con una penalidad), ya que sólo a través de ellos la sociedad atomística de mercado podría asegurarse que, dentro de su ideología, ha operado un traslado beneficioso del riesgo¹⁰.

...

de la definición del que evita el costo de manera más barata se encuentra incluida la capacidad para negociar a bajo costo y, por implicación, para celebrar contratos que puedan ser exigidos a bajo costo. Contrariamente, la colocación del peso inicial sobre la parte que pudiera, **literalmente**, evitar el perjuicio de la manera más barata, traería consigo también la colocación que hicieran a los contratos y a las transacciones lo menos costosas posibles. Tal colocación obviaría la necesidad de celebrar cualquier transacción o contrato respecto al riesgo específico y por ende reduciría tales costos a cero. Sin embargo, donde exista la suficiente incertidumbre acerca de la identidad de aquél que evita el costo de la manera más barata, la parte que parece más capaz de alterar su conducta a bajo costo podría no ser la parte que pareciera ser la más capaz de negociar a bajo costo. En tales casos, debe realizarse un juicio basado en hechos particulares sobre cuál capacidad ofrece la posibilidad más segura de reducir la suma de los costos de los accidentes y de su prevención.

Los abogados de sociedades de mercado puro describen con frecuencia a los puntos de partida colectivamente determinados como aquéllos basados en una serie de juicios utilitarios esenciales. Estos, sin embargo, son juicios colectivos de utilidad. Irónicamente, una vez hechos tales juicios colectivos utilitarios la ideología del mercado puro permite sólo los cambios basados en juicios atomísticos de utilidad libre-contractual p.e. sólo las transacciones en el mercado son medios permisibles de mayores mejoras en la utilidad. Ver notas 10 y 11 infra. Ver también, Demsetz, *Toward A Theory of Property Rights*, 157 *Am. Econ. Rev.* 347 (1967) (Vol. 2 -Papers and Proceedings).

9. La analogía con las Cláusulas Penales y con la Resolución de disputas comerciales a través del Arbitraje es obvia e intencionada desde este punto de vista. Las limitaciones impuestas por el derecho contractual en algunas jurisdicciones sobre las cláusulas penales y sobre los acuerdos arbitrales «en contra de la ley» son desviaciones del ideal del mercado puro. Como todas las restricciones sobre la capacidad de una de las partes para riesgos por medio de un contrato, estas limitaciones «huelen» a Responsabilidad Civil Extracontractual y representan incursiones de la «sociedad mixta» dentro de la misma ciudadela del mercado. La expansión de lo viejo y la proliferación de lo nuevo, las restricciones sobre la capacidad para contratar (sea porque el resultado violaría el orden público, sería abusivo, o lo que se le ocurra) son parte de la ascendencia de la aproximación de la regla de responsabilidad -Responsabilidad Civil Extracontractual- que se describe en el presente trabajo. No deseo, sin embargo, que se crea que sugiero que la Ley contractual alguna vez representó la ideología del mercado puro. La Ejecución Específica de los contratos y el Estoppel Promisorio no son sino dos ejemplos de doctrinas contractuales cuya relación con la ideología del mercado puro es, en el mejor de los casos, incierta. Debido a que el derecho contractual no ha sido tan frágil como los ideólogos del mercado consideraban, él ha sido capaz de sobrevivir al declive de la ideología. Cf. notas 17 y 24 infra.
10. La ideología de la sociedad de mercado se basa en la noción de que -en ausencia de un consentimiento unánime de la sociedad- una mejora desde un punto de partida determinado puede producirse sólo si un individuo o un grupo conviene libremente con otro individuo o grupo en efectuar un intercambio. Este movimiento lleva a lo que se conoce como una Posición Superior según Pareto, donde las partes se encuentran, por definición, en un mejor posición; «por definición» porque la ideología del mercado puro implica que los individuos siempre saben que es mejor respecto a lo que es lo que desean y qué es lo que mejorará su situación. No hay necesidad de analizar todas las limitaciones prácticas y teóricas de esta aproximación, muchas de ellas aceptadas por los grandes defensores del libre mercado. Es suficiente para nosotros hacer notar que, a menos que las partes convengan antes del accidente sobre la compensación que será pagada para soportar una pérdida o para soportar su riesgo, derogando la titularidad inicial, el libre intercambio de derechos exigido por la ideología de mercado nunca existirá. Una determinación colectiva de la pérdida, esto es, responsabilidad por Daños, o la compensación por la expropiación, no constituye un acuerdo de las partes para vender y comprar una titularidad por el precio que les convenga. Así, puede que la compensación sea más alta o más baja y no deje necesariamente a ambas partes -de quienes se presume conocen lo que es mejor para ellas- en mejor situación que antes. Existirán luego, algunos perdedores -e.g. aquéllos que no habrían vendido en el precio de la expropiación- y no se podrá mostrar el cambio que lleve al movimiento superior paretiano. A diferencia de la «compensación legal», un contrato (antes de un accidente) sobre el procedimiento a utilizarse para determinar los daños (después del accidente) sí cumple con los requisitos de la ideología de mercado. Una vez más, como las partes «conocen lo mejor para ellas mismas», cuando aceptan el procedimiento están, por definición, siendo totalmente compensados a través del mismo. La analogía está en la venta libre de un bien por un precio que será posteriormente determinado por un experto escogido por las partes.

Postular cualquiera de las dos «aproximaciones puras», sería negar la posibilidad de aplicarlas **universalmente**. ¿Podría alguna sociedad en la práctica, no obstante su colectivismo, decidir si todos y cada uno de los actos son indeseables y, en consecuencia, prohibirlos, o si son valiosos y, en consecuencia, exigirlos? Ello sería evidentemente imposible. Contrariamente, ¿podría alguna sociedad exigir que antes que una persona realice un acto, contrate con todos los potencialmente perjudicados por el mismo?. Se necesita pensar sólo en el conductor de automóviles buscando a, y contratando con, todas sus posibles víctimas, para reconocer la imposibilidad de una aproximación de este tipo. Por supuesto que si se eligiera a las víctimas para soportar todo riesgo inicialmente, el atomismo total sería posible. Este punto de partida -en esencia, una titularidad del «poder creando el derecho»- no resulta **lógicamente** imposible. Pero en los hechos, ninguna sociedad atomística basada en el *laissez-faire* lo toleraría. La asunción total del riesgo por parte de las víctimas no evitaría de manera menos costosa los daños (no sería eficiente) ni lograría una aceptable distribución de la riqueza (no sería justa). Llevado al extremo, no aseguraría propiedad ni integridad corporal alguna. Aquéllos a quienes hoy llamamos ladrones, asesinos o violadores robarían o dañarían a sus anchas. Las víctimas sólo podrían estar seguras comprando protección. No, la sociedad de mercado no puede permanecer indiferente ante quién soporta el riesgo inicial del perjuicio resultante

de la conducta de otros. A ella le importa, tanto por razones de eficiencia como distributivas -para no decir de justicia-, la colocación de las titularidades iniciales; y ello es así, aun cuando no fuera factible contratar antes del perjuicio. En consecuencia, ella no podría existir en su forma «pura», como tampoco podría hacerlo su contraria, la sociedad colectivista pura¹¹.

Pero, si describir las dos aproximaciones puras significa negar la posibilidad de su aplicación universal, también significa reconocer la frecuencia con que son utilizadas en los hechos -en sus formas puras- en todas las sociedades, para enfrentar problemas particulares o segmentos de problemas. Incluso un somero vistazo a situaciones tradicionales, cercanas a la Responsabilidad Civil Extracontractual, en las cuales la conducta es prohibida o -dado que es lo mismo- es exigida (que conduzcan los niños o que se conduzca sin luces en la oscuridad) demuestra que las aproximaciones colectivistas siempre han tenido su lugar. Cuando nos movemos hacia aquellas áreas que han sido tradicionalmente calificadas como «criminales», el espectro de los controles colectivos se amplía aún más. Por otro lado, aun en áreas tradicionalmente reservadas para la Responsabilidad Civil Extracontractual, siempre ha existido un lugar para los contratos que trasladan el riesgo a una parte inicialmente protegida contra él. Y nuevamente, al alejarnos de las áreas tradicionalmente reservadas

...

Cualquier intento (a través de la «teoría del contrato social» o del consentimiento implícito) de convertir la determinación estatal de los daños por responsabilidad en una suerte de «acuerdo sobre el procedimiento» dice mucho, sin embargo. El mismo «consentimiento» podría estar implícito en cualquier acción del Estado, y la superioridad en un sentido paretiano podría ser luego reclamada para cualquier decisión colectiva realizada por el Estado. En este punto, el término pierde todo su significado y ... utilidad. Compárese, Buchanan and Tullock, *The Calculus of Consent: Legal Foundations of Constitutional Democracy* (1962); Buchanan, *Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy*, 2 *J. Law & Eco.* 124 (1959); y Buchanan, *The Limits of Liberty* (1975).

Todo esto enfatiza la -muy a menudo ignorada- diferencia entre una ideología utilitaria pura y una ideología libre-contractual pura. La primera no tendría problemas con los traslados colectivamente determinados de las titularidades y, a fortiori, con la compensación colectivamente determinada, en tanto que suceda que los ganadores ganen más que lo que los perdedores pierden. La segunda rechaza dichos traslados a menos que se demuestre que las ganancias, las pérdidas, y la compensación provienen de transacciones contractuales de mercado libremente establecidas. Ver nota 8, supra.

11. La tensión entre las bases utilitarias del pensamiento del libre mercado (colectivas o no), y las aspiraciones libre-contractuales de dicha ideología son muy raras veces reconocidas explícitamente. Ver Buchanan, *The Limits of Liberty* (1975).

En ausencia de lo que el Profesor Coase ha llamado costos de transacción, cualquier asignación de derechos es tan eficiente como otra. Pero los costos de transacción (en la forma como el término es utilizado por Coase, para significar **cualquier impedimento para negociar**, incluyendo la ausencia de información y de conocimiento) están -como la fricción- ausentes sólo en los modelos teóricos. Luego, la pregunta inevitable es cuán significativa resulta en una situación determinada esta «fricción». Donde los impedimentos para negociar (costos de transacción) son significativos, la titularidad inicial puede ser crucial en términos de eficiencia. Ver Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *J. Law & Eco.* 1 (1960); Calabresi, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules*, 11 *J. Law & Eco.* 67 (1968); Calabresi & Melamed, *Property Rules and Liability Rules*, supra n. 3. Y una sociedad basada en el *laissez-faire* lo sabe tan bien como cualquiera otra. En realidad, los fundamentos de eficiencia para la preferencia del siglo XIX por hacer soportar las pérdidas a la víctima, descansan precisamente en la existencia de costos de transacción. Los ofensores no podrían buscar y contratar con todas las posibles víctimas. Cuando, sin embargo, la prevención del causante aparece claramente como menos costosa, la eficiencia -ante la presencia de costos de transacción- exige que el peso inicial sea colocado sobre los causantes. Un simple «dejar siempre las pérdidas sobre las víctimas» era, entonces, inaceptable para estos utilitarios defensores del libre mercado del siglo XIX, y la responsabilidad para muchos perjuicios causados con culpa resultaba consecuente lógica. Cf. Demsetz, *When Does The Rule of Liability Matter?*, 1 *J. of Legal Stud.* 13 (1972), Stigler, *The Law and Economics of Public Policy: A Plea to The Scholars*, 1 *J. Legal Stud.* 1 (1972). Cf. notas 8, 10 supra.

para la Responsabilidad Civil Extracontractual para acercarnos a aquéllas que consideramos gobernadas por leyes contractuales o comerciales apreciamos la frecuencia con que la perspectiva atomística pura es utilizada. El robo (conducta no-contractual) está prohibido, pero por medio de un contrato podría bien transformarse en una venta válida¹².

Podemos concluir diciendo que los sistemas legales, por lo general, emplean conjuntamente perspectivas colectivistas y atomísticas. Asimismo, podemos ver que las mixturas más simples implican el uso de ambas perspectivas puras pero limitando su alcance. Algunos actos son prohibidos o exigidos (que conduzcan los menores, el hacerlo sin luces en la noche), y ni los acuerdos contractuales, ni el pago de daños, cambiaría esto. Otros son permitidos sin sanción (el traslado de propiedad), pero sólo si una conducta contractual precede a la acción o la ratifica luego de ocurrida.

La simple mixtura no resulta, sin embargo, suficiente. Muy a menudo, ninguna de las perspectivas puras resulta aceptable. La perspectiva atomística es rechazada por una de dos razones:

a) El comportamiento contractual es demasiado caro como para ser exigido antes de actuar¹³, o

b) La sociedad no confía en que las partes puedan contratar velando de la mejor manera por sus propios intereses¹⁴.

Pero la perspectiva colectivista es también rechazada por dos razones análogas:

a) Colectivamente, cuesta demasiado decidir, y exigir, controles sobre todas las conductas; o

b) La sociedad no está suficientemente segura acerca de si la conducta es deseable como para decidir exigirla o prohibirla.

Allí donde cada razón para rechazar los controles del mercado puro, se encuentra con cada razón para rechazar el control colectivo, estaremos en aptitud para encontrar las aproximaciones de la Responsabilidad Civil Extracontractual en alguna de sus muchas formas.

Es bueno resaltar que cada par de razones para rechazar una perspectiva pura contiene un sustento ideológico (desconfianza en la capacidad del contrato atomístico, o de la decisión colectiva, para lograr los resultados deseados) y otro práctico (la conducta contractual es costosa, pero lo son también las decisiones colectivas). Obviamente, cuanto más ideológicamente pura sea una sociedad, más cuidará de emplear la Responsabilidad Civil Extracontractual sólo cuando no sea factible -v.g. sea demasiado costoso- la utilización del propio sistema «puro» elegido. Durante el siglo XIX existió la tendencia a emplear la Responsabilidad Civil Extracontractual sólo cuando dejar que las pérdidas recayeran en las víctimas resultaba manifiestamente ineficiente o intolerable desde un punto de vista distributivo, y cuando exigir a los potenciales causantes que contraten antes de actuar resultaba un mandato imposible de cumplir e, impedía actividades potencialmente deseables. Raras veces el escepticismo sobre la habilidad de las personas para contratar en su propio interés constituía el sustento para la Responsabilidad Civil Extracontractual. Contrariamente, una verdadera sociedad colectivista usaría la Responsabilidad Civil Extracontractual sólo cuando quisiera librarse de los costos de decidir sobre la deseabilidad de cada uno de los actos particulares, y no porque quisiera dejar a los individuos

12. Afirmar que la conducta no-contractual ilegítima puede convertirse en válida por medio de un contrato o venta, no es lo mismo que afirmar que una sociedad deba siempre permitir todos los contratos. La violación por medio del contrato puede convertirse en prostitución, una cosa muy diferente, pero no necesariamente ilegal. El asesinato no podría ser legalizado por medio del consentimiento de la víctima. Todas estas restricciones en los contratos son, en cierto sentido, límites sobre la sociedad de mercado «puro», aunque muchas de ellas fueron reconocidas aun en los mejores momentos de la ideología. Algunas restricciones sobre la alienación pueden, en efecto, ser explicadas en términos que son, en su totalidad, consistentes con mercados «puros» en el mercado «real». Mientras tales restricciones se fueron extendiendo, las explicaciones inconsistentes con las ideologías del mercado devinieron, sin embargo, en más plausibles, Ver Calabresi and Melamed, Property Rules and Liability Rules, supra 3.
13. Toda vez que la responsabilidad inicial del causante resulta apropiada, e identificar y contratar con todos las posibles víctimas resulta imposible, existe una clara situación que grafica esta primera razón. El ejemplo clásico lo constituye el conducir negligentemente. Cargar el peso sobre los causantes fue ampliamente estimado como apropiado, los arreglos contractuales *ex-ante* con las posibles víctimas resultaban prohibitivos; a ello le siguió la responsabilidad basada en la culpa. Un ejemplo algo más complejo de la primera razón es el caso en el que la conducta contractual perjudica a «terceros», con los cuales no resulta factible efectuar arreglos contractuales.
14. Esta segunda razón puede estar presente como consecuencia de que las partes no tienen el conocimiento adecuado para contratar en su propio y mejor interés. Y hacer posible tal conocimiento de manera efectiva puede no ser considerado factible o puede ser prohibitivamente caro. Para ver una discusión sobre qué es una advertencia o una renuncia a responsabilidad adecuada, aun en situaciones contractuales como las involucradas en casos de responsabilidad por producto, ver e.g. Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc., 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960), Sills vs. Massey-Ferguson, Inc., 296 F. Supp. 776 (N D. Ind. 1969).

Esta también puede estar presente porque la sociedad cree que las partes, aun cuando informadas, no decidirán de la mejor manera para sus intereses, desde que ellos son incapaces como resultado de la edad, la pobreza, la falta de educación, o alguna otra «limitación» que parezca esencial para esta nunca-más-puramente-individualista sociedad.

decidir -en un cierto grado- si un acto es valioso o no. Por otro lado, la sociedad ideológicamente escéptica haría uso de la responsabilidad civil extracontractual, aun cuando las perspectivas puras fueran factibles, precisamente porque es escéptica respecto a la deseabilidad tanto de la conducta contractual pura, como de las decisiones colectivas puras.

¿Qué es pues esta mezcla que en nuestro sistema llamamos «Torts» y que en Europa recibe la más feliz denominación de «responsabilidad civil»? Su esencia es la **Regla de Responsabilidad**, la cual en sí misma mezcla decisiones individualistas y colectivas. La conducta no es prohibida colectivamente sólo por ser riesgosa, o exigida a pesar de sus riesgos. Los individuos son libres para elegir; pero su elección conlleva una responsabilidad civil, esto es, el pago de daños colectivamente determinados si es que ocurre algún perjuicio¹⁵. Contrariamente, no puede exigirse aquella conducta contractual de adquirir el derecho de

dañar a quienes tienen la titularidad de no ser dañados.¹⁶ Nuevamente, se da lugar al pago de una compensación colectivamente determinada en favor de los perjudicados.

La ideología que subyace al uso de las reglas de responsabilidad es una ideología mixta. La parte con la titularidad para permanecer libre de daños no es compensada en el grado o en la forma que ella misma hubiera elegido. Es decir, ella no ha vendido su titularidad en un precio que le sea satisfactorio, sólo le ha sido arrebatada ésta y se le otorgan daños que pueden ser mayores o menores que los que pudiera haber negociado, pero que son, en todo caso, fijados colectivamente.¹⁷ De otro lado, las decisiones sobre la deseabilidad de emprender actividades riesgosas no son tomadas colectivamente, sino dejadas a los individuos, quienes presumiblemente tomarán en cuenta los daños que tendrían que pagar o soportar, si el daño ocurriese.¹⁸

15. La conducta puede ser también prohibida criminalmente, como es el caso de muchas situaciones de negligencia automovilística, pero esta intervención colectiva adicional está, para mis propósitos actuales, fuera del tema. En la medida en que la responsabilidad o sujeción civil exista, el actor debe tomar en cuenta ese posible pago -colectivamente determinado- para decidir si vale la pena asumir la conducta. Podría parecer que los daños en casos de contratos son también determinados colectivamente. Pero si las partes del contrato tuvieron la opción, en el momento de su celebración, de acordar una cláusula penal o el arbitraje y no lo hicieron, luego los daños judiciales serán absolutamente consistentes con la ideología liberal. Ver nota 10, supra. Si el arbitraje o las cláusulas penales estuvieran prohibidos, la aproximación estaría, sin embargo, más cerca de aquella mixtura ideológica que estoy describiendo. Ver nota 9, supra y nota 17, infra.
16. Como regla general, esto no está prohibido. Los acuerdos exculpatorios existen, al igual que el acuerdo para dejar que los daños -si existiera perjuicio- sean determinados por árbitros elegidos por las partes. Tal «conducta contractual», sin embargo, aun cuando estuviera permitida no constituye prerequisite para actuar.
17. La Responsabilidad Civil Extracontractual es sólo una instancia de esta mezcla ideológica; es sólo una de las áreas en las que se utilizan lo que llamo reglas de responsabilidad. La expropiación es otra de ellas, ya que también en ésta, la transferencia de una titularidad es impuesta en un precio que no es negociado por las partes. Así, desde el punto de vista del presente artículo, las restricciones en el uso de cláusulas penales o de acuerdos arbitrales son ejemplos de la misma aproximación mixta de la cual la responsabilidad civil es mi paradigma. Yendo un poco más lejos, pero aún cerca, se encuentra la inexigibilidad de ciertos contratos por «contrariar al orden público» o por «irrazonables». La analogía aquí está, por supuesto, en la invalidez de ciertos acuerdos exculpatorios o indemnizatorios y la «inadecuación» de ciertas advertencias en la responsabilidad civil. En todos estos casos se ha sustituido el «acuerdo» de las partes por una determinación colectiva. Pero también en estos casos, la determinación colectiva no cubre todo el campo; y deja un lugar importante para las decisiones individuales y para el juego de los incentivos. Ver en general, Calabresi and Melamed, Property Rules, Liability Rules, supra n.3.
18. Alguien podría, por supuesto, apreciar el derecho criminal y las sanciones criminales de manera análoga. Desde esta perspectiva, la sanción se convierte en el precio que el criminal es libre de desafiar y, si es apresado, pagar para resarcir su conducta criminal. Quienes hayan visto de este modo a la ley criminal permiten comprensiblemente, dar el próximo paso para intentar convertir esta área del derecho, en una mezcla parecida a la Responsabilidad Civil Extracontractual para reclamar multas o compensación para la víctima, en vez de las sanciones criminales más tradicionales. Ver e.g. Becker, Crime and Punishment: An Economic Approach, 76 J. Pol. Econ. 169 (1968); Del Vecchio, Equality and Inequality in Relation to Justice, 11 Nat. Law Forum 36, 43-45 (1966) cf. Posner, Economic Analysis of Law 66-69, 357-73 (1972).

Pero a mi modo de ver, esta aproximación percibe mal el juicio social involucrado en el derecho penal. Dejando de lado áreas ambiguas tales como las papeletas de tránsito y otras violaciones «administrativas» (las cuales son en efecto normalmente sólo objeto de multas), la intención social en el derecho penal es no permitir al individuo elegir si resulta valioso cometer o no el crimen. El objetivo, aunque no siempre posible de ejecutar, es evitar que el crimen suceda -sin tomar en cuenta el deseo del criminal para cometerlo- en razón de haberse producido una decisión colectiva en el sentido que la conducta del criminal no es valiosa, sin tener en cuenta el deseo individual de llevarla a cabo. Esta determinación colectiva es fácilmente reconciliable con una ideología de mercado, siempre que las negociaciones entre la víctima y el criminal resulten factibles. En efecto, la criminalidad en tales casos puede ser vista como el rechazo voluntario de parte del criminal de llevar a cabo una conducta contractual antes de actuar. El robo es el caso más evidente; las sanciones criminales son impuestas a fin de exigir una venta negociada antes que un despojo a cambio de un precio -o sanción colectivamente determinada (como diría Becker)-. Otro caso es la violación; cuando la prostitución está permitida o tolerada en la práctica. Ideológicamente, las sanciones criminales tradicionales en estas áreas pueden ser justificadas como protegiendo la integridad de una sociedad de mercado y ser absolutamente consistentes con ella.

...

Ideológicamente mixtas, las reglas de responsabilidad son también intensamente prácticas, permitiendo que se den actividades allí donde la conducta contractual, antes del perjuicio, no sería factible. La indemnización después del perjuicio reemplaza tales acuerdos inviables y permite el control de conductas que sólo podrían ser gobernadas colectivamente a un alto costo. Variando la cuantía de los daños aplicables de acuerdo a las variadas circunstancias involucradas, los llamados a decidir colectivamente pueden avanzar en el reforzamiento de sus puntos de vista sin enfrascarse en las minucias del control, el cual no resultaría socialmente útil.

Finalmente, estamos en capacidad para hablar brevemente acerca del futuro de la responsabilidad civil extracontractual dentro de los cien años siguientes. Ese futuro depende fundamentalmente del grado en el que nuestra sociedad llegue a ser relativamente pura en el aspecto ideológico -y use la Responsabilidad Civil Extracontractual cuando sea realmente necesaria (como hace cien años); o continúe siendo ideológicamente escéptica (como lo es ahora)- y opte por la regla de responsabilidad, aun cuando la con-

ducta contractual o las prohibiciones colectivas fueran eminentemente factibles.

Los Daños, o la regla de responsabilidad, son comúnmente utilizados en muchas áreas de forma tal que reflejan el escepticismo ideológico prevaleciente. El escepticismo hacia el colectivismo puro -aun cuando los juicios colectivos fueran factibles- puede encontrarse en todas aquellas áreas en donde prevalece el standard de la culpa. En dichas áreas, la titularidad inicial (el derecho de actuar sin soportar el peso de los daños que alguien ocasiona) es negada por el hecho que la parte culpable actúa en una forma que fue juzgada colectivamente indeseable o equivocada.¹⁹ A pesar de ello, el acto «no deseable» no es prohibido y el derecho penal, aun cuando aplicable, no resulta suficiente para controlarlo. En lugar de esto, le es dada -efectivamente- al actor la oportunidad de contraponer la determinación colectiva y decidir si actuar de manera culpable, o si tomar la opción de actuar de la forma socialmente deseable, valen o no la pena de asumir los daños colectivamente determinados.²⁰ Este escepticismo hacia los juicios colectivos toma su forma más drástica en la aceptación de los

...

A veces, sin embargo, la naturaleza colectiva de la decisión para prohibir la conducta es aún más básica. Las sanciones criminales son utilizadas para prohibir la conducta consensual (el hecho que la víctima haya estado de acuerdo no exime al asesino), o son utilizadas donde las negociaciones no son factibles (donde el defensor del mercado puro aceptaría una regla de responsabilidad y no una sanción criminal, como la segunda mejor opción). La decisión social en estos casos es, de manera típica, ideológicamente colectiva, ya que intenta convertir algunas titularidades en inalienables a pesar de los deseos de las partes involucradas. Ver en general, Calabresi and Melamed, Property Rules, Liability Rules, supra n.3. Los devotos de las ideologías y aproximaciones del mercado puro son, comprensiblemente, propensos a renegar de las sanciones criminales en tales áreas. En casos consensuales, donde son posibles las negociaciones entre todas las partes involucradas, el defensor del mercado puro aboliría todas las sanciones criminales excepto aquellas necesarias para reforzar la exigencia de que tales negociaciones se lleven a cabo. En las áreas en las que las negociaciones no son factibles, el mismo sujeto también descriminalizaría, pero exigiría, en forma secundaria, que las partes perjudicadas fueran compensadas por los causantes del daño en un precio colectivamente determinado.

Si se considera a Becker et al. como defensor ideológicamente comprometido con el mercado puro, se puede, rápidamente entender su deseo de convertir las sanciones en estas áreas del derecho penal en sanciones parecidas a la Responsabilidad Civil Extracontractual, producto de una regla de responsabilidad (No podemos entender, sin embargo, su deseo de aplicar la regla de responsabilidad a crímenes, donde las negociaciones son factibles). Pero decir que **comprendemos** a lo que se refieren, está lejos de decir que están en lo correcto desde el punto de vista de la sociedad. Una sociedad que haya elegido (sabidamente o no) una regla de inalienabilidad (una prohibición colectiva de cierta conducta) ha rechazado en esta instancia la ideología de mercado, y por ende no es idónea para sugerirle aceptar una sanción parecida a la Responsabilidad Civil Extracontractual en lugar de una sanción criminal tradicional, basados simplemente en que una regla de responsabilidad serviría como la segunda opción factible en el mercado.

19. Para el propósito de este trabajo no importa si el juicio colectivo estuvo basado meramente en un cálculo de eficiencia o en otros fundamentos.

La titularidad inicial para actuar sin soportar el peso de los daños puede ser otorgada a la víctima o al causante. Dejar que la pérdida permanezca donde cayó (a menos que el causante sea culpable) es un ejemplo de dicha titularidad dada a causante. La responsabilidad objetiva del causante (a menos que la víctima sea negligente) nos da la titularidad dada a la víctima. Calabresi, Optimal Deterrence and Accidents Law, supra n. 2, y Calabresi and Hirschhoff, Toward a Test for Strict Liability in Torts, supra n. 2.

20. Podemos recién comprender por qué los autores, como Richard Posner, devoto de la ideología del mercado, sostiene una aproximación basada en la culpa en la Responsabilidad Civil Extracontractual. El uso de la culpa en lugar de una prohibición colectiva más amplia (i.e. el empleo de una regla de responsabilidad basada en una determinación colectiva de que la conducta es equivocada, en vez de una sanción penal) manifiesta un profundo escepticismo hacia las decisiones colectivas. Así, una determinación colectiva posible (en realidad **real**) de los méritos de la conducta individual no es exigible penalmente sino, por el contrario, sujeta a una revisión atomística de mercado. Este escepticismo, que explica el repudio al uso de sanciones penales en lugar de la culpa (Cf. nota 18, supra), no explica, por supuesto, el porqué, en ausencia de culpa, los defensores del mercado puro prefieren la responsabilidad universal de la víctima a la responsabilidad universal del **causante** o, de modo más plausible, colocar la responsabilidad objetiva algunas veces sobre una parte y otras veces sobre la contraria. Dicha preferencia puede, sin embargo, ser explicada una vez que se

...

seguros por daños causados por una conducta culpable. Después de todo, el seguro es esencialmente una conducta contractual que permite al asegurado comprar el derecho de evitar el daño a aquéllos titulados para no soportar el riesgo. El contraste con las sanciones penales que emplearía una sociedad colectiva pura es a la vez evidente y dramático.

De manera similar, hoy la Responsabilidad Civil Extracontractual refleja el escepticismo hacia el mercado puro aun allí donde la conducta contractual - antes de la acción- resulta factible. Necesitamos sólo considerar las restricciones comunmente impuestas en los acuerdos exculpatorios, limitativos de responsabilidad, e indemnizatorios y el declive de la doctrina de la asunción del riesgo, para ver cuan lejos hemos llegado de la ideología del mercado puro.²¹ Y si nos detenemos a pensarlo, un signo igualmente significativo de este escepticismo lo constituye el alejamiento de las titularidades que colocan las pérdidas sobre las víctimas. Estas titularidades fueron preferidas por una ideología del mercado puro porque no requerían que contratos inviables fueran celebrados antes que la acción tuviera lugar. La víctima no necesita comprar la inmunidad del riesgo del perjuicio por parte de sus potenciales causantes (a los cuales sería difícil identificar y pagar); cuando le es relativamente fácil encontrar una compañía de seguros dispuesta a tomar el

riesgo monetario. De allí que, la sociedad de mercado puro haya tendido a situar los riesgos de la pérdida sobre la potencial víctima, a menos que dicha colocación fuera claramente injusta o ineficiente, o que una conducta contractual de los causantes fuera claramente factible antes de la acción.²² El alejarse de este colocar los daños sobre las víctimas sugiere inevitablemente un escepticismo hacia la ideología del mercado puro. Además, aun cuando la titularidad para permanecer libre de riesgo fuera otorgada al potencial causante, y se cargara a la potencial víctima con el riesgo, la víctima sería típicamente requerida para asegurarse. Esto es lo que llamamos seguros de primera persona, pero cualquiera que sea su nombre, la exigencia de un seguro representa un profundo escepticismo respecto a las elecciones del mercado puro. Queremos que el peso recaiga sobre la víctima, pero no confiamos en su juicio atomístico para evaluar la magnitud del mismo, o la deseabilidad de arriesgarlo.²³

La muerte del contrato se ha manifestado en muchas formas, una de las cuales es el movimiento desde una Responsabilidad Civil Extracontractual destinada a ser la mínima necesaria para hacer factible un mercado puro, hacia una que se glorifica en sus limitadas pero inevitables intervenciones colectivas.²⁴

...
entiende el hecho que las reglas de responsabilidad son sólo una pobre segunda mejor opción a la ideología contractual de mercado puro, y que la responsabilidad de la víctima puede convertir cualquier conducta no-contractual en innecesaria. (Ver texto y nota 8 - 11, supra, y nota 21 - 22 infra). Tal preferencia puede, no obstante, ser costosa desde el punto de vista distributivo y de eficiencia. Una vez más, la diferencia entre las aproximaciones utilitarias y la liberal-contractual deviene en crucial. Comparar, Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. Legal Stud. 29 (1972); *Strict Liability: A Comment*, 2 J. Legal Stud. 205 (1973); y *Economic Analysis of Law*, op. cit. supra n. 18, con Calabresi, *Transaction Costs*, supra n. 11; *Optimal Deterrence and Accident Law*, supra n. 2; Calabresi and Melamed, *Property Rules, Liability Rules*, supra n. 3, y Calabresi, *Costs of Accidents*, op. cit. supra n. 3. Ver también, notas 8, 10, 11, supra.

21. Ver e.g., *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 356, 161 A 2d 69 (1960); *Sills vs. Massey Ferguson, Inc.*, 266 F. Supp. 776 (N.D. Ind. 1969); *Mac Grath vs. American Cyanamid Co.*, 41 N.J. 272, 196 A. 2d 238 (1963). Ver también, Calabresi and Hirschhoff, *Toward A Test for Strict Liability in Torts*, supra n.2 en nota 65, 16 y los casos allí citados.
22. La protección de la propiedad a través de sanciones penales en sociedades de mercado puro se explica fácilmente por la factibilidad de la conducta contractual (compra, en lugar de robo) antes del perjuicio, así como por las intuiciones distributivas y de eficiencia de tales sociedades. Cf. Demsetz, *Toward A Theory of Property Rights*, 57 Am. Econ. Rev. 347 (1967) (Vol. 2. Papers and Proceedings). Similar responsabilidad del causante por, al menos, ciertos daños causados con culpa era generalmente justificada en tales sociedades sobre fundamentos de eficiencia. (Ver especialmente los escritos de Richard Posner citados en la nota 20 supra, ver también Holmes, *Common Law*, op.cit. supra n.3) Lo mismo resulta cierto, a fortiori, para los Daños intencionales o voluntarios, donde no puede excluirse la factibilidad de la conducta contractual antes del perjuicio. El pago de daños punitivos parecerían particularmente apropiados en tales casos, aun en sociedades de mercado puro. Cf. nota 18, supra.
23. El seguro obligatorio para, al menos, parte de la pérdida, es una figura común en todos los llamados planes de seguro de automóviles de primera persona, actualmente en debate. El seguro no sólo es compulsivo respecto a los terceros con quienes el automovilista está estrictamente ligado (e.g. pasajeros y peatones) sino también respecto de los propios perjuicios del automovilista. Ver e.g. Keeton and O'Connell, *Basic Promotion for the Traffic Victim* (1965), de donde provienen muchos de estos planes.
24. Ver en general, Gilmore, *The Death of Contract* (1974).

Se puede, desde este punto de vista, comparar fructíferamente los variados intentos llevados a cabo por las cortes para distinguir entre los contratos que limitan la responsabilidad en el caso de un tostador que es defectuoso, en el sentido que no funciona, y de un tostador que es defectuoso, en el sentido que explota y ocasiona un incendio. El primer y más común intento se dio, por supuesto, en términos de derechos de propiedad versus daños personales. Ver e.g. el análisis de responsabilidad objetiva «defectos causando daños a humanos» del Juez Traynor, *Escola vs. Coca-Cola Bottling Co.* 24 Cal. 2d 453, 150 P 2d 436 (1944) (opinión concordante) *Greeman vs. Yuba Products Inc.*, 59 Cal. 2d 57, 377 2d 897 (1963). Pero tal aproximación falla porque la misma sociedad, que cree suficientemente en el *laissez-faire* para permitir que un contrato ordinario determine quién soporta el riesgo de la falla de un tostador (o de otros daños menores,

...

¿Qué es lo que todo esto sugiere acerca de los siguientes cien años? Es difícil pensar en un retorno de la ideología del mercado puro. Aun el siglo XIX encontraba demasiado inflexible la idea de que lo mejor que podemos hacer respecto a los riesgos es decidir quién parece estar en capacidad de evitar el daño de manera menos costosa,²⁵ y sujetarlo a sanción penal en caso de dañar a otros, a menos que pueda contener a estos otros a asumir los riesgos por un cierto precio. Tampoco creemos que sea probable que se retorne al compromiso con la realidad que creaba el periodo de *laissez-faire*:

a) No exigir una conducta contractual pero permitir a los actores -que hayan sido elegidos para soportar el riesgo y no lo hayan trasladado contractualmente- pagar daños colectivamente determinados y,

b) (a efectos de mantener tal responsabilidad colectivamente determinada en su mínima expresión) dejar que la pérdida recaiga en la víctima a menos que imperativos distributivos y de eficiencia exijan que los mismos recargan sobre el causante.

El uso mínimo de la Responsabilidad Civil Extracontractual será inaceptable porque depende demasiado de el deseo de creer que (1) las víctimas son, con mayor frecuencia, quienes evitan los perjuicios de manera menos costosa, o (2) son los que deben soportar la pérdida por ser distributivamente lo más adecuado y, adicionalmente (3) pueden valorar inteligentemente el riesgo que están soportando. La pérdida de fe en las dos primeras proposiciones ha llevado a una responsabilidad más «objetiva del causante» y, por lo tanto, a un mayor uso de las reglas de responsabilidad en los campos donde ello es factible, lo cual debe seguramente preocupar a los verdaderos creyentes en el Estado liberal del siglo XIX. (La defensa de posiciones ideológicas de una segunda mejor posición -y la regla de responsabilidad es siempre una segunda mejor posición respecto a la conducta contractual- raramente les es grata a los verdaderos creyentes). La pérdida de fe en la tercera proposición representa un ataque frontal a la ideolo-

gía de mercado. Ellas juntas constituyen una posición escéptica que impide el eventual regreso a una Responsabilidad Civil Extracontractual mínima, esto es, a una Responsabilidad Civil Extracontractual que se limite a ser la inevitable compañera de una sociedad basada en el contrato.

Pero, y ¿qué hay acerca de la otra ideología? ¿Marcarán los próximos cien años el declive (sino la muerte) de y las reglas de responsabilidad porque no habrá lugar para el individualismo que implica la Responsabilidad Civil Extracontractual? ¿Se convertirá la regla de responsabilidad en aquella concesión mínima que debe aceptar el Estado colectivista sólo porque no es capaz de poner en vigencia una infinidad de decisiones de manera colectiva? ¿Devendrá el calculo del monto de los daños a depender, de manera progresiva, de la relativa indeseabilidad de la conducta de quien los paga, en lugar de en el mejor estimado de lo que se necesita para compensar a la víctima por el perjuicio causado?²⁶ En la otra cara de la medalla, ¿Podrá la compensación a las víctimas ser progresivamente cubierta por el sistema tributario? Todo esto sí es posible, la marcha hacia un mayor colectivismo en nuestra sociedad aún se mantiene firme.

Pero -y esto puede quizás reflejar sólo mi propio escepticismo ideológico- aún me inclino a dudar que la marcha vaya mucho más lejos. Como en 1876, la tendencia está en auge pero puede quizás que al mismo tiempo haya empezado su retirada. Como bien sabemos, el fracaso de la regulación como medio de aumentar la seguridad es patente. Los que abogan por una mayor regulación, como el Sr. Nader, basan sus alegatos en la falla de los «reguladores» del pasado, esto es, de la regulación misma. La corruptibilidad del «Estado asignador», del Estado que decide demasiadas cosas que afectan a demasiada gente, resulta cada día más evidente.²⁷ Se habla, incluso en las sociedades entregadas al colectivismo, acerca de la utilidad de los incentivos como medios de poner en vigencia principios y de elección. Al mismo tiempo, en los Estados Unidos los muchos

...
relativamente frecuentes, sea en las personas o en la propiedad), no está dispuesta a permitir que daños mayores y relativamente raros sobre la propiedad de la víctima (como aquéllos que provienen de un tostador que ocasiona un incendio) sean asignados por este mecanismo. El punto donde termina la regulación legal de una compraventa y empieza la responsabilidad civil extracontractual, nos dice, en otras palabras, mucho acerca del maquillaje ideológico de una sociedad, cuán lejos del mercado puro se ha llegado, sin por todo ello devenir en ideológicamente partidaria del colectivismo.

25. Lo dicho asume que el ideólogo del mercado puro está preocupado tan sólo de la eficiencia y no se interesa por las consecuencias distributivas de la asignación de los riesgos. De hecho, parece probable que la titularidad inicial esté siempre basada tanto en fundamentos distributivos como de eficiencia. Cf. Calabresi and Melamed, *Property Rules, Liability Rules*, supra n.3. Holmes, *Common Law op.cit.* supra n.3.
26. Los daños punitivos o las multas, usados en lugar del derecho penal, no representan, por supuesto, un movimiento hacia un mayor colectivismo; es todo lo contrario. Ver nota 18, supra. La misma clase de daños y multas empleadas en lugar del pago de daños compensatorios, en situaciones en las que la responsabilidad civil extracontractual han sido tradicionalmente utilizada como sustituto para transacciones contractuales no factibles, representan un alejamiento de las decisiones relativamente atomísticas e individualizadas y un incremento en la producción de decisiones colectivas.
27. Esta corruptibilidad es evidente tanto en las democracias al estilo «Occidental» como en las repúblicas «Populares».

experimentos usualmente probados con las acciones de clase, licencias de contaminación o impuestos (simplemente otra forma de regla de responsabilidad), reversión de daños en juicios por razones de molestias y aun la auto-tutela civil contra las violaciones legales, sugieren un creciente escepticismo hacia el modo puramente colectivista de controlar el riesgo y los daños.²⁸

Quizás en esta desilusión por la «regulación pura» solo la agudeza en el sentido nos permita discernir el comienzo de un nuevo rumbo. El mismo, no será una marcha dirigida hacia la Responsabilidad Civil Extracontractual del siglo XIX. Ni siquiera será -sospecho- una marcha hacia aquella, relativamente individualista, sociedad de mercado que busca una segunda mejor posición de sus objetivos, la cual, en ocasiones, se le ha imputado la promoción. El objetivo no será simplemente colocar la responsabilidad sobre aquél que pueda asumirla a más bajo costo,

tomando en consideración los fines distributivos, y dejando luego a las decisiones atomísticas determinar la extensión de la seguridad y de los daños. En lugar de ello, si esa marcha se diera, sería una que lleve a un **uso ideológicamente consciente de la responsabilidad civil extracontractual como un sistema mixto**. Las posibilidades inherentes a la regla de responsabilidad -como un recurso para promover fines claramente colectivos y mitigar las incapacidades detectadas en las personas para decidir lo mejor para ellos mismos, a la vez que seguir permitiendo un amplio grado de elección y determinación atomística- serán, bajo este punto de vista, explotadas al máximo. Si este fuera el caso, si prevaleciera la sociedad mixta -como creo que prevalecerá- el próximo siglo no será el siglo del derecho de los contratos, ni el de derecho penal (aunque ambos sigan dominando en áreas limitadas, como parte de la mixtura ideológica)²⁹ sino el de la Responsabilidad Civil Extracontractual y el de la Regla de Responsabilidad.

Traducido por Thémis Revista de Derecho, bajo la asesoría del Dr. Alfredo Bullard y con la autorización expresa del autor.

28. Ver e.g. *Spur Industries Inc. vs Del E. Webb Development Co.*, 108 Ariz 178, 494 P 2d 700 (1972) (El hoy clásico caso de reversión de daños en molestias por razón de vecindad en el que las víctimas pueden detener la actividad molesta siempre que paguen daños al caminante); *International Herald Tribune*, junio 3, 1976, p.3, col. 1 apuntando una propuesta de tributo a la contaminación que algunos economistas y legisladores de los Estados Unidos creían que sería más efectivo que una regulación. Quienes proponían el impuesto a la contaminación enfatizaron la inviabilidad de las regulaciones administrativas. Un oficial de la Asociación Nacional de Manufactureros defendía, por otro lado, la regulación a través de un Seminario-Congreso, diciendo «funciona muy bien y no debería ser desechada por una aproximación teórica aún no probada». Cf. *Wash. Post*, feb. 1, 1976, sec. B, p. 1, col. 6, reportando la demanda por daños civiles interpuesta por una víctima de violación para retomar la que se consideraban inadecuados controles del derecho penal en el área. Ver también el debate entre Posner & Landes y Stigler sobre los méritos relativos de «Ejecución Privada de la Ley», 3J Leg. Stud. 1 (1974), 4J Leg. Stud. 5 (1975).

29. Si esta apreciación es correcta, se puede esperar que exista un incremento de las influencias de la Responsabilidad Civil Extracontractual en áreas donde prevalecen los contratos y el derecho penal. El concepto de los contratos de adhesión, por ejemplo, continuará desarrollándose (limitando así el mercado puro aun en áreas nominalmente gobernadas por la ley contractual), lo mismo que la noción de compensación para las víctimas de crímenes (poniendo en práctica así ciertos incentivos del tipo del mercado en un área del Derecho tradicionalmente colectivista).

Mi colega Leon Lipson ha resaltado que un número desproporcionado de jueces Americanos e Ingleses, en el pasado siglo, empezaron sus carreras en el Derecho contractual, mientras que un número desproporcionado de Jueces Rusos, desde 1917, han sido juristas en el derecho penal. Sería interesante conocer si los filósofos americanos del Derecho de los siguientes años provendrán de campos en los cuales las **reglas de responsabilidad**, en el sentido que he utilizado aquí el término, son dominantes.