

Responsabilidad Civil Extracontractual – El Derecho de la Sociedad Mixta*

Guido Calabresi*

La mayoría de los participantes en esta publicación honorífica [*festschrift* ••] han estado personalmente asociados con el decano Leon Green como estudiantes, colegas y amigos. Ellos se han nutrido en forma directa de su extraordinario intelecto y personalidad. No sorprende que hayan contribuido con este número.

Mi primer debate serio con el decano Green tuvo lugar tan solo unos meses atrás. Sin embargo, tal es la naturaleza de sus logros académicos que, como profesor de derecho de responsabilidad civil extracontractual casi medio siglo más joven que él, pude verlo como *mi* maestro, colega y amigo mucho antes de conocerlo. Es particularmente apropiado, entonces, que participe en su homenaje, pues cuando escribo no sólo lo hago en mi nombre, sino también en el de un sinnúmero de alumnos, colegas y amigos desconocidos, que pasaron y que aún están por venir. Tanto en su nombre como en el mío, le dedico con gratitud este artículo.

Es preferible que los daños recaigan sobre las víctimas. Sólo si pudiera demostrarse claramente que quienes –actuando con culpa– dañan a otros podrían haber evitado la pérdida de un modo económico, los incentivos para evitar los daños deberían caer sobre ellos.¹ Y aun cuando quienes provocan un daño pudieran fácilmente elegir el camino más seguro, la víctima es frecuentemente quien, de todos modos, debería

• Este artículo es fruto de una conferencia brindada en la *Bicentennial Conference* celebrada en la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York, del 27 al 30 de Abril de 1976. La versión escrita de dicha conferencia fue publicada en *American Law: The Third Century*, págs. 103-20 (B. Schwartz, ed. 1976). El artículo, en la versión que se presenta aquí, fue publicado como "Torts – The Law of the Mixed Society", en 56 *TEXAS LAW REVIEW* 519 (1978).

Traducido por Emiliano Beola y Pablo Suárez para la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, con la autorización del autor y de la *Texas Law Review*.

* Profesor de Derecho "John Thomas Smith", Universidad de Yale. B.S. 1953, LL.B. 1958, Universidad de Yale; M.A. 1959, Universidad de Oxford; M.A. 1962, Universidad de Yale.

•• *N. del T.:* *festschrift*, del Alemán, término con el que se conoce a una publicación realizada en honor a un académico, normalmente en vida.

1. Culpa implica no sólo que quienes causan el daño pudieron haberlo evitado de manera económica, sino también que lo previeron o deberían haberlo previsto. Para una definición del siglo veinte de la culpa que trató de establecer las relaciones involucradas de modo sistemático, ver *Conway v. O'brien*, 111 F.2d 611, 612 (2d Cir. 1940) (Hand, L., J.), parcialmente revocado por otros fundamentos, 312 U.S. 492 (1941). Ver también *United States v. Carrol Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947); Terry, *Negligence*, 29 *HARV. L. REV.* 40 (1915).

soportar la pérdida y el incentivo para evitarla.² Que esta asignación coloque todas las pérdidas inevitables, así como el costo de evitar aquellas que pueden serlo, sobre las actividades o clases sociales de las que surgen las víctimas, es o bien irrelevante o directamente beneficioso desde un punto de vista de distribución de la riqueza.³

Estas nociones emparentadas se acercaban a su mayor nivel de aceptación en 1876 y, sin embargo, los primeros signos de cambio eran ya perceptibles, aunque quizás sólo en retrospectiva.⁴ Típicamente, dado que se trata de *common law* y no de la naturaleza, la marea

2. En los días de gloria del sistema de responsabilidad subjetiva se ofrecieron argumentos diversos y en ocasiones contradictorios para explicar por qué, en muchas instancias, las víctimas deberían soportar los daños a pesar de la existencia de un agente "culpable". Algunos de ellos eran consistentes con el objetivo de reducción eficiente de los costos de los accidentes; algunos no lo eran. Quizás los dos más importantes fueron la culpa concurrente (que trató a la culpa de la víctima, e implícitamente a la posibilidad de evitar las lesiones por parte de las víctimas, como algo diferente de la culpa del agente y su posibilidad de evitar los daños) y la causa próxima (que tenía el efecto de dejar la carga de evitar los daños sobre víctimas inocentes -aquellos de quienes no podía decirse que debían haber evitado el daño- más que aplicarla a los agentes, quienes, *por definición*, podían y debían haber evitado el daño). La culpa concurrente, las inmunidades intra-familiares y, más dramáticamente aún, la asunción del riesgo, fueron en cierta manera más lejos aún en establecer un sistema en el cual, incluso donde las precauciones del ofensor fueran factibles y económicas, el incentivo de evitar el daño a menudo recaía sobre la víctima. He expresado más extensamente este punto de vista acerca del sistema de la culpa en varios 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); Calabresi y Hirschhoff, "Towards a Test for Strict Liability in Torts", 81 YALE L.J. 1055 (1972).

3. Sería irrelevante si uno creyera que una eficiente evitación de accidentes, lograda a través de colocar incentivos para evitarlos sobre la parte apropiada, es más importante que ver qué categorías son convertidas en más ricas o más pobres. "La eficiencia" podría ser de corto plazo (minimizando la suma de los costos de los accidentes y de los costos de seguridad); podría incluir costos administrativos (evitando así innecesarios costos de modificaciones); y aún podría incluir la evitación de costos a largo plazo (dando un subsidio a nuevas industrias cuyo desarrollo beneficiaría a las categorías de "dañadores" y "víctimas" por igual, al menos a muy largo plazo, cuando, desafortunadamente, todos aquellos hoy presentes habrían ya desaparecido hace tiempo como para poder ser beneficiados). La asignación de las pérdidas descrita en el texto podría verse como beneficiosa desde un punto de vista puramente distributivo si uno creyera que los agentes, como categoría, "son más valiosos" que las víctimas como categoría. Oliver Wendell Holmes, Jr. ciertamente creía en razones de eficiencia para hacer soportar el daño a las víctimas (a pesar de que aceptó una muy limitada responsabilidad objetiva del agente). Es menos claro si creyó que este tipo de asignaciones también eran distributivamente beneficiosas. Él vistió su indiscutible preferencia por las víctimas como la parte elegida para soportar los daños, con un lenguaje que puede leerse tanto como descansando en razones de eficiencia a largo plazo, como de mérito. Ver, por ejemplo, O. Holmes, *The Common Law*, págs. 76-77 (M. Howe ed. 1963). Cf. G. Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, págs. 261-63 (1970) (donde se critica a la justificación basada en la eficiencia de Holmes) [en adelante citado como *The costs of Accidents*]. Ver también Calabresi y Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

4. En 1876 *Rylands v. Fletcher* ya había sido decidido y uno puede, en retrospectiva, ver al menos en la opinión del Juez Blackburn, la semilla de la doctrina de las actividades ultra peligrosas y la responsabilidad objetiva de los agentes. Otras opiniones, sin embargo, hacen que el caso parezca el último bastión del enfoque previo a la responsabilidad subjetiva, preservado para una categoría particular de víctimas, la aristocracia terrateniente. Ver *Fletcher v. Rylands*, 3 H. & C. 774, 159 Eng. Rep. 737 (1865), *revocado*, L.R. 1 Ex. 265 (1866), *confirmado*, L.R. 3 H.L. 330 (1868). Sólo en retrospectiva podemos decir que el tiempo demostraría que el enfoque de Blackburn sería más importante que el del Barón Bramwell o el de Lord Cairn.

Signos más claros de cambio pueden ser vistos en algunas leyes que tratan sobre la responsabilidad por incendios de los ferrocarriles. Ver, por ejemplo, CONN. GEN. STAT. § 16-177 (1975), promulgada en 1875 (según la cual el daño es suficiente para establecer *prima facie* un caso de negligencia), seguida por CONN. GEN. STAT. § 16-175 (1975), promulgada en 1881 (según la cual la negligencia ya no es más necesaria para la existencia de responsabilidad), y confirmado contra un cuestionamiento constitucional en *Grissell v. Housatonic R.R. Co.*, 54 Conn. 447, 9 A. 137 (1886).

había comenzado a cambiar aun antes de haber alcanzado su punto más alto. Hoy, uno podría plantear las mismas proposiciones sustituyendo por completo víctimas por victimarios y victimarios por víctimas, y acercarse a la manera en que la mayoría de los comentaristas y muchos tribunales describirían al derecho de la responsabilidad civil extracontractual.

Dada esta historia reciente, sería imprudente predecir cómo se desarrollará en el próximo siglo la curiosa mezcla del deseo por reducir las lesiones y por favorecer ciertas categorías de riqueza que llamamos derecho de la responsabilidad extracontractual, y que rápidamente describimos en el lenguaje de la justicia.⁵ Demasiado depende de la estructura industrial de la sociedad.⁶ Y cómo será esta estructura en los próximos cien años es algo que con gusto, aunque no con absoluta confianza, dejo a los economistas. Sin embargo, aun si uno se abstuviera de intentar encarar este interrogante sumamente intrigante, se negara a tratar de dilucidar quién y en qué áreas soportará las pérdidas inevitables y, por lo tanto, el incentivo y la carga de evitar la mayoría de las pérdidas evitables, algo todavía puede decirse en relación con el derecho de la responsabilidad civil extracontractual y el próximo siglo.

El derecho de la responsabilidad civil extracontractual, y más particularmente la regla de responsabilidad, es, según sostengo, el derecho paradigmático de la sociedad mixta. La comunidad política *laissez faire*, puramente “liberal” prefiere los contratos; el Estado verdaderamente colectivo la sanción penal; el derecho de la responsabilidad

5. Este no es el lugar para profundizar en la relación entre la eficiencia y los objetivos distributivos y la justicia. El hecho de que los resultados que pueden ser analizados con algún éxito en términos de eficiencia y efecto distributivo, sean comúnmente, y en ocasiones muy apropiadamente, descriptos por los tribunales y los comentaristas en términos de justicia, es un lugar común. En ocasiones el uso del lenguaje propio de la justicia puede ser útil (para una breve explicación ver Calabresi, “Concerning Cause and the Law of Torts”, *supra* nota 2, págs. 105-108). En otros casos el uso del lenguaje propio de la justicia puede servir sólo para confundir; un ejemplo particularmente flagrante es *Ives v. South Buffalo Ry.*, 201 N.Y. 271, 94 N.E. 431 (1911).

Entre los más recientes intentos por explicar el derecho de la responsabilidad civil extracontractual en términos del lenguaje propio de la justicia, los más interesantes incluyen a Epstein, “Intentional Harms”, 4 *J. LEGAL STUD.* 391 (1975); Epstein, “Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability”, 3 *J. LEGAL STUD.* 165 (1974); Epstein, “A Theory of Strict Liability”, 2 *J. LEGAL STUD.* 151 (1973); Epstein, “Pleadings and Presumptions”, 40 *U. CHI. L. REV.* 556 (1973); Fletcher, “Fairness and Utility in Tort Theory”, 85 *HARV. L. REV.* 537 (1972).

6. En una sociedad donde los sindicatos no existen o son pequeños y desorganizados, cargar los costos de los accidentes industriales sobre el empleador-dañador, más que sobre el empleado-víctima, probablemente lleve a un mayor reconocimiento de los costos de los accidentes y a mayores incentivos para su evitación. (Es menos probable que el trabajador sepa y evalúe el riesgo, a que lo haga el empleador, para quien esos daños son una estadística.) En una sociedad en donde tanto los sindicatos como los empleadores tienen suficiente dimensión como para tratar a los accidentes industriales como un riesgo estadísticamente “conocido”, la asignación legal de la carga del costo de los accidentes es improbable que tenga gran significancia. (Será renegociado por las partes ya sea abiertamente o por medio de cambios en las tasas salariales.) En una sociedad en donde los sindicatos son grandes y los empleadores pequeños y dispersos, la asignación de las pérdidas iniciales sobre los empleados sindicalizados probablemente resultará en mayores incentivos de seguridad, al menos cuando no exista el seguro obligatorio de empleadores. (Es menos probable que los empleadores conozcan el alcance preciso del riesgo, a que lo hagan los sindicatos; muchos podrían elegir “apostar a él” y someterse al mismo.)

civil extracontractual yace en el medio. El hecho de que el derecho de la responsabilidad civil extracontractual haya estado siempre presente y haya sido significativo, y de que lo sea hoy incluso en las llamadas “democracias del pueblo”, es testimonio de que los sistemas puramente “liberales” y puramente colectivos existen únicamente en la mente de los teóricos y los ideólogos. El mundo es más sabio. El hecho de que el rol del derecho de la responsabilidad civil extracontractual haya cambiado da cuenta de que no todas las mezclas son iguales, y de que las elecciones atomísticas individuales dominan la combinación en determinados momentos y lugares, mientras que en otros son las decisiones colectivas las que lo hacen.

¿Por qué digo que el derecho de la responsabilidad civil extracontractual es el derecho de la sociedad mixta? Tomémonos algunos minutos para examinar cómo serían encaradas las lesiones por parte de Estados ideológicamente puros. Ello nos ayudará a ver por qué el abordaje de la responsabilidad civil extracontractual es, de mínima, el compromiso que debe asumir el ideólogo con la realidad, y, de máxima, la elección preferida por parte de los ideológicamente escépticos y de aquellos cuya ideología es el escepticismo.

Una sociedad puramente colectivista encararía cada situación o actividad con potencial para causar daños, de una manera que no dejara espacio al derecho de la responsabilidad civil extracontractual. Existiría una determinación acerca de si un acto o actividad particular, llevada a cabo en un determinado momento, de una determinada manera y por determinadas personas, es muy peligrosa como para ser permitida, o, alternativamente, si es deseable a pesar de sus riesgos. Si un acto fuera considerado muy peligroso, sería prohibido y se impondría una sanción suficientemente severa cuando tuviera lugar como para disuadirlo, independientemente de si en esas circunstancias específicas existiera un “daño” a las víctimas. El acto (podría ser la conducción de vehículos por parte de personas menores de cierta edad, simplemente la conducción, o aquella entre determinadas horas) sería considerado ilícito y consecuentemente castigado por el derecho penal. Si, en cambio, el acto no fuera considerado ilegal, incluso si ocurrieran daños, no existiría razón en hacer cargar con ellos a quien cometiera la acción (sea el victimario o la víctima). Desde un punto de vista colectivista y social, el acto fue considerado digno de llevarse a cabo a pesar de los riesgos que implicaba, y los daños, si existieran, tanto como los beneficios, serían asimilados por la sociedad.⁷ Si fuera consistente, es decir, ideológicamente pura, la sociedad colectivista ajena al mercado manejaría los daños colectivamente. Estos, como todos los males que pudieran ocurrirle a uno, serían asegurados socialmente y pagados por las arcas generales del Estado.

7. Un “acto”, de acuerdo a como estoy utilizando el término, es simplemente una subcategoría de una “actividad”. Por tal motivo una decisión colectiva para disuadir una actividad sólo hasta “cierto punto” o cuando sea llevada a cabo por “cierta gente” o de “ciertas maneras”, puede ser descripta como una decisión para desalentar ciertos actos por completo.

No tiene importancia, para estos propósitos, la estructura gubernamental de la sociedad colectivista. Podría ser democrática y estar gobernada por individuos electos que pueden ser del mismo modo separados si no decidieran de acuerdo con los deseos populares. Podría ser dictatorial, ya sea una dictadura del proletariado o de otro tipo. Lo que es crucial es que se espera que quienes toman decisiones -como sea que fuesen elegidos- decidan por el común de la población qué riesgos vale la pena asumir y qué otros no.

Una sociedad semejante manejaría las actividades empresariales análogamente. Nadie podría abrir una fábrica de calzado, bajo pena de ley, a menos que esa fábrica fuera considerada colectivamente deseable, en cuyo caso la apertura de dicha fábrica sería exigida. Si resultaran perjuicios para alguna de las inversiones efectuadas previamente, o si se descubriera que la fábrica de zapatos fue un error, ello sería un problema del Estado. Inversamente, si la fábrica fuera igual o más beneficiosa de lo esperado, el beneficio también sería del Estado. La asunción de riesgos existiría (porque la sociedad colectiva no puede eliminar el riesgo, como tampoco puede hacerlo la sociedad atomística liberal), pero los beneficios y los daños –las ganancias y las pérdidas– de asumirlos los capitalizaría el Estado, para ser divididos entre los ciudadanos de acuerdo con la noción que en él prevalezca sobre la justicia en la distribución de la riqueza.

Lo que consideramos la jurisdicción propia del derecho de la responsabilidad civil extracontractual, las actividades que causan daños, no son más que una clase de asunción de riesgos y serían manejadas de la misma manera. En consecuencia, los comportamientos riesgosos o bien serían prohibidos y quedarían sujetos a sanciones del derecho penal, o serían exigidos y asegurados socialmente. En cualquier caso, las reglas de responsabilidad civil y la compensación por daños no tendrían lugar.

Pasaré por alto por el momento que una sociedad puramente colectivista como esa resulta impracticable (y para mi modo de pensar, también extremadamente indeseable). Lo mismo es cierto de su opuesto, la sociedad puramente atomística o de mercado, a la que me gustaría echar un vistazo ahora.

La sociedad atomística de mercado establecería puntos de partida, “derechos”, basados en su visión sobre cuál es la distribución deseable de la riqueza y en sus presuposiciones acerca de cuáles puntos de partida podrían hacer menos costosos los contratos y las transacciones. Una vez que estos puntos de partida hubieran sido establecidos, la sociedad no *prohibiría* nada excepto lo que llamaré comportamiento no contractual. Es decir, *prohibiría* la apropiación de los derechos de cualquier otra persona; permitiría, incluso *forzaría*, todas las transferencias consensuales de derechos, y, a excepción de (a) la determinación de estos puntos de partida (inevitablemente colectivos), (b) la exigencia de acuerdos entre las partes como precondition para la transferencia de derechos, y (c) la ejecutabilidad de todos los contratos que representan dichos acuerdos, el Estado no jugaría ningún papel.⁸

8. He dicho en otra parte que la sociedad de mercado (independientemente de consideraciones distributivas) establecería los derechos iniciales de tal modo de colocar la carga de los accidentes en aquella actividad que puede evitarlos de manera más económica. Ver, por ejemplo, G. Calabresi, *The Costs of Accidents*, *supra* nota 3; Calabresi y Melamed, *supra* nota 3. Dicha afirmación podría parecer ser inconsistente con la realizada aquí. Pero no lo es, pues incluida dentro de la definición del evitador más económico* estaba la habilidad para negociar económicamente e, implícitamente, la de establecer contratos que pueden ser económicamente ejecutados. A la inversa, la colocación de la carga inicial sobre la parte que podría, *literalmente*, evitar el daño de manera más económica, impondría también aquella adjudicación que haría más económicos a los contratos y transacciones. Pues tal adjudicación obviaría la necesidad de *cualquier* transacción o contrato en relación a ese riesgo, y de tal modo reduciría esos costos a cero. Sin embargo, donde exista suficiente incertidumbre acerca de la identidad del evitador más económico de costos, la parte que aparezca como más capaz de alterar económicamente su comportamiento, puede no ser la parte que parezca más capaz de negociar económicamente. En tales casos una decisión debe tomarse, a partir de los hechos particulares, respecto de cuál de esas habilidades ofrece más probabilidades de reducir la suma de los costos de los accidentes y de los costos de su prevención.

Los “derechos” establecerían quién soportaría un daño si ocurriera, es decir, quiénes serían los portadores del riesgo inicial. Los comportamientos riesgosos serían entonces manejados de una de dos maneras. Si el daño recae sobre la parte a quien el punto de partida había cargado con el riesgo inicial de soportarlo, allí permanecería, a menos que una “indemnidad” o “seguro” hubiera sido convenido con otra parte, quien voluntariamente, y presumiblemente por un precio, se habría comprometido a asumir el riesgo. (Dichos contratos, por supuesto, no serían obligatorios.) Si en cambio el daño recayera inicialmente en una parte que *no* hubiera sido cargada originalmente con el riesgo, la otra parte estaría obligada a pagar los daños. Pero éstos no serían determinados colectivamente; se arribaría a ellos contractualmente. Al portador del riesgo original sólo se le permitiría incursionar en la actividad peligrosa si hubiera o bien adquirido de la víctima el derecho a infligir la pérdida (un acuerdo exculpatorio de responsabilidad), acordado con la víctima de antemano la compensación a pagar si ocurriesen daños (esquema contractual de compensación), o acordado con ella un procedimiento para determinar, luego del evento, la compensación a pagar (acuerdo de arbitraje).⁹ Tales contratos serían obligatorios (una condición que sería exigida penalmente), pues sólo a través de ellos la sociedad atomística de mercado podría

Los defensores de una sociedad de mercado pura frecuentemente describen a los puntos de partida determinados colectivamente, como basados en una serie de determinaciones esencialmente utilitarias. Sin embargo, estos son juicios *colectivos* de utilidad. Irónicamente, una vez que tales determinaciones utilitarias colectivas han sido alcanzadas, la ideología del mercado puro sólo admite cambios basados en juicios de utilidad atomísticos, libertarios-contractuales, esto es, sólo las transacciones de libre mercado son medios permisibles para alcanzar mejoras de utilidad. Ver notas 10 y 11 *infra*. Ver también Demsetz, “Toward a Theory of Property Rights”, 57 AM. ECON. REV. 347 (1967).

• N. del T.: *cheapest cost avoider en el original, lo que en el contexto del artículo y de la obra del autor significa más que la literal traducción de la expresión. La misma se relaciona con una parte esencial de la concepción económica desarrollada por Calabresi, de acuerdo a la cual, inicialmente, y salvo que entren en juego otro tipo de consideraciones (de justicia por ejemplo), debe escogerse entre el agente y la víctima para cargar con el costo de los daños, a aquél que podía evitarlo de modo más económico considerando por un lado el costo de las precauciones y por el otro el costo del daño descontado por las probabilidades de que ocurriera.*

9. La analogía con las indemnizaciones tarifadas por incumplimiento pactadas contractualmente [*liquidated damages*] y con la resolución de las disputas comerciales a través de arbitraje es obvia e intencionada. Desde este punto de vista, las limitaciones impuestas por el derecho contractual en ciertas jurisdicciones sobre los *liquidated damages* y los acuerdos arbitrales “en derogación de la ley”, son desviaciones del ideal del mercado puro. Ellas, como todas las restricciones a la capacidad legal de una de las partes para tomar riesgos por contrato, tienen sabor a responsabilidad civil extracontractual y representan incursiones de la “sociedad mixta” en la ciudadela misma del mercado. La expansión de antiguas, y proliferación de nuevas, limitaciones en la capacidad de contratar (ya sea porque el resultado violaría el orden público, porque sería *unconscionable** o lo que fuese) son parte del ascendente que tiene el enfoque a partir de reglas de responsabilidad -responsabilidad extracontractual- que estoy describiendo en este artículo. No deseo, sin embargo, que se interprete que sugiero que el *derecho* contractual nunca representó la ideología de mercado puro. La acción de cumplimiento específico y las promesas unilateralmente vinculantes [*promissory estoppel*] son sólo dos ejemplos de doctrinas contractuales cuya relación con la ideología del mercado puro es cuanto mucho incierta. Dado que el derecho contractual no fue tan frágil como los ideólogos de mercado hubieran sostenido que era, es que ha sido capaz de sobrevivir a la declinación de esa ideología. Ver también notas 17 y 24 *infra*.

asegurar la existencia de un intercambio benéfico del riesgo dentro de las reglas de su ideología.¹⁰

La sola proposición de alguno de los dos “enfoques puros” implica ya desechar la posibilidad de usarlos *universalmente*. ¿Puede una sociedad, por más colectivista que sea, establecer en la *práctica* que todos y cada uno de los actos de las personas son indeseables, y por ende prohibirlos, o loables, y por tanto exigirlos? Sería manifiestamente imposible. A la inversa, ¿puede alguna sociedad exigir que antes de que una persona se involucre en un acto, acuerde con todas las víctimas potenciales del mismo? Uno sólo debe pensar en la situación del automovilista buscando y pactando con todas sus posibles víctimas para reconocer la imposibilidad de este enfoque. Por supuesto, si las víctimas fueran elegidas inicialmente para cargar con *todos* los riesgos, el atomismo total sería posible. Tal punto de partida –en esencia, que el poder define los derechos iniciales- no sería

• *N. del T.:* aunque ninguna de estas expresiones describe perfectamente la doctrina de la unconscionability, unconscionable podría traducirse como carente de causa, abusivo o leonino.

10. La ideología de la sociedad de mercado presupone la noción de que, cuando no existe consenso unánime de la sociedad al respecto, una mejora desde cualquier punto de partida dado sólo puede existir cuando un individuo o grupo acuerda libremente un cambio con otro individuo o grupo. Este tipo de acuerdos conduce a lo que se denomina una posición Pareto-superior, y las partes por definición están mejor luego de ello; por definición, ya que la ideología de mercado puro tiene como premisa que los individuos siempre saben por ellos mismos mejor que nadie lo que desean y lo que mejorará su condición. No hay necesidad de adentrarse en las múltiples limitaciones prácticas y teóricas de este enfoque, muchas de ellas aceptadas por fuertes defensores del libre mercado. Es suficiente para nosotros aquí con que notemos que a menos que las partes acuerden *antes del accidente* la compensación a ser pagada por cargar con las pérdidas o con los riesgos, en derogación de la asignación inicial de derechos, no existirá el libre intercambio de derechos que exige la ideología de mercado. La determinación colectiva de la pérdida, es decir, la compensación por daños de la acción de responsabilidad extracontractual, o para el caso la compensación por expropiación, no constituyen un acuerdo entre las partes para comprar o vender un derecho por el precio de su elección. Como tales, ellos pueden compensar de más o de menos y por tanto no dejan necesariamente a ambas partes (que, se continúa suponiendo, saben más que nadie lo que les conviene) mejor que antes. Habrá algunos que pierdan (por ejemplo, aquellos que no hubiesen vendido al precio de expropiación) y el cambio no puede mostrarse como una modificación Pareto-superior. A diferencia de la “compensación legal”, un acuerdo (antes de un accidente) sobre el procedimiento a ser usado para determinar los daños (después de un accidente) cumple con los requisitos de la ideología de mercado. Una vez más, dado que las partes “sabían lo que era mejor para ellas” cuando aceptaron el procedimiento, a través del mismo ellas por definición son compensadas de modo integral. Puede comparárselo con una venta de un bien hecha libremente a un precio que se determinará posteriormente por un experto elegido por las partes.

Cualquier intento (a través de la “teoría del contrato social” o presumiendo consentimiento) de convertir la determinación *estatal* de los daños en las acciones de responsabilidad extracontractual en tal “procedimiento acordado”, puede ser excesivo sin embargo. El mismo “consentimiento” puede deducirse de *cualquier* acción del Estado, y la superioridad Pareto puede ser afirmada para *cualquier* decisión colectiva hecha por el Estado. El término, a tal punto, pierde todo significado y... utilidad. Ver en general, J. Buchanan, *The Limits of Liberty* (1975); J. Buchanan y G. Tullock, *The Calculus of Consent: Legal Foundations of Constitutional Democracy* (1962); Buchanan, “Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy”, 2 *J. LAW & ECON.* 124 (1959).

Todo esto enfatiza la muy frecuentemente ignorada diferencia entre una ideología utilitaria pura y una ideología libertaria-contractual pura. La primera no tendría problemas con cambios determinados colectivamente en las asignaciones de derechos iniciales y, *a fortiori*, con la determinación colectiva de compensaciones, siempre y cuando todo indique que los ganadores de dicho sistema ganan más de lo que pierden los perdedores del mismo. La segunda rechazaría dichos cambios a menos que las ganancias, las pérdidas y las compensaciones, fueran evidenciadas a través de transacciones de mercado libremente establecidas. Ver nota 8 *supra*.

imposible *desde el punto de vista lógico*. Pero lo cierto es que ninguna sociedad *laissez faire* atomística puede tolerarlo. Cargar todos los riesgos sobre las víctimas no evitaría los daños de manera económica (no sería eficiente) ni resultaría en una distribución de la riqueza aceptable (no sería justo). En su máxima expresión, no garantizaría la propiedad ni la integridad física. Aquellos que hoy llamamos ladrones, asesinos o violadores podrían robar o lastimar a su gusto. Las víctimas sólo podrían estar seguras comprando protección. No, la sociedad de mercado no puede ser indiferente respecto de quién carga con el riesgo inicial de ser dañado por el comportamiento de otros. Tanto por razones de eficiencia como de distribución –por no decir de justicia–, la adjudicación de los derechos iniciales le importa, y le importa aun cuando no sean factibles los pactos previos a que ocurran las lesiones; por lo tanto, la sociedad de mercado en su forma “pura” no puede existir, como tampoco puede hacerlo su opuesto, la sociedad puramente colectiva.¹¹

Pero si describir los dos enfoques puros significa negar la posibilidad de su aplicación universal, también implica reconocer que ellos son muy frecuentemente utilizados por parte de todas las sociedades en sus formas puras, para lidiar con problemas particulares o porciones de ellos. Incluso una mirada superficial a situaciones tradicionalmente cercanas al derecho de la responsabilidad civil extracontractual en las que cierto comportamiento se encuentra prohibido (la conducción por parte de menores) o, dado que es lo mismo, es exigido (conducir con luces luego de que oscurece), demuestra que los enfoques colectivos siempre han tenido su lugar. Cuando uno se mueve hacia las áreas que tradicionalmente han sido “penales”, el espectro de los controles colectivos, claro está, se amplía aun más. De manera opuesta, incluso en áreas tradicionales de la responsabilidad civil extracontractual, siempre ha habido lugar para los contratos que desplazan el riesgo hacia la parte que inicialmente se encontraba protegida de él. Y, nuevamente, mientras uno va alejándose de las áreas tradicionales de la

11. La tensión entre las bases utilitarias del pensamiento de libre mercado (ya sean colectivas o no) y las aspiraciones libertario-contractuales de esa ideología son en todos los casos raramente reconocidas explícitamente. *Pero ver* J. Buchanan, nota 10 *supra*.

En ausencia de lo que el Profesor Coase llamó costos de transacción, cualquier asignación inicial es tan eficiente como cualquier otra. Pero los costos de transacción (de acuerdo a como el término es utilizado por Coase, significando *cualquier impedimento para negociar*, incluyendo falta de información y conocimiento) sólo se encuentran ausentes (como la fricción) en los modelos teóricos. La pregunta inevitablemente es entonces cuán importante es, en cualquier situación dada, “la fricción”. Donde los impedimentos para negociar (costos de transacción) son significativos, la asignación inicial de derechos puede ser crucial en términos de eficiencia. *Ver* Calabresi, “Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules”, 11 *J. LAW & ECON.* 67 (1968); Calabresi y Melamed, nota 3 *supra*; Coase, “The Problem of Social Cost”, 3 *J. LAW & ECON.* 1 (1960). Y una sociedad *laissez-faire* sabe esto tan bien como cualquier otra. En efecto, los fundamentos de *eficiencia* de la preferencia del siglo diecinueve por que la carga de la pérdida cayese sobre la víctima, yace precisamente en la existencia de costos de transacción. Los agentes no podían buscar y contratar con todas las posibles víctimas. Cuando, no obstante, la evitación del daño por parte del agente parecía *de manera patente* ser más económica, la eficiencia, dada la presencia de costos de transacción, requería que la carga inicial recayera sobre ellos. Un simple “siempre deja que las pérdidas recaigan sobre las víctimas” era, por lo tanto, inaceptable para estos utilitaristas del libre mercado del siglo diecinueve y por ello existían muchos casos donde se determinaba responsabilidad por lesiones causadas con culpa. *Ver también* Demsetz, “When Does the Rule of Liability Matter”, 1 *J. LEGAL STUD.* 13 (1972); Stigler, “The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars”, 1 *J. LEGAL STUD.* 1 (1972); notas 8 y 10 *supra*.

responsabilidad civil extracontractual hacia aquellas que pensamos son regidas por el derecho de contratos o de la compraventa, puede ver cuán frecuentemente se utiliza el enfoque atomístico puro. Robar (un comportamiento ajeno a los acuerdos) se encuentra prohibido, pero por medio de un contrato la misma situación puede convertirse en una venta válida.¹²

Podemos concluir que los sistemas legales utilizan generalmente enfoques mixtos colectivos y atomísticos. Asimismo, podemos ver que hasta la mezcla más simple involucra el uso de ambos enfoques puros pero limitando su alcance. Algunos actos son prohibidos o exigidos, un hecho que ni los acuerdos contractuales ni el pago de daños y perjuicios modificará. Otros actos son permitidos sin sanción *pero sólo si* un comportamiento contractual precede a la acción o la ratifica luego del evento.

Sin embargo, esta simple mezcla no es suficiente. Con demasiada frecuencia ninguno de los enfoques puros resulta aceptable. El enfoque atomístico es rechazado por una de dos razones:

- a) el comportamiento contractual es demasiado costoso para ser exigido con carácter previo a la acción;¹³ o
- b) la sociedad no confía en que las partes contratarán en su mejor interés.¹⁴

Pero el enfoque colectivo también es rechazado por cualquiera de las siguientes razones análogas:

- a) es demasiado costoso decidir colectivamente sobre todos los comportamientos, y poner en ejecución controles respecto de todos ellos; o

12. Decir que conductas no contractuales ilegítimas pueden validarse a través de un contrato o una venta no implica decir que una sociedad deba siempre permitir todos los contratos. La violación, mediando contrato, puede convertirse en prostitución, lo que resulta algo muy diferente, aunque no necesariamente legal. Un homicidio no puede tornarse legal a través del consentimiento de la víctima. Todas esas restricciones a los contratos son, de alguna manera, límites sobre la sociedad de mercado "pura", pese a que muchos de ellos fueron reconocidos incluso en los días de gloria de esa ideología. Algunas restricciones a la alienación pueden de hecho explicarse en términos que, en general, son consistentes con mercados "puros" en el mundo "real". Sin embargo, cuando dichas restricciones se vuelven más extendidas, las explicaciones ajenas a las ideologías de mercado se vuelven más plausibles. Ver Calabresi y Melamed, *supra* nota 3.

13. Siempre que la responsabilidad inicial del ofensor resulta apropiada, y que encontrar a y contratar con todas las posibles víctimas es imposible, existe un claro supuesto de esta primera razón. Conducir negligentemente es el ejemplo clásico. En tal caso, hacer cargar a los agentes con los daños fue considerado apropiado de manera generalizada; los arreglos contractuales *ex ante* con las posibles víctimas resultaban prohibitivos; la responsabilidad extracontractual basada en la culpa fue la conclusión. Un ejemplo de algún modo más complejo de la primera razón, es el caso en que la conducta contractual daña a "terceras" partes con las cuales no son posibles arreglos contractuales.

14. Esta segunda razón puede estar presente porque las partes no tienen el conocimiento adecuado para contratar en su interés. Y hacer que ese conocimiento esté disponible de una manera *efectiva* puede no ser considerado factible o puede ser prohibitivamente caro. Para una discusión sobre lo que son una alerta o exención de responsabilidad *adecuadas*, incluso en situaciones contractuales como las involucradas en casos de responsabilidad de productos elaborados, ver *Sills v. Massey-Ferguson, Inc.*, 296 F. Supp. 776 (N.D. Ind. 1969); *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960).

Puede también estar presente porque la sociedad cree que las partes, aún estando informadas, no decidirán lo mejor para sus intereses dado que son incapaces debido a su edad, pobreza, falta de educación, o cualquier otra "limitación" que parezca crucial para aquella sociedad ya no tan puramente individualista.

- b) la sociedad no está lo suficientemente segura acerca de lo deseable de la conducta para o bien permitirla o bien prohibirla.

Cuando *alguna* de las razones para rechazar los controles del mercado puro se une con *alguna* de las razones para rechazar los controles colectivos, puede encontrarse el enfoque de la responsabilidad civil extracontractual en una de sus tantas formas.

Tenga en cuenta que cada uno de los conjunto de razones para rechazar un enfoque puro contiene una base *ideológica* (falta de fe en la capacidad para lograr los resultados deseados del contrato atomístico o de la decisión colectiva) y una razón *práctica* (el comportamiento contractual es costoso, pero también lo son las decisiones colectivas). Obviamente, cuanto más *ideológicamente* pura sea una sociedad, más empleará las acciones de responsabilidad civil extracontractual *sólo* cuando no sea factible usar su sistema “puro” preferido, esto es, cuando sea muy costoso. El siglo diecinueve tendió a utilizar el derecho de la responsabilidad civil extracontractual sólo cuando era manifiestamente ineficiente o intolerable a nivel distributivo dejar que los daños recayeran sobre las víctimas, y cuando exigir a los potenciales autores de un daño el deber de contratar con las víctimas antes de actuar, era demandar lo imposible y excluía actividades potencialmente deseables. El escepticismo respecto de la capacidad de las personas de contratar en su mejor interés fue sólo en raras ocasiones una base para el derecho de la responsabilidad civil extracontractual. A la inversa, una sociedad verdaderamente colectiva utiliza la responsabilidad civil extracontractual sólo cuando desea liberarse de los *costos* de decidir la conveniencia de cada acción mínima, y no porque desee dejar que las personas decidan, en algún grado, si vale la pena que una acción sea llevada a cabo. La sociedad ideológicamente escéptica, en cambio, utilizará la responsabilidad civil extracontractual incluso cuando los enfoques puros sean factibles, precisamente porque es escéptica acerca de la conveniencia tanto de la conducta contractual como de las decisiones colectivas en sus formas puras.

¿Qué es, entonces, esa mezcla que he estado llamando derecho de la responsabilidad civil extracontractual [*torts*] y que en Europa se denomina más felizmente “responsabilidad civil”? *Su esencia es la regla de la responsabilidad*, la que en sí misma combina decisiones individuales y colectivas. Los comportamientos no son colectivamente prohibidos por el sólo hecho de ser riesgosos, o en su caso exigidos más allá de sus riesgos. Los individuos son libres de elegir, pero su elección implica responder a través de las reglas de la responsabilidad civil, esto es, el pago de los daños determinados *colectivamente* para el caso en que ocurriera un mal.¹⁵ Por su

15. La conducta puede también ser prohibida penalmente, como es el caso en muchas situaciones de negligencia en la conducción de automotores, pero esa porción adicional de intervención colectiva no viene al caso para el propósito de este artículo. En la medida en que la responsabilidad civil exista, el demandante debe tomar en cuenta ese posible pago (determinado colectivamente) al momento de decidir si vale la pena asumir la conducta. Pareciera que los daños en los casos contractuales también son determinados colectivamente. Pero si las partes del contrato han tenido la opción, al momento en que el contrato fue realizado, de acordar daños tarifados o el arbitraje del diferendo, y no lo han hecho, entonces los daños determinados judicialmente serían completamente consistentes con la ideología libertaria. Ver nota 10 *supra*. Si sin embargo se encontrara prohibido acordar sobre el arbitraje y los daños tarifados, el enfoque sería más cercano al de la mixtura ideológica que estoy describiendo aquí. Ver nota 9 *supra* y nota 17 *infra*.

lado, no se exige que se adquiera el derecho a dañar de aquellos que tienen derecho a no ser dañados.¹⁶ Su lugar lo toma, nuevamente, el pago de compensaciones determinadas colectivamente a aquellos que han sufrido un daño.

La ideología que subyace al uso de las reglas de responsabilidad es una ideología mixta. La parte con derecho a no ser dañada no es compensada en el grado o de la manera que hubiera elegido. No ha vendido su derecho por un precio que la satisfaga; éste le fue tomado y a cambio se le ha dado una compensación por los daños sufridos, que podrían ser mayores o menores de lo que ella hubiera negociado, pero que son, en cualquier caso, decididos colectivamente.¹⁷ A la inversa, las decisiones sobre la conveniencia de participar en actividades riesgosas no son tomadas colectivamente. Se deja tales decisiones a los individuos, quienes, presumiblemente, tomarán en cuenta los costos de los daños que podrían tener que pagar o soportar si ocurriera algún perjuicio.¹⁸

16. Como regla general, no se encuentra prohibido. Existen los acuerdos exculpativos de responsabilidad así como los acuerdos según los cuales los daños -si ocurrieran- son dejados a la determinación de árbitros elegidos por las partes. Tal "comportamiento contractual", sin embargo, aún si fuera permitido, no es un pre-requisito para actuar.

17. El derecho de la responsabilidad civil extracontractual es sólo un supuesto de esta mixtura ideológica; es sólo un área en la cual se usan lo que yo llamo reglas de responsabilidad. El derecho de expropiación es otra, pues en dicho área también la transferencia de un derecho es impuesta a un precio que no es negociado por las partes. Muy análogas también son las prohibiciones sobre determinados medios de evaluar los daños acordados por las partes. De tal modo, desde el punto de vista de este artículo, las restricciones en el uso de cláusulas de daños tarifados y acuerdos de arbitraje, son ejemplos del mismo enfoque mixto del que la responsabilidad civil extracontractual es mi paradigma. Yendo un poco más allá, pero aún cerca, se encuentra la inejecutabilidad de ciertos contratos por ser "contrarios al orden público" o "abusivos" ["unconscionable"]. Lo análogo aquí sería, por supuesto, la invalidez de ciertos acuerdos de irresponsabilidad o indemnizatorios, y la "insuficiencia" de ciertas advertencias en el derecho de la responsabilidad extracontractual. En todos estos supuestos una determinación colectiva substituye el "acuerdo" de las partes. Pero al mismo tiempo en estos supuestos, la determinación colectiva tampoco abarca todo el terreno; ella deja un espacio sustancial para las decisiones individuales y para el juego de los incentivos. Ver *en general* Calabresi y Melamed, *supra* nota 3.

18. Uno podría, claro, mirar al derecho penal y a las sanciones penales análogamente. Desde este punto de vista la pena es el precio que el criminal es libre de arriesgar y, si es detectado, pagar, a fin de participar en la conducta delictiva. Aquellos que han visto al derecho penal de esta manera se ven, comprensiblemente, llevados a dar el siguiente paso; tratando de convertir ese área del derecho en una mixtura del tipo de la propia de la responsabilidad extracontractual, frecuentemente favorecen las multas o la compensación de la víctima a las sanciones penales más tradicionales. Ver, por ejemplo, Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", 76 *J. POL. ECON.* 169 (1968); Del Vecchio, "Equality and Inequality in Relation to Justice", 11 *NAT. L.F.* 36, 43-45 (1966). Ver también R. Posner, *Economic Analysis of Law*, págs. 66-69, 357-73 (1972).

Pero este enfoque, a mi modo de entender, pasa por alto el juicio social que involucra el derecho penal. Dejando de lado áreas ambiguas como las multas por mal estacionamiento y otras violaciones "administrativas" (que de hecho son normalmente sujetas sólo a multas), la intención social en el derecho penal no es permitir a los individuos elegir si vale la pena o no cometer el delito. El objeto, si bien nunca totalmente ejecutable, es evitar que el crimen ocurra, sin importar el deseo del criminal de cometerlo, dado que hubo sido tomada una decisión colectiva según la cual el comportamiento criminal no resulta valioso más allá del deseo individual de llevarlo a cabo.

Esta determinación colectiva es fácilmente reconciliable con una ideología de mercado cuando las negociaciones entre la víctima y el criminal son eminentemente factibles. En efecto, la *criminalidad* en tales casos puede verse como consistiendo simplemente en la negativa deliberada por parte del criminal de intentar la vía contractual antes de actuar. El hurto es el caso más obvio; las sanciones penales son impuestas con el fin de exigir una venta negociada en lugar de una *toma* a un "precio-sanción" determinado colectivamente

Así como son ideológicamente mixtas, las reglas de responsabilidad también son profundamente prácticas. Permiten que ciertas acciones se lleven a cabo cuando una conducta contractual previa al daño no es factible. La compensación luego del daño reemplaza a esos acuerdos inviables. Y permite el control de comportamientos que sólo podrían ser gobernados colectivamente a un costo demasiado alto. A través de la variación de la magnitud de la indemnización por daños conforme a las diversas circunstancias involucradas, quienes toman las decisiones colectivas pueden llegar muy lejos en la persecución de sus visiones, sin tener que incursionar en la minucia de los controles, algo que no merecería el esfuerzo.

Nos encontramos ahora, finalmente, en una posición que nos permite hablar brevemente del futuro del derecho de la responsabilidad civil extracontractual; acerca de los próximos cien años. Ese futuro depende, fundamentalmente, del grado en que nuestra sociedad sea relativamente pura en términos ideológicos, y utilice la responsabilidad civil extracontractual principalmente por necesidad (como hace cien años), o continúe siendo ideológicamente escéptica (como lo es ahora), y opte por la regla de responsabilidad incluso cuando la conducta contractual o las prohibiciones colectivas sean eminentemente factibles.

La responsabilidad civil extracontractual, o la regla de responsabilidad, se utiliza corrientemente en muchas áreas que reflejan el escepticismo ideológico predominante. El escepticismo respecto del colectivismo puro –aun donde las decisiones colectivas son

(como Becker lo consideraría). La violación, cuando la prostitución es permitida o tolerada en la práctica, es otro de los casos. Ideológicamente, las sanciones penales tradicionales en estas áreas pueden ser justificadas para proteger la integridad de una sociedad de mercado y son totalmente consistentes con ella.

Por momentos, sin embargo, la naturaleza colectiva de la decisión de prohibir comportamientos es más básica. Las sanciones penales son utilizadas para prohibir el comportamiento consensual (el hecho de que la víctima estuviese dispuesta no exonera al homicida), o se usan donde las negociaciones no son factibles (donde un puro partidario del mercado aceptaría una regla de responsabilidad, pero no una sanción penal, como la necesaria segunda mejor opción). La decisión de la sociedad en estos casos es, típicamente, *ideológicamente* colectiva, dado que intenta transformar en inalienables algunos derechos a pesar del deseo de las partes inmediatamente involucradas. *Ver en general* Calabresi y Melamed, *supra* nota 3. Aquellos dedicados a los enfoques e ideologías de mercado puro, entendiblemente, son más propensos a irritarse frente al uso de sanciones penales en tales áreas. En los casos consensuales, donde las negociaciones entre todas las partes relevantes son posibles, el partidario del mercado puro aboliría todas las sanciones penales salvo aquellas necesarias para hacer valer el requisito de que dichas negociaciones se lleven a cabo. En las áreas donde las negociaciones no son factibles también despenalizaría, pero requeriría, como segunda mejor opción, que las partes lesionadas sean compensadas por los ofensores a un precio determinado colectivamente.

Si uno observa a Becker y otros como comprometidos partidarios del mercado puro, puede entender su deseo de convertir a las sanciones en estas últimas áreas del derecho penal, en sanciones del tipo de las propias del derecho de la responsabilidad extracontractual y la regla de responsabilidad. (Uno no puede, sin embargo, entender su deseo de aplicar las reglas de responsabilidad a los crímenes donde las negociaciones son factibles.) Pero decir que uno puede *entender* su propósito es muy distinto a decir que ellos están en lo correcto desde el punto de vista de la sociedad. Una sociedad que ha elegido (sabiamente o no) una regla de inalienabilidad (la prohibición colectiva de una cierta conducta) ha rechazado en esa instancia a la ideología de mercado, y por ende no es probable que se la pueda convencer de aceptar sanciones propias del derecho de la responsabilidad civil extracontractual en lugar de una sanción penal tradicional, meramente porque una regla de responsabilidad serviría como la segunda mejor opción factible del mercado.

factibles— puede ser visto en todas aquellas áreas donde prevalece el estándar de la culpa. En estas áreas el derecho inicial (el derecho a actuar sin tener que soportar la carga de los daños que uno causa) es negado por el hecho de que la parte culpable actuó de una manera que fue juzgada colectivamente como indeseable; como incorrecta.¹⁹ A pesar de ello, el acto “indeseable” no se encuentra prohibido, y el derecho penal, incluso si se aplica, no se considera suficiente para controlarlo. Más bien, al actor se le da de hecho la oportunidad de poner en duda la determinación colectiva, y de decidir que actuar de ese modo culpable o tomar el riesgo de hacerlo, bien vale la compensación por daños (determinada colectivamente) que deba pagar. En otras palabras, la decisión colectiva está sometida a otra revisión, atomística o de mercado, por parte de la parte culpable.²⁰ Este escepticismo respecto de los juicios colectivos toma su forma más drástica en la aceptación del seguro por los daños causados por comportamientos culpables. El seguro es, después de todo, un comportamiento esencialmente contractual que permite al asegurado comprar el derecho a poner en riesgo de daño a aquellos que tienen derecho a estar libres de cargar con ese riesgo. El contraste con las sanciones penales que emplearía una sociedad colectiva “pura” es a la vez evidente y dramático.

Del mismo modo, en la actualidad el derecho de la responsabilidad extracontractual también refleja el escepticismo hacia el mercado puro, incluso cuando el comportamiento contractual, previo a la acción, es factible. Basta con considerar las restricciones que

19. Para el propósito del presente artículo no importa si el juicio colectivo estuvo basado exclusivamente en un cálculo de eficiencia o en bases más amplias.

El derecho inicial de actuar sin tener que soportar la carga de los daños producidos puede otorgarse tanto a la víctima como al victimario. Dejar que la pérdida quede donde cae (a menos que el agente haya actuado con culpa) es un ejemplo de asignación de tal derecho al agente. La responsabilidad objetiva del agente (a menos que la víctima fuera negligente) otorga tal derecho a la víctima. Ver Calabresi, “Optimal Deterrence and Accidents”, *supra* nota 2; Calabresi y Hirschhoff, *supra* nota 2.

20. Podemos ahora empezar a entender por qué autores como Richard Posner, devotos de una ideología de mercado, apoyan un enfoque de la responsabilidad civil extracontractual basado en la culpa. El uso de la culpa en lugar de una prohibición colectiva más amplia (es decir, el empleo de una regla de responsabilidad basada en una determinación colectiva de que el comportamiento es ilícito, en lugar de una sanción penal) pone de manifiesto un escepticismo muy profundo respecto de las decisiones colectivas, puesto que una determinación colectiva factible (en verdad, *real*) de los méritos del comportamiento individual no es ejecutada penalmente, sino que está sujeta a una revisión atomística, de mercado. Este escepticismo, si bien explica la reticencia a usar sanciones penales en vez de la culpa, *ver* nota 18 *supra*, no puede, claro, explicar por qué, en ausencia de culpa, el partidario del mercado puro prefiere la responsabilidad global de la víctima a la del agente o, más plausiblemente, a la responsabilidad objetiva en algunos casos de una de las partes y en otros a la de la otra. Esa preferencia, sin embargo, puede ser explicada también una vez que uno entiende el hecho de que las reglas de responsabilidad son una pobre segunda opción para el ideólogo puro de mercado contractualista, y que la responsabilidad de la víctima puede convertir cualquier comportamiento no contractual en innecesario. Ver texto que acompaña notas 8-11 *supra* y notas 21-22 *infra*. Tal preferencia puede, no obstante, ser muy costosa tanto desde un punto de vista de eficiencia como distributivo. Una vez más, la diferencia entre el enfoque utilitario y el libertario-contractual se torna crucial. Comparar R. POSNER, *supra* nota 18; Posner, “Strict Liability: A Comment”, 2 J. LEGAL STUD. 205 (1973); y Posner, “A Theory of Negligence”, 1 J. LEGAL STUD. 29 (1972), con G. Calabresi, *The Costs of Accidents*, *supra* nota 3; Calabresi, “Optimal Deterrence and Accidents”, *supra* nota 2; Calabresi, *supra* nota 11; Calabresi y Hirschhoff, *supra* nota 2; y Calabresi y Melamed, *supra* nota 3. Ver también notas 8, 10-11 *supra*.

habitualmente se colocan a los acuerdos exculpatorios de responsabilidad o a los acuerdos indemnizatorios, así como el declive de la doctrina de la asunción del riesgo, para ver cuánto nos hemos alejado de la ideología de mercado “puro”.²¹ Un signo de este escepticismo de igual importancia, si uno se detiene a pensar en ello, es el alejamiento de las adjudicaciones de derechos que colocaban los daños inicialmente sobre las víctimas. Estas adjudicaciones eran favorecidas por una ideología de mercado puro porque no requerían que se celebraran contratos impracticables antes de que la acción tuviera lugar. La víctima no necesitaba comprar indemnidad por los riesgos de lesión de todos sus potenciales dañadores (a quienes podría ser difícil encontrar y pagar); podía, con relativa facilidad, encontrar una compañía de seguros que estuviera dispuesta a asumir el riesgo monetario. Por tanto, la sociedad de mercado puro tendía a colocar los riesgos de pérdidas en la víctima potencial, a menos que dicha asignación fuera *claramente* injusta o ineficiente, o salvo que el intento de un acuerdo por parte de los agentes antes de la acción hubiese sido claramente viable.²² El alejamiento de este tipo de asignación inevitablemente sugiere escepticismo hacia la ideología de mercado puro. Es más, incluso cuando el derecho inicial de estar *libre* del riesgo es asignado al potencial dañador, y la víctima potencial es quien carga con él, normalmente se le *exige* a la víctima que se asegure a sí misma. Llamamos a esto seguro personal, pero cualquiera sea su nombre, la exigencia de este seguro representa un escepticismo profundo hacia las elecciones del mercado puro. Deseamos que la carga recaiga sobre la víctima, pero no confiamos en su juicio atomístico al momento de evaluar la entidad de la carga o la conveniencia de arriesgarse a soportarla.²³

La muerte de los contratos• ha tomado varias formas. Una de ellas (no la menos importante) es el movimiento desde un derecho de la responsabilidad civil extracontractual

21. Ver, por ejemplo, *Sills v. Massey-Ferguson, Inc.*, 296 F. Supp. 776 (N.D. Ind. 1969); *McGrath v. American Cyanamid Co.*, 41 N.J. 272, 196 A.2d 238 (1963); *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960). Ver también Calabresi y Hirschhoff, *supra* nota 2, pág. 1073 n.65; nota 16 *supra*.

22. La protección de la propiedad mediante sanciones penales en sociedades de mercado puro es fácilmente explicada por la viabilidad de la conducta contractual (compraventa antes que hurto) antes de que ocurra el daño, así como también por las intuiciones de eficiencia y distributivas de tales sociedades. Ver también Demsetz, *supra* nota 8. De manera similar, la responsabilidad del agente por al menos algunas de las lesiones causadas con culpa era generalmente justificada en dichas sociedades por razones de eficiencia. Ver los trabajos de Richard Posner citados en la nota 20 *supra*. Ver también O. Holmes, *supra* nota 3. Lo mismo sería cierto, *a fortiori*, para los ilícitos civiles intencionales, donde la viabilidad de la conducta contractual, previa a la lesión, no puede ser excluida. Los daños *punitivos* parecerían ser particularmente apropiados en tales casos incluso en sociedades de puro mercado. Ver nota 18 *supra*.

23. El seguro obligatorio por al menos una parte de la pérdida es una característica común de todos los denominados planes de compensación sin culpa o de seguros personales de automotores que actualmente están siendo debatidos. El seguro no es meramente obligatorio respecto de terceros en relación a quienes el automovilista es responsabilizado de manera objetiva (por ejemplo, pasajeros y peatones), sino que es también obligatorio respecto de las propias lesiones del automovilista. Ver, por ejemplo, R. Keeton y J. O'Connell, *Basic Protection for the Traffic Victim* (1965), trabajo del que la gran mayoría de los planes referidos deriva.

• N. del T.: the death of contract es una expresión con la que se alude a las opiniones de autores (como, con diferentes perspectivas, Patrick Atiyah o Anthony Kronman) que han criticado la visión más clásica de la teoría de contratos -que se apoya en la supremacía excluyente de la autonomía de la voluntad-, señalando que el derecho de contratos se encuentra tan permeado por consideraciones de justicia distributiva y del derecho de la responsabilidad extracontractual, que no puede sostenerse como categoría autónoma.

diseñado como el mínimo necesario para hacer factible un mercado puro, a uno que se jacta de sus limitadas, pero no inevitables, intervenciones colectivas.²⁴

¿Qué es lo que esto sugiere para los próximos cien años? Es difícil concebir un retorno a la ideología de mercado puro. Incluso el siglo diecinueve encontró demasiado inflexible la noción de que lo mejor que podemos hacer con relación a los riesgos es decidir quién parece ser capaz de evitar el daño más económicamente,²⁵ y obligarlo a actuar bajo pena de sanción criminal para el caso de que perjudique a otros, a menos que pudiera inducir a estos otros, a cambio de un precio, a asumir los riesgos correspondientes. Tampoco es probable que volvamos a la negociación con la realidad que llevó a cabo el período del *laissez-faire*

(a) no para *exigir* el comportamiento contractual, sino para permitir que los actores inicialmente elegidos para asumir el riesgo, y que no lo desplazaron contractualmente, paguen una indemnización determinada colectivamente, y

(b) (con el fin de mantener tal responsabilidad determinada colectivamente en un nivel mínimo) permitir que la pérdida recaiga sobre la víctima, a menos que imperativos de eficiencia y distribución requiriesen hacer que recaiga sobre el agente.

Este uso *mínimo* del derecho de la responsabilidad civil extracontractual continuará siendo inaceptable porque depende demasiado de que estemos dispuestos a creer que las víctimas (1) son comúnmente quienes evitan los daños a menor costo, o (2) que son quienes desde el punto de vista distributivo preferiblemente deberían asumir las pérdidas, y, además, (3) que pueden valorar de forma inteligente el riesgo que están asumiendo. El descenso de la creencia en las dos primeras proposiciones ha llevado a una mayor responsabilidad objetiva del agente [*strict injurer liability*], y por lo tanto a un mayor uso del derecho de responsabilidad civil extracontractual y de las reglas de responsabilidad

24. Ver en general G. Gilmor, *The Death of Contract* (1974).

Uno puede, desde este punto de vista, comparar con utilidad los varios intentos hechos por los tribunales para distinguir entre los contratos que limitan la responsabilidad en el caso de una tostadora defectuosa en el sentido de que no funciona, y aquellos en que la tostadora es defectuosa en el sentido de que explota o prende fuego una casa. El primer intento más común fue, claro, en términos de propiedad versus daños personales. Ver, por ejemplo, el test para la responsabilidad objetiva del "defecto que causa daños a los humanos" del juez Traynor, *Greenman v. Yuba Products, Inc.*, 59 Cal. 2d 57, 377 P.2d 897, 27 Calif. Rptr. 697, (1963); *Escola v. Coca-Cola Bottling Co.*, 24 Cal. 2d 453, 461, 150 P.2d 436, 440 (1944) (Traynor, J., adhiriendo).

Pero tal enfoque falló porque la misma sociedad que es lo suficientemente *laissez faire* para permitir un contrato ordinario que determine quién carga con el riesgo de que una tostadora no funcione (o de otros daños relativamente menos frecuentes, sean personales o a la propiedad) no está dispuesta a permitir que daños mayores relativamente raros en la propiedad de la víctima (como aquellos resultantes del incendio causado por una tostadora) se repartan de tal manera. En otras palabras, dónde termina el derecho de compraventa y comienza el derecho de la responsabilidad civil extracontractual, nos dice mucho sobre la conformación ideológica de la sociedad, acerca de cuánto se ha separado ésta del puro mercado, sin, a raíz de ello, comprometerse ideológicamente con el colectivismo.

25. Esto asume que el ideólogo de mercado puro se preocupa solamente por la eficiencia y no le interesan las consecuencias *distributivas* de la adjudicación de riesgos. De hecho, parece probable que la asignación inicial de derechos estuvo siempre apoyada en bases tanto distributivas como de eficiencia. Ver Calabresi y Melamed, *supra* nota 3; 0. Holmes, *supra* nota 3.

en terrenos factibles, lo que inevitablemente debe molestar a los verdaderos creyentes en el estado liberal del siglo diecinueve. (La defensa de las segundas mejores posiciones en términos ideológicos –la regla de responsabilidad es siempre una segunda opción respecto del comportamiento contractual– raramente seduce a los verdaderos creyentes.) La baja en la creencia en la tercera proposición representa un asalto directo a la ideología de mercado. Ambas circunstancias juntas forman un escepticismo que excluye la vuelta a un derecho de la responsabilidad civil extracontractual en su mínima expresión; a una responsabilidad civil extracontractual que se limite a obrar como un complemento inevitable de una sociedad basada en contratos.

Pero, ¿qué sucede con la otra ideología? ¿Traerán acaso los próximos cien años la decadencia (o acaso la muerte) del derecho de la responsabilidad civil extracontractual y de las reglas de responsabilidad, en tanto ya no habrá lugar para el individualismo que aquél implica? ¿Se convertirá la regla de responsabilidad en esa concesión mínima que el estado colectivista debe permitir sólo porque no puede hacer cumplir colectivamente una infinidad de decisiones? El tamaño de la compensación por daños, ¿llegará a depender cada vez más de lo indeseable del comportamiento del pagador en lugar de depender de la mejor estimación de lo que es necesario para compensar el daño causado?²⁶ Y el otro lado de la moneda: ¿estarán las compensaciones en sí mismas cada vez más cubiertas por los impuestos generales? Es posible, puesto que ciertamente la tendencia en nuestra sociedad hacia un mayor colectivismo aún se mantiene vigorosa.

Aun así, y puede que esto refleje mi propio escepticismo ideológico, me inclino por creer que la tendencia no llegará tan lejos. Como en 1876, la marea está creciendo pero puede que al mismo tiempo ya haya comenzado a retroceder. El fracaso de la regulación, tal como la conocemos, como un medio para promover la seguridad, es demasiado patente. Los propios partidarios de una mayor regulación, como el Sr. Nader, basan sus afirmaciones en el fracaso de los “reguladores” anteriores, es decir, de la regulación. La tendencia a la corrupción del “Estado asignador”, del Estado que decide demasiadas cosas que afectan a demasiadas personas, se vuelve más manifiesta día a día.²⁷ Se habla, incluso en sociedades comprometidas con el colectivismo, acerca de la utilidad de los incentivos como medio de ejecución y elección. Al mismo tiempo, los numerosos experimentos que en los Estados Unidos se están poniendo a prueba en la actualidad con las acciones de clase, las licencias de contaminación o los impuestos (sencillamente otra forma de regla de responsabilidad), los daños inversos en los juicios por molestias, e incluso la auto-

26. Las multas o daños punitivos, usados *en lugar del derecho penal*, desde luego no representan un movimiento hacia un mayor colectivismo, sino todo lo contrario. Ver nota 18 *supra*. El mismo tipo de daños y multas empleados en lugar de daños *compensatorios*, en situaciones donde las acciones de responsabilidad civil eran utilizadas tradicionalmente como un sustituto para transacciones contractuales inviables, sí representan un alejamiento de decisiones relativamente atomísticas e individualizadas, y un incremento en la toma colectiva de decisiones.

27. Esta corruptibilidad es evidente tanto en las democracias al estilo “Occidental” como en las repúblicas “Del Pueblo”.

ejecución civil contra las violaciones de la ley, sugieren un creciente escepticismo hacia la manera puramente colectivista de controlar riesgos y daños.²⁸

Quizás una visión con la perspectiva que da la experiencia pueda distinguir en esta desilusión respecto de la “regulación pura” el comienzo de una tendencia. No será una tendencia hacia el derecho de la responsabilidad civil extracontractual del siglo diecinueve. Ni será, sospecho, una tendencia hacia esa sociedad relativamente individualista de mercado que, como segunda mejor opción, ocasionalmente he sido acusado de promover. El objeto no será simplemente colocar la responsabilidad sobre aquel que puede evitar de la forma más económica los costos de los daños, tomando en consideración objetivos distributivos, y luego dejar a las decisiones atomísticas la determinación de los niveles de seguridad y daño. Más bien, si existe una tendencia, es una tendencia hacia *el uso ideológicamente consciente del derecho de la responsabilidad civil extracontractual como sistema mixto*. Las posibilidades inherentes a la regla de responsabilidad civil en tanto dispositivo para promover objetivos claramente colectivos, y para mitigar las incapacidades que se perciban en la gente para decidir lo mejor para ellos mismos, permitiendo al mismo tiempo un amplio rango de elección y determinación atomística, serán explotadas completamente bajo esta visión. Si ese es el caso, si, como creo que sucederá, prevalece la sociedad mixta, el próximo siglo no será el siglo de los contratos ni del derecho penal (aunque ambos seguirán siendo dominantes en áreas limitadas debido a la mezcla ideológica)²⁹ sino el del derecho de la responsabilidad civil extracontractual y el de la regla de responsabilidad.

28. Ver, por ejemplo, *Spur Indus., Inc. v. Del E. Webb Dev. Co.*, 108 Ariz. 178, 494 P.2d 700 (1972) (el caso ya clásico de los daños inversos en la turbación); *International Herald Tribune*, Junio 3, 1976, pág. 3, col. 1, acerca de una propuesta de un impuesto a la polución, que algunos economistas y legisladores de los Estados Unidos creen será más efectivo que su regulación. Quienes proponen el impuesto a la polución enfatizaron la imposibilidad administrativa de su regulación. Un agente de la *National Association of Manufacturers* [Asociación Nacional de Fabricantes], en cambio, defendió la regulación en un seminario en el Congreso, diciendo, “Está funcionando bien y no debería ser descartada por un enfoque teórico que aún no se ha probado.” Cf. *Washington Post*, Feb. 1, 1976, § B, pág. 1, col. 6 (reportando la demanda civil por daños presentada por una víctima de violación para reforzar lo que fueron vistos como controles inadecuados de derecho penal en dicho área). Ver también el debate entre Posner y Landes, y Stigler sobre los méritos relativos de la “ejecutabilidad privada del derecho,” Landes y Posner, “The Private Enforcement of Law”, 4 J. LEGAL STUD. 1 (1975); Becker y Stigler, “Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers”, 3 J. LEGAL STUD. 1 (1974).

29. Si este punto de vista es correcto, uno podría esperar que aumenten las influencias de acciones del tipo de la responsabilidad civil extracontractual en áreas donde prevalecen los contratos y el derecho penal. El concepto de contratos de adhesión, por ejemplo, seguirá creciendo (en consecuencia limitando al mercado puro incluso en áreas nominalmente gobernadas por el derecho contractual), como también lo hará la noción de compensación de las víctimas de crímenes (poniendo así en funcionamiento algunos incentivos propios del mercado, en un área del derecho tradicionalmente colectivista).

Mi colega León Lipson ha señalado que, en el último siglo, un desproporcionado número de comentaristas legales estadounidenses y británicos, comenzaron su carrera en el área del derecho contractual, mientras que un desproporcionado número de sus pares en Rusia, desde 1917, han sido estudiosos del derecho penal. Será interesante ver si los filósofos legales estadounidenses de los próximos años vendrán de terrenos en los que dominan las *reglas de responsabilidad*, según aquí he empleado el término.

