

LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL*

Simon Deakin

ESRC Centre for Business Research,
University of Cambridge

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad extracontractual, al parecer, está en crisis. El sistema de responsabilidad civil se encuentra bajo un constante asedio en tanto no logra ni la justicia ni la eficiencia en compensar a las víctimas de los accidentes. Las soluciones a que se apeló en una generación anterior, y que involucraron el reemplazo de las reglas de responsabilidad por sistemas universales de compensación, hoy son rechazadas sobre la base de su excesivo costo por algunos de los mismos que las propusieron. De allí que, Patrick S. Atiyah en *The Damages Lottery*¹, argumente que la respuesta

radica en el establecimiento de un mercado de los accidentes en el cual los seguros privados tomarían el lugar de la litigación.

Académicos como Ernest Weinrib y Peter Cane, opuestos a una lectura del sistema de responsabilidad en términos puramente “instrumentales”, sostienen que la responsabilidad extracontractual continúa teniendo un papel en la articulación de ciertos principios que conforman la responsabilidad personal. Sin embargo, de acuerdo con Peter Cane², este propósito ético es dismulado por la actual estructura dogmática del Derecho y, en particular, por su división interna en ciertos hechos ilícitos independientes. Esta confusión dogmática implica que la responsabilidad extracontractual ya no pueda ser considerada como una categoría jurídica autocontenida. Reintegrar a la responsabilidad extracontractual dentro de la más amplia categoría del Derecho Privado es lo que se propone como un posible camino a seguir.

Si la responsabilidad extracontractual está en crisis, ¿podemos decir lo mismo de la dogmática que se hace cargo de ella? La atención de los autores y comentaristas ha estado

* Una revisión de ATIYAH (1997); Cane (1997) y DEWEES, DUFF y TREBLOCK (1996).

“The Evolution of Tort” (1999). *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 19. N° 3, pp. 537-546, disponible en <http://ojls.oxfordjournals.org>. Traducción de Christian Nicolai Astorga, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Alberto Hurtado (cnicolai@alumnos.uahurtado.cl). Quiero agradecerle al profesor Simon Deakin y a la *Oxford Journal of Legal Studies* el haber autorizado la publicación de esta traducción; asimismo le agradezco al profesor Jorge Larroucau, de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, la motivación para traducir este trabajo y su revisión final del texto (N. del T.).

¹ ATIYAH (1997).

² CANE (1997).

discutiblemente enfocada en asuntos normativos a costa de entender cómo funciona el sistema de responsabilidad contemporáneo. Esta es, al menos, la premisa de *Exploring the Domain of Accident Law: Taking the Facts Seriously*³. Sus autores, Don Dewees, David Duff y Michael Trebilock, sostienen:

“muchos de los principales debates sobre la responsabilidad extracontractual tratan menos de valores normativos contradictorios que de distintas formas empíricas de comprender el mundo”.

Por consiguiente:

“sólo será factible un mayor progreso si se intentan resolver aquellos temas en donde la evidencia es en efecto relativamente concluyente e identifican otros temas en donde la evidencia es más o menos ambigua requiriendo de una mayor investigación”⁴.

Para ello se empeñan en revisar la vasta literatura empírica y económica sobre la forma en que funciona el sistema de responsabilidad civil.

A su modo, cada una de estas obras trata del declive de la responsabilidad extracontractual. Pero el vigor con que se desarrolla el debate académico sugiere, por el contrario, que la responsabilidad extracontractual tenga la capacidad de adaptarse y cambiar.

2. LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y EL MERCADO: ¿DE VUELTA AL FUTURO?

The Damages Lottery enumera una serie de críticas sobre el sistema de responsabilidad en general y añade unas nuevas a las ya conocidas. Se establecen, esencialmente, tres puntos. El primero tiene relación con la ineficacia de las normas sobre responsabilidad extracontractual para compensar a las víctimas de los accidentes. Solo una pequeña fracción de los sujetos envueltos en los accidentes recibe indemnización. Incluso, en el caso de accidentes de tráfico, para los cuales en el Reino Unido existe obligatoriamente una tercera parte aseguradora y un fondo residual de compensación, la Motor Insurer's Bureau, una minoría considerable de víctimas no recibe compensación alguna. Debido a las dificultades de prueba en sistemas de litigación adversarial, la responsabilidad extracontractual es débil en su finalidad de compensar a las víctimas de enfermedades en comparación a las víctimas de accidentes. El principio de que “todo daño debe ser resarcido” para las víctimas de hechos ilícitos implica, entonces, que hay menos dinero para cubrir a otras personas. Todos estos puntos son muy bien conocidos por los académicos que se dedican a la responsabilidad extracontractual, y reciben un tratamiento muy exhaustivo por parte de Don Dewees, David Duff y Michael Trebilock⁵. El análisis que hace Patrick Atiyah sobre el tema es menos analí-

³ DEWEES, DUFF y TREBILOCK (1996).

⁴ *Op. cit.*, p. 4.

⁵ DEWEES, DUFF y TREBILOCK (1996), en particular pp. 421-424.

co y más colorido, una aproximación que el autor busca justificar en la necesidad de llegar a un público en buena medida no académico para el cual su obra fue pensada⁶.

El segundo objetivo de Patrick Atiyah, al parecer distinto, es lo que él denomina “la cultura de la culpa”. Ella es el resultado de la extrema generosidad de las reglas de responsabilidad que conducen a una litigación especulativa y colocan a los tribunales bajo mayor presión para ‘ampliar’ la ley en favor de la responsabilidad. Algunas reglas de larga data (comparativamente), e identificadas por su crítica en este trabajo incluyen el pago de una “indemnización global” (*lum sum damage*) (la cual, se dice, invita a la víctima a exagerar las lesiones al momento del juicio), la completa abolición de la defensa por culpa concurrente (*contributory negligence*) y la introducción de la solidaridad entre quienes provocan daños conjuntamente (*contribution between joint tortfeasors*). Esta crítica se extiende, también, a las tendencias más recientes en el Derecho, en especial a lo que Patrick Atiyah denomina la vulnerabilidad creciente de la litigación en contra de autoridades públicas. Aun la implementación del concepto de deber para otorgar una suerte de inmunidad a los entes públicos de responder por negligencia no puede, al parecer, detener el curso de los acontecimientos⁷. Con un énfasis casi novelesco, los jueces se han distinguido por una indebida tendencia “hacia la izquierda” producto de estar veinte

a treinta años retrasados en el tiempo y, por ende, infectados con la “política izquierdista del bienestar social imperante en los años sesenta”⁸,

El tercer punto planteado por Patrick Atiyah es el más interesante. El sistema de responsabilidad –o, más específicamente, de responsabilidad extracontractual más seguro de responsabilidad– acaba siendo injusto para aquellos a quienes la ley busca proteger, es decir, las víctimas reales y potenciales de los accidentes. Esto se debe a que los demandados, tanto públicos como privados, distribuyen el costo del seguro de responsabilidad a través de precios más altos y prácticas defensivas que a largo plazo dañan al público. Este es un terreno ampliamente cubierto por los críticos estadounidenses del sistema de responsabilidad⁹. Además, no alude a esas obras, ni tampoco a ninguna otra en particular, pero ofrece una versión innovadora sobre los argumentos en que se basan los críticos (aunque no de las críticas a estos) lo que ayuda a que se le otorgue a este punto la debida atención que merece.

Asimismo, es contrario al sistema de responsabilidad-extracontractuales-más-seguros, ya que afirma que se trata de un sistema obligatorio (nadie puede impedir la ocurrencia de sus efectos), ineficiente (por el inútil doble aseguramiento, de parte de uno y de terceros) y, además, regresivo (los precios altos y los servicios públicos ineficientes golpean más a los que tienen menos: las reglas de

⁶ Supra n 1, p. vi.

⁷ ATIYAH (1997), p. 94.

⁸ ATIYAH (1997), p. 142.

⁹ Estos trabajos son ampliamente discutidos por STAPLETON (1994).

la responsabilidad extracontractual como impuesto). El seguro personal, dice, sería preferible en atención a que solo quienes consideren que vale la pena asegurarse pagarían las primas que ello implica¹⁰. Una vez que este seguro haya sido generalizado, el derecho a demandar los daños por responsabilidad extracontractual puede ser derogado: no habría más litigación improductiva, los abogados podrían dedicarse a cosas más útiles y se podrían destinar más recursos a la prevención de accidentes mediante otros medios (regulación, políticas, información).

Desde luego existen muchas jurisdicciones, tanto en el *Common Law* como en el *Civil Law* que han abolido el sistema de acciones de responsabilidad extracontractual por daños personales en las dos áreas en que tiene especial importancia práctica, esto es, en los accidentes de tránsito y en los accidentes del trabajo. Nueva Zelanda ofrece el mejor ejemplo de un sistema de seguro públicamente organizado que reemplaza al sistema de responsabilidad extracontractual en estas dos áreas. Aunque el sistema neozelandés ha sido sometido a una racionalización de gastos, y la responsabilidad extracontractual exhibe un acotado regreso, no existe indicio alguno de un renacimiento de la responsabilidad. Por el contrario, el Estado de Victoria en 1997 se convirtió en la última jurisdicción del *Common Law* en instaurar un esquema de compensación forzosa para los trabajadores¹¹. Este sistema de compensación a los trabajadores

es la regla general en Estados Unidos. Tal como lo observa Patrick Atiyah, es curioso que con los beneficios de ver en retrospectiva el gobierno de Clement Attlee en Gran Bretaña haya reemplazado el régimen de compensación de trabajadores del periodo de entreguerras por un esquema de seguridad social por lesiones y accidentes laborales, a la par que revive las reglas de responsabilidad extracontractual del *Common Law* al abolir la defensa del empleo común y frenar la culpa concurrente. La anomalía resultó tan grande que el esquema implementado por lesiones y accidentes del trabajo se ha batido en retirada hasta quedar virtualmente en nada.

Sin embargo, en un análisis más profundo, las proposiciones de Patrick Atiyah difieren bastante de lo que ocurre en la práctica en otros sistemas jurídicos. Aunque algunos han derogado parte de la responsabilidad extracontractual, muy pocos han optado por el esquema que Patrick Atiyah propone por buenas razones prácticas. El primer problema es la limitada disponibilidad del seguro personal. Es bien sabido que existen incentivos para que las compañías de seguros no otorguen seguros personales a sujetos que se encuentran en un grupo de alto riesgo. Los pobres, que son quienes poseen menos posibilidades de pagar, y aquellas personas especialmente vulnerables a lesiones y enfermedades verían muy disminuidas sus posibilidades de obtener esta cobertura. Esta es la principal justificación económica para tener un sistema de seguro social obligatorio en primer lugar: reduce la brecha entre el comportamiento

¹⁰ Supra n. 1, p. 134.

¹¹ Véase ARUP (1998), p. 186.

autointeresado de los sujetos y el bienestar de la sociedad en general. Los problemas de información –también conocidos como “riesgo moral” y “selección adversa”– impiden que un mercado libre opere en intereses de todos¹². La regulación es necesaria (o por lo menos deseable) en orden a incrementar el bienestar social general a la vez que se protegen a los más vulnerables de la sociedad: un ejemplo (no tan raro en verdad) de la equidad y la eficiencia trabajando juntas. Así, en la práctica y tal como lo reconoce Patrick Atiyah¹³, cualquier esquema de seguros personales por accidentes de tránsito debiera ser obligatorio. Pero si el sistema ha de ser obligatorio, ¿por qué deberíamos preferirlo por sobre el que ya tenemos? Si la autonomía de las personas es lo que nos guía no deberían existir buenas razones para elegirlo. ¿Qué ocurre entonces con la eficiencia?

Aquí Patrick Atiyah no emprende un análisis acabado de costo-beneficio comparando su propuesta con las demás alternativas. Don Dewees, David y Michael Trebilock, en cambio, ayudan a iluminar el punto revisando el amplio catálogo de estudios empíricos que tratan de él. Aquí hallamos varios estudios que sostienen que al abolir la responsabilidad extracontractual e instaurar un sistema basado en el aseguramiento individual, la tasa de accidentes aumenta. En Quebec, la tasa de aumento de los accidentes fue, de acuerdo con varias fuentes, de entre un 10% y un 30%¹⁴. ¿Qué hacemos

con la afirmación de Patrick Atiyah en cuanto a que las reglas de responsabilidad extracontractual no tendrían un carácter disuasivo en lo que a accidentes de tráfico se refiere?¹⁵ La respuesta parece encontrarse en la forma en que opera el sistema de seguros. Si quien contrata un seguro personal es “clasificado de acuerdo con su experiencia” –en otras palabras, a menor experiencia, más prima– el sistema incorpora un incentivo para mejorar el estándar de cuidado. Don Dewees, David y Michael Trebilock concluyen:

“Si los esquemas basados en la exclusión del elemento culpa son capaces de incentivos disuasivos mediante primas calculadas en base a la experiencia y/o mediante impuestos directos sobre la actividad de conducir (como, por ejemplo, el impuesto al combustible), el efecto disuasivo del sistema de responsabilidad solo sería (si es que) marginalmente superior a un sistema bien diseñado que no apele a la negligencia. Sin embargo, la evidencia empírica sugiere que sin la adición de incentivos disuasivos de carácter financiero, los sistemas que no se basan en la culpa conllevan un incremento de las tasas de accidentes, lesiones y mortalidad”¹⁶.

Incluso, entonces, en el estado actual de la investigación no es claro

¹² AKERLOF (1970), p. 488.

¹³ Supra n. 1, p. 187.

¹⁴ Supra n. 3, p. 25, citando a GAUDRY (1987); DEVLIN (1988).

¹⁵ Supra n. 1, pp. 162-165.

¹⁶ Supra n. 3, p. 26.

si un sistema basado en la negligencia sumado al seguro de responsabilidad puede lograr mejores efectos disuasivos que uno que no considere la culpa. Los seguros de responsabilidad entrañan costos implícitos para las actividades peligrosas y los demandados peligrosos. Este costo implícito no funcionará bien, en realidad, si las compañías de seguros operan bajo el sistema del “acuerdo de pago” (*knock for knock*) –permitiendo efectivamente que las reclamaciones se anulen unas a otras–, aunque dicha práctica se encuentra, al parecer, en retirada por cuanto implica subsidios cruzados de las actividades más peligrosas con las menos peligrosas, lo que no es del interés de las compañías de seguros a largo plazo. No es de manera necesaria el caso, como apunta Patrick Atiyah, de que los demandados puedan simplemente pasar por alto el costo de la responsabilidad. Los niveles de actividad (en otras palabras, la frecuencia de la actividad en cuestión), así como los niveles de cuidado de los demandados, pueden verse afectados cuando al funcionamiento del sistema de responsabilidad se añaden los seguros.

Esto queda demostrado por el análisis que hacen Don Dewees, David y Michael Trebilock de los sistemas estadounidenses de compensación a los trabajadores. En tales esquemas es el empleador quien debe encargarse de contratar los seguros, no los trabajadores. El precio de las primas varía de acuerdo con el tipo de industria y, muy raras veces, según la compañía en cuestión. Los estudios empíricos más serios al respecto

–aquellos que consideran el hecho de que la introducción de compensaciones que no consideran la culpa conduce a un aumento en el número de lesiones o daños que son efectivamente *reportados*– concluyeron que los aumentos en los beneficios del sistema de compensaciones a los trabajadores devino en una reducción en las tasas de accidentes y que esa reducción resultó mayor para las industrias y las empresas de alto riesgo¹⁷. Esta es una evidencia de peso para sostener que los seguros de responsabilidad por riesgo ayudan a reducir las tasas de accidentes.

Para Patrick Atiyah, el inconveniente con las propuestas de sistemas especiales que regulen la responsabilidad de los empleadores y la responsabilidad médica, es que:

“los montos a pagar por compensación para toda clase de lesiones pueden indudablemente diferir caso a caso, con las mismas anomalías y absurdos que existen hoy en día. Solo cuando permitamos a las personas elegir de acuerdo a su autonomía el sistema con que prefieren asegurarse dichas variaciones serán aceptables”¹⁸.

Si no podemos tener justicia, al menos hemos de poder elegir. Pero, ¿qué clase de elección sería esta? Podrá ser racional en el ámbito privado, pero inútil socialmente. Se trata de un fundamentalismo de mercado de la peor clase –por cuanto el mercado ya

¹⁷ MOORE y VISCUSI (1990).

¹⁸ *Supra* n. 1, p. 190.

no es un medio para conseguir un fin (como la eficiencia) sino un objetivo en sí mismo, no importando el costo para la sociedad—.

Don Dewees, David y Michael Trebilock proponen una serie de ideas diversas¹⁹. Sugieren que las reglas de responsabilidad extracontractual debieran aplicarse únicamente a los casos donde existe manifiesta injusticia. En cualquier caso, el vacío que se genere no puede ser llenado solo por el mercado. Las indemnizaciones que no consideran la culpa debieran aplicarse a los accidentes de tráfico y a las lesiones en el trabajo; la regulación debiera operar para casos de daño medioambiental y para la responsabilidad por productos defectuosos. La seguridad social y los seguros de salud universales debieran operar como modelos “residuales” de compensación. No se trata de un *big bang*, sino de una reforma progresiva acompañada de una correcta ponderación de los costos y beneficios. El mensaje, fundamentalmente humano y democrático, que busca transmitir este análisis es que si las reglas de responsabilidad extracontractual pretenden alcanzar, aunque sea de forma parcial, los fines para los que fueron creadas, solo podrán hacerlo junto con otros sistemas de disuasión y de indemnizaciones. Podemos agregar que el orden del mercado se mantiene precisamente por las intervenciones legales y regulatorias que controlan y contrarrestan sus efectos más corrosivos y desestabilizadores.

3. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y LA ÉTICA DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL

¿Hasta dónde deben preocuparse los académicos por los efectos de la responsabilidad extracontractual? De acuerdo con lo planteado por Peter Cane, una mirada instrumental de la responsabilidad —que es lo mismo que decir que se trata de un mecanismo para lograr determinados fines (él menciona la indemnización, disuasión, distribución de los riesgos y eficiencia)— implica malentender su propia naturaleza. Ello en razón de que:

“en la mayor parte de su historia la responsabilidad extracontractual en el *common law* no ha sido vista bajo una óptica instrumentalista por los jueces y abogados quienes son los primeros responsables de su creación, sino que, por el contrario, como un conjunto de principios de responsabilidad personal. Por ello, creo que podemos entender lo sustancial de la responsabilidad extracontractual si la observamos del modo en que típicamente ha sido vista —como un conjunto de principios éticos acerca del comportamiento individual para con otros—”²⁰.

La responsabilidad extracontractual, dice Peter Cane, debería ser entendida en términos de correlatividad. Esta “correlatividad” significa

¹⁹ Supra n 3, cap. 7.

²⁰ Supra n. 2, p. 24.

que la responsabilidad legal ha sido organizada en términos de relaciones bilaterales entre individuos. Tal característica es fundamental del Derecho Privado. La explicación de Ernest Weinrib del Derecho Privado se basa en la misma idea²¹. Los mecanismos compensatorios o regulatorios, en contraste con el Derecho Privado, no requieren para operar de la existencia de una relación bilateral entre el infractor y el perjudicado. La regulación apunta solo a disuadir al perpetrador del daño, en tanto que la compensación que no se basa en la culpa únicamente se hace cargo de las necesidades de las víctimas.

La idea de correlatividad toma una forma más precisa en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Todos los hechos ilícitos, sostiene Peter Cane, contienen los tres elementos de intereses protegidos, conductas sancionadas y sanciones. Esta común estructura, junto con el contenido ético de estas normas, tiende a disimularse bajo la existencia de hechos ilícitos separados y nominados, y por la ausencia de un principio formal único que pueda unir todas las acciones por daños. Al otorgar significado a los intereses protegidos y las conductas sancionadas, las reglas de responsabilidad extracontractual ‘equilibran la libertad y la responsabilidad’²²; por lo tanto, estas reglas integran una de las muchas instituciones sociales cuya función es introducir ‘cierto tipo de orden a la vida social’²³. La técnica de descomponer los elementos de los

hechos ilícitos nos permite vislumbrar la naturaleza de la responsabilidad extracontractual como un ejercicio que compromete valores sociales:

“La responsabilidad por las conductas debe ser balanceada con la libertad de acción y, en ese sentido, las personas deben tener la libertad, hasta cierto punto, de decidir cuándo tomar el riesgo es una estrategia deseable para ellos mismos. El análisis de la responsabilidad extracontractual en términos de correlatividad, intereses protegidos y conductas sancionadas nos permite ver mucho más claramente que el análisis tradicional el que dichas reglas son un ejercicio de balance; y eso nos ayuda a apreciar la compleja y delicada naturaleza del cálculo trazado por el derecho”²⁴.

Sin perjuicio de que Peter Cane comparte con Ernest Weinrib que la correlatividad es central en la estructura de la responsabilidad en el Derecho Privado, tanto su método como sus conclusiones difieren significativamente. Su argumento es que la idea de la justicia correctiva (que asocia a la teoría del Derecho de Immanuel Kant) es inmanente al Derecho Privado. En otras palabras, la estructura o forma del Derecho Privado –en particular, la naturaleza bilateral y correlativa de la responsabilidad– es una expresión de una cierta forma de justicia correctiva. Tal como señala

²¹ WEINRIB (1995).

²² *Supra* n. 2, p. 15.

²³ CANE (1997), p. 22.

²⁴ CANE (1997), p. 95.

Peter Cane, esto significa que para Ernest Weinrib las ‘obligaciones son expresiones normativas o, de alguna manera, normativamente inherentes a los derechos’.²⁵ En cambio, para Peter Cane:

“la correlatividad sólo expresa el hecho de que las acciones en la responsabilidad extracontractual son bilaterales. No veo, por ejemplo, ninguna conexión necesaria entre intereses y conductas por una parte, y remedios específicos por otra. Las sanciones son establecidas para proteger determinados intereses y sancionar conductas de acuerdo a juicios morales que no son inherentes a ninguno de esos conceptos pero que reflejan una mirada acerca del valor del interés a proteger y de la culpabilidad de la conducta a sancionar”²⁶.

En otras palabras, los valores morales que informan la responsabilidad extracontractual son independientes de la forma que toman esas reglas. Las implicancias que ello entraña se dejan ligeramente en el aire. Pareciera que la forma que adopta la responsabilidad es capaz de acomodarse a un amplio rango de valores. En términos menos normativos, puede entenderse que Peter Cane plantea que estas reglas encarnan aquellos valores de la responsabilidad personal respecto de los cuales, en algún punto, se ha llegado a un consenso social.

Lo que hace Peter Cane es reacomodar el material conocido de estas reglas –las acciones aisladas– usando su nuevo esquema analítico. La tarea que él mismo se propone es en algún sentido más fácil que la que se impuso Ernest Weinrib, ya que no requiere demostrar que la responsabilidad extracontractual representa una teoría particular de justicia correctiva; ello favorece el proyecto de Peter Cane. En otro sentido, sin embargo, presenta más dificultad en la medida que Peter Cane debe lidiar con el desorden y desorganización de las reglas existentes. El Derecho Privado descrito por Ernest Weinrib es, por contraste, atemporal. No se corresponde a ningún sistema de Derecho Privado que haya existido en el sentido de ser utilizado, en un contexto social concreto, como base para la resolución de disputas y su adjudicación. Cuando trata de aplicar su análisis a algún caso del Derecho moderno –como cuando se refiere a alguno de los casos líderes en Inglaterra sobre falta de cuidado– solo puede hacerlo omitiendo considerar importantes valoraciones y planteando una extraña interpretación para aquellas que discute²⁷. El Derecho Privado

²⁷ Ernest Weinrib argumenta que los tribunales en las jurisdicciones del *Common Wealth* no siguen el modelo propuesto por *Learned Hand* para determinar la infracción de un deber. El Derecho, por tanto, no puede basarse en un balance utilitarista de intereses (*supra* n. 21, cap. 6.). Ernest Weinrib llega a esta conclusión evitando hacer cualquier mención sobre los numerosos intentos de los jueces ingleses de confrontar el costo del demandado de tomar precauciones adicionales con respecto al beneficio que reporta para el demandante la reducción del riesgo, tal

²⁵ CANE (1997), p. 12.

²⁶ *Ibid.*

de Ernest Weinrib está, de hecho, a punto de carecer de contenido o sustancia. Esto, porque cualquier regla existente o principio que se aparte de su particular concepción del Derecho Privado, por esta misma razón, “no es Derecho Privado”. Sobre esta base, muy poco de la moderna responsabilidad extracontractual calificaría como Derecho Privado.

La metodología de Peter Cane es mucho más iluminadora y valiosa. La forma es vinculada a la función; de allí que el funcionamiento de la responsabilidad es un asunto fundamental para Peter Cane. Por el contrario, Ernest Weinrib siempre puede refugiarse en la propuesta de que dichas reglas no se definen a sí mismas por sus efectos. La dificultad de esto radica, como bien apuntan Don Dewees, David Duff y Michael Trebilock, en que los objetivos de la reducción de la tasa de accidentes y las indemnizaciones son:

“las principales preocupaciones para la mayoría de los integrantes de la comunidad que contemplan los efectos que podría tener en sus vidas la ocurrencia de un accidente. Sostener que las reglas de responsabilidad son inherentemente incapaces de servir a

como en *Latimer v AEG Ltd* [1953] AC 643. No considera el caso *Watt v Hertfordshire CC* [1954] 1 WLR 835 sobre la base de que la ‘utilidad de la conducta es usualmente relevante solo cuando las autoridades públicas causan daños mientras asisten determinadas emergencias’ (supra n 21 151). Para una visión diversa sobre la utilidad del modelo de *Learned Hand* en determinar si hubo una infracción a un deber, véase *MARKESINIS y DEAKIN* (1999), cap. 2, sec. 3.

estos fines es evitar el debate acerca de si vale la pena conservar dichas reglas o no”²⁸.

¿Cómo se está desempeñando la responsabilidad extracontractual? Al respecto, Peter Cane busca distinguir entre sus funciones “intrínsecas” y “extrínsecas”. Las primeras, postula, son aquellas que aluden al papel del hecho ilícito como un conjunto de principios éticos concernientes a la responsabilidad personal. Las extrínsecas pueden ser tanto directas como indirectas. Las funciones extrínsecas directas son aquellas que tienen relación con los intereses *particulares* protegidos (tales como la integridad física, las pérdidas económicas o la dignidad personal) o con las conductas particulares sancionadas (negligencia, malicia, entre otras). Las funciones extrínsecas indirectas son aquellas que aluden a

“objetivos sociales o económicos (o ‘políticas’) más amplios a las cuales puede contribuir la decisión de casos individuales”²⁹;

muchas de ellas, dice, son el producto de adiciones legales hechas a la responsabilidad extracontractual.

El núcleo del argumento de Peter Cane es que deberíamos evaluar la responsabilidad extracontractual principalmente según si alcanza sus funciones *intrínsecas*:

“a menos que no logre cumplir con sus funciones intrínsecas

²⁸ Supra n 3, p. 9.

²⁹ Supra n. 2, p. 206.

en una mínima medida, no estaremos hablando de responsabilidad extracontractual”³⁰.

Esto se sigue de la insistencia inicial de Peter Cane en considerar erróneo el tratar a la responsabilidad en términos *puramente* instrumentales. Pero si sus efectos deben ser considerados, hay un buen punto para argumentar que como un medio de expresión de principios éticos de responsabilidad personal la responsabilidad extracontractual es altamente inefectiva. Don Dewees, David Duff y Michael Trebillock demuestran en detalle que estas reglas no tienen un buen desempeño cuando se contrastan con el criterio ‘normativo’ de la justicia correctiva³¹. Por ejemplo, las dificultades de prueba y causalidad denotan que las reglas de responsabilidad representan un papel mínimo en cuanto a garantizar justicia para las víctimas de accidentes del trabajo y enfermedades. Áreas del Derecho que han sufrido una reciente expansión –como la negligencia médica y la responsabilidad por daños al ambiente– parecen haber actuado sin reportar beneficios tangibles para las víctimas de esos daños. De este modo, la responsabilidad extracontractual no está teniendo una buena actuación en términos de cumplir con sus objetivos centrales o intrínsecos, incluso antes de considerar efectos extrínsecos como las negativas consecuencias de la expansión de la responsabilidad, en particular las prácticas médicas defensivas que de acuerdo con ciertos estudios cuestan

billones de dólares cada año en Estados Unidos³².

El mismo Peter Cane no parece tan seguro de la relevancia de la responsabilidad extracontractual, por cuanto concluye *The Anatomy of Tort Law* sugiriendo

“que deberíamos dejar de pensar en las reglas de responsabilidad como una categoría jurídicamente relevante. Más bien, deberíamos analizar las acciones del Derecho privado en términos de intereses protegidos, conductas sancionadas y sanciones”³³.

No queda claro si esto es un llamado a la responsabilidad extracontractual a integrarse en el más amplio Derecho de las Obligaciones o si las reglas de responsabilidad deben informar otras áreas del Derecho Privado. Como sea, ¿qué uso reporta la responsabilidad si es que no funcionan bien como categoría *jurídica*? Cabe preguntarse si la responsabilidad extracontractual, como una “institución social” cuya función es “la de poner orden en la vida social”, no es completamente disfuncional. Un cuerpo normativo que se basa en el principio de la responsabilidad personal parece incapaz de conseguir, aun, los fines más fundamentales de la justicia correctiva que los defensores del Derecho Privado le han atribuido, por no hablar de otras finalidades.

³² Véase DEWEES, DUFF y TREBILLOCK (1996), p. 111 para una valoración debidamente escéptica de esos estudios la cual debe, sin embargo, darle una pausa para reflexionar a quienes proponen extender la competencia de los tribunales en casos de responsabilidad médica.

³³ Supra n. 2, p. 238.

³⁰ CANE (1997), p. 213.

³¹ La evidencia es resumida supra n. 3, pp. 424-427.

4. CONCLUSIÓN

El tema más importante que emerge de *The Anatomy of Tort Law* es la tensión existente entre la justicia correctiva y los fines “instrumentales” de eficiencia y redistribución, que obran como una línea de demarcación en la moderna responsabilidad extracontractual. Tal como lo plantea Peter Cane, identificar la esfera propia de responsabilidad personal como el principio guía para la organización de la vida social es

“el candente y no resuelto tema político de la responsabilidad extracontractual”³⁴.

Lo que sí es materia de discusión es hasta qué punto la *forma* de esta responsabilidad –basada en una relación de correlatividad entre infractor y ofendido– es relevante en una ‘sociedad del riesgo’ donde la exposición a sufrir daños toma formas cada vez más variadas e imprevisibles.

Esto no es algo que derive exclusivamente de la complejidad que suscita el constante cambio tecnológico, sino que, también, es fruto de decisiones políticas que han visto caer las prestaciones sociales contra el riesgo. La responsabilidad extracontractual de nuestro tiempo, lejos de batirse en retirada junto al ‘estado de bienestar’, está llenando el espacio dejado por el desmantelamiento de los modelos de seguridad social y de sistemas de prestaciones universales en materia de salud. En la medida que el mercado extiende su alcance a un número creciente de instituciones sociales y

civiles, seguirá creciendo la presión sobre los tribunales por orquestar y defender un amplio rango de intereses personales, a través del derecho de propiedad y reglas de responsabilidad de variado tipo. Por tanto, no deberíamos sorprendernos si el día de mañana encontramos a los tribunales asediados por demandas novelescas para obtener compensaciones por pérdidas puramente económicas y otro tipo de daños que la responsabilidad extracontractual apenas reconocía hasta hace poco. Si es que existe una cultura de culpa, como lo sugiere Patrick Atiyah, ¿a quién hay que culpar? Quizá habría que culpar a aquellos que de manera estridente insisten en que

“hay límites muy reales sobre lo que los gobiernos pueden hacer para solucionar todos estos problemas sociales”³⁵.

Volvamos sobre la pregunta planteada al comienzo de este ensayo: ¿Tiene la responsabilidad extracontractual la capacidad de adaptarse y regenerarse? Podemos concluir que no existe un futuro para la responsabilidad extracontractual, así como tampoco para los académicos del área, en una retirada hacia el neoformalismo. La responsabilidad extracontractual no puede operar aislada del creciente cuerpo de regulación económica que apunta no solo a constituir mercados sino, también, a controlar y a mediar sus efectos. Es indudable que, como insiste Peter Cane, hay una serie de funciones sociales y económicas que

³⁴ CANE (1997), p. 236.

³⁵ Supra n. 1, p. 141.

“la responsabilidad extracontractual, por su estructura, no está diseñado para cumplir de manera correcta”³⁶.

Gracias a su análisis en *The Anatomy of Tort Law* nos encontramos en una mejor posición para entender qué es lo que la responsabilidad extracontractual puede y no puede hacer. No obstante, también es esencial entender cómo es que ella interactúa con otros mecanismos de gestión de riesgos, en particular los seguros, la regulación y lo que va quedando de las prestaciones sociales. En este sentido, tanto los abogados como los académicos deberán tener en cuenta, en lugar de evitarlo, las posibles consecuencias económicas y sociales que generan las decisiones judiciales que establecen límites a la responsabilidad extracontractual. Habrá que premiar a la investigación jurídica que analice la estructura y los efectos de los sistemas existentes, evitando las declaraciones normativas exageradas. Pero, por sobre todas las cosas, una tarea central será desarrollar un lenguaje jurídico adecuado que nos permita expresar el funcionamiento económico y social del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- AKERLOF, George (1970). “The Market for ‘Lemons’: Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism”. *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84. Oxford.
- ARUP, Chris (1998). “WorkCover 1997 and the Abolition of the Common Law”. *Australian Journal of Labour Law*, vol. 11. Melbourne.
- ATIYAH, Patrick S. (1997). *The Damages Lottery*. Oxford: Hart Publishing.
- CANE, Peter (1997). *The Anatomy of Tort Law*. Oxford: Hart Publishing.
- DEVLIN, Rose Anne (1988). *Liability Versus No-Fault Automobile Insurance Regimes: An analysis of the Experience in Quebec*. PhD Thesis. Toronto: University of Toronto.
- DEWEES, Don, David DUFF & Michael TREBILOCK (1996). *Exploring the Domain of Accident Law: Taking the Facts Seriously*. Oxford: Oxford University Press.
- GAUDRY, Marc (1987). “The Effects of Road Safety of the Compulsory Insurance, Flat Premium Rating and No-Fault Features of the 1978 Quebec Automobile Act”. *Osborne Commission. Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario*. Toronto: Queen’s Printer.
- MARKESINIS, Basil S. & Simon DEAKIN (1999). *Tort Law*. 4^a ed. Oxford: Clarendon Press.
- MOORE, Michael J. & W. Kip VISCUSI (1990). *Compensation Mechanism for Job Risks: Wages, Workers’ Compensation and Product Liability*. Princeton: University Press.
- Stapleton, Jane (1994). *Product Liability*. Cambridge: Cambridge University Press.
- WEINRIE, Ernest (1995). *The Idea of Private Law*. Oxford: Oxford University Press.

³⁶ Supra n. 2, p. 231.