

DERECHO CIVIL

Capítulo 12

Alfredo Bullard
Gastón Fernández
(Editores)



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1997
FACULTAD DE DERECHO



Primera edición: octubre de 1997

Diseño de Cubierta: AVA diseños

Derecho Civil Patrimonial

Copyright © 1997 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18 San Miguel. Lima, Perú. Telfs. 460-0872 y 460-2291 - 460-2870 anexos 220 y 356.

Derechos reservados

ISBN 9972-42-029-9

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru

SOBRE LOS DILEMAS ECONOMICOS Y ETICOS DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Carlos Peña González

En las palabras que siguen, me propongo elucidar algunos de los dilemas económicos y morales que, de modo inevitable, subyacen a un sistema de responsabilidad por daños. En el curso de lo que diré, espero poner de manifiesto cómo la teoría del bienestar y la teoría de la elección social, así como algunas de las principales teorías éticas contemporáneas, obligan a considerar que los sistemas de responsabilidad, causalidad, culpa, adquieren otra denotación o pierden sentido. Lo que deseo sugerir es que el análisis económico del derecho y algunos aportes de la teoría ética, ayudan, en su conjunto, a configurar una dogmática civil orientada por las consecuencias y por los principios y no, simplemente, como aún suele ocurrir, por los conceptos. El itinerario de mi exposición será el que sigue. En primer lugar, voy a enunciar algunas de las principales características que reviste el análisis económico del derecho y, al mismo tiempo, voy a señalar algunos de los problemas éticos que ese tipo de análisis plantea.

En esta parte de mi exposición, me serviré de la obra de Coase, Posner y, en menor medida, de lo dicho por Douglas North y por Sen. Como es obvio, mis principales referencias jurídicas irán dirigidas a los sistemas de responsabilidad. Luego de ello, y esta vez en segundo lugar, voy a encarar los sistemas de responsabilidad a la luz de los conceptos vertidos en la primera parte, deteniéndome en particular en los sistemas de responsabilidad por culpa y en los fenómenos que no pueden ser cubiertos por ese sistema de reglas.

Finalmente intentaré enunciar algunas conclusiones relativas a la función que cabe adscribir a un sistema de responsabilidad.

Con todo, y antes de entrar al tema del análisis económico del derecho, me parece útil precisar con claridad el objeto de mi análisis.

Una de las diferencias más notables entre la dogmática civil y la dogmática penal, no radica tanto en la diversa complejidad de su respectivo equipo teórico -en punto a los cual los penalistas aventajan, con mucho, a los civilistas- sino en la orientación de su trabajo reflexivo. Mientras los penalistas suelen lidiar con problemas como la justificación de la pena o la estructura ontológica de la acción humana, los civilistas, en cambio, se encuentran ocupados, más bien, en describir acuciosamente los conceptos contenidos en su respectivo sistema de reglas o en clasificar deductivamente las diversas instituciones contenidas en, por ejemplo, el Código Civil. Mientras los primeros -o sea, los penalistas- explicitan hoy el conjunto de consecuencias morales de sus conceptos, llegando incluso a reclamar, como ocurre con Roxin, una dogmática orientada por la política criminal, ello no ocurre con los segundos -o sea con los civilistas- que tienden más bien al análisis escolástico, o sea, a las querellas conceptuales al interior de la disciplina sin que sea posible, entre quienes cultivan el derecho civil, advertir una preocupación sistemática por las externalidades de las reglas que tan acuciosamente estudian y los efectos de eficiencia o ineficiencia que inevitablemente provocan. Para decirlo una vez más y brevemente, mientras los penalistas parecen preocupados por sentido de la práctica institucional en su conjunto, ello no parece ocurrir con los civilistas quienes, cosa distinta, se ocupan, más bien de los conceptos de esa práctica o de los casos que caen bajo ella sin ocuparse de la práctica en sí misma.

Un buen ejemplo de lo que vengo diciendo es posible hallarlo a propósito de la pena. La dogmática penal se ocupa de un modo casi obsesivo de la justificación de la pena, es decir, del fundamento ético que, en última instancia, pueda ser esgrimido en favor de un sistema de sanciones fundado en el reproche personal: la dogmática penal se ocupa de la eficiencia de su sistema de reglas. La dogmática civil, en cambio, no ha solido ocuparse de justificar un sistema de responsabilidad extracontractual al modo de las teorías de la prevención que esgrimen los penalistas, quienes, de esa manera, ponen de manifiesto las externalidades políticas y sociales de la institución de que se ocupan.

Pues bien. Tengo para mí que el Análisis Económico y en menor

medida ética de los sistemas de responsabilidad civil, pueden contribuir, como dije antes, a que la dogmática civil se ocupe de las consecuencias de segundo orden -esto es, las externalidades- que provocan las reglas de distribución de costos como las que contiene un sistema extracontractual. La exposición que sigue, como quedó ya anunciado, tiene por objeto contribuir a esa orientación de la dogmática. Para ello, y como lo he anunciado reiteradamente, es necesario avanzar algunas consideraciones en torno al análisis económico del Derecho.

I

El análisis económico del Derecho queda, a mi juicio, bien descrito como una aplicación de ciertos conceptos relativos a la racionalidad humana, y provenientes de la economía neoclásica a las reglas e instituciones jurídicas. La racionalidad, desde el punto de vista económico, pero incluso, también desde el punto de vista social o político, según lo han sugerido autores como Weber, Parsons, Tullock o Buchanan, puede ser concebida como la capacidad de comportarse estratégicamente en un entorno de incentivos, o sea, como la capacidad de sustentar un cierto orden de preferencias personales e intentar maximizarlas en la interacción social.¹ Un individuo, desde este punto de vista, actúa racionalmente cuando orienta su acción, en términos instrumentalmente coherentes, hacia la máxima satisfacción posible de un sistema de preferencias ordenado en razón de su intensidad. Cuando Rawls, por ejemplo, en Teoría de

1 La racionalidad supone algunos requisitos adicionales a los señalados en el texto como, vgr., transitividad, reflexividad y completitud. Para ellos puede consultarse Sen, A., *Elección Colectiva y Bienestar Social*. Madrid: Alianza, 1976. En la teoría del Derecho no suele haber estudios sobre la racionalidad individual en el sentido expuesto. En cambio de ello es posible observar estudios relativos a la racionalidad práctica como los de Aarni, Alexi o Atienza. Desde este punto de vista, la consideración de la racionalidad por parte del Derecho-está demás decirlo- se emparenta mas bien, con cuestiones como, por ejemplo, ética aristotélica. Sobre el punto puede consultarse el estudio de Bobbio "La razón en el derecho (observaciones preliminares)"? En: *Doxa* (Universidad de Alicante), n.2.

la Justicia, decide que en la posición original los hombres acordarían sus dos principios de justicia, los está concibiendo con un tipo de racionalidad como el que acabo de exponer, es decir, los está concibiendo como sujetos preocupados de maximizar sus preferencias cualesquiera ellas sean y cualesquiera sea su posición social futura. Del mismo modo, el contratante que asume concientemente una conducta de regateo procurando maximizar sus pago y sobre la base de que su co-contratante procura, en ese momento, hacer lo mismo, actúa desde este punto de vista racionalmente.

El empresario de obras públicas que luego de calcular los sistemas de seguridad de una obra decide que es mejor no invertir en prevención, sino en proveer un fondo para pagar indemnizaciones en caso de la eventual muerte de un obrero, asume, desde este punto de vista, un comportamiento racional, puesto que el empresario decidió, de acuerdo a su escala ordinal de preferencias, que su bienestar, representado en este caso por una tasa de ingresos, resultaba maximizado cuando proveía ahorros para la indemnización y no cuando gastaba recursos en perfeccionar su instrumental de seguridad.

Es decir, para el empresario del caso, y es esta una primera lección del análisis económico, causar daño constituye una elección racional y, además, eficiente. Como observan algunos autores (entre otros el citado Sen) el supuesto de racionalidad supone un cierto egoísmo desinteresado de la ética y de la consideración altruísta. Conviene advertir que este supuesto de la racionalidad -que podemos denominar "racionalidad económica"-constituye una concepción metodológica y no normativa, es decir, no se trata de afirmar ni que los hombres deben actuar de esa manera, ni, tampoco, que de hecho y en todos los casos, lo hagan así. Lo que este supuesto de racionalidad económica afirma es que podemos, en un grado relevante, formular proposiciones predictivas y explicativas de la conducta interactiva de los seres humanos si los concebimos como animados por ese tipo de racionalidad.

En otros términos, lo que afirma el postulado de la racionalidad que he venido examinando es que comprenderemos mejor, y dentro de ciertos límites lograremos predecir con mayor certeza, la conducta del empresario del ejemplo, si lo concebimos como un sujeto dotado de un comportamiento estratégico, que si lo pensamos como un sujeto preocu-

pado de conservar la vida de su prójimo a cualquier costo. Como lo sugiere Calabressi, sólo si concebimos el comportamiento de los actores sociales de esa manera, lograremos explicar por qué las sociedades humanas y los sistemas legales no prescriben complejos sistemas que, con un alto grado de probabilidad técnica, permitirían evitar los accidentes. “Nuestras sociedades -expresa el Profesor de Yale, adoptando implícitamente el punto de vista que he querido poner de manifiesto- no desean preservar la vida humana a cualquier precio”. En su sentido más amplio, la idea desagradable de que estamos dispuestos a destruir la vida nos ha de resultar evidente. Se desarrollan actividades, continúa Calabressi, que por lo menos estadísticamente tienen un coste en vidas humanas cierto. Se construye el túnel del Mont Blanc porque es esencial para el Mercado Común y, además, porque hace más corto el viaje de Roma a París, aunque sabemos de antemano que un hombre morirá por cada kilómetro de túnel construido. Quizás sea lo más ilustrativo el hecho de que en vez de emplear las herramientas más seguras imaginables, usamos aquellas que lo son menos porque -y esta es una razón que de acuerdo a lo expuesto no es nada desdeñable si queremos comprender cómo funcionan las acciones humanas- las primeras resultarían demasiado caras. “Por cierto precio -reflexiona en un punto semejante Douglas North- podemos transformar cada auto en un tanque completamente seguro para sus ocupantes, y ya que serían mucho más escasas las personas dispuestas a pagar el precio de un tanque, este tipo de vehículos ayudaría, al mismo tiempo, a resolver algunos problemas de congestión y contaminación, pero, no obstante todo eso, es poco probable que la idea provoque un entusiasmo arrollador por parte de los consumidores”. Es obvio que la experiencia empírica -susceptible de explicarse en base a ese paradigma de racionalidad- no suministra ninguna evidencia que la vida humana, según gusta decir la gente, “no tiene precio”. Parece, por el contrario, y aunque la idea resulte profundamente desagradable, que sí lo tiene, en el sentido preciso de que hay elecciones que la gente juzga de un mayor valor que la protección de la vida.

Ahora bien. A partir de ese supuesto de racionalidad -que ha sido discutido en sus detalles analíticos pero que, en lo fundamental, y para nuestro objetivo, podemos tener por suficiente- se abren dos cuestiones que interesa considerar especialmente aquí. Se trata, por una parte, de la teoría del bienestar y de la elección social -que subyace, según veremos, a los análisis como los de Calabressi, y, por otra parte, del famoso teore-

ma de Coase, el que, como se sabe, ha sido aplicado a importantes problemas relacionados con la responsabilidad civil. En ese mismo orden, deseo considerarlos en lo que sigue.

Según he expresado, la racionalidad individual -es decir, el supuesto principal del análisis económico- consiste en la capacidad de adoptar un comportamiento estratégico provisto de un sistema ordinal de preferencias (es decir un conjunto de elecciones anticipadas ordenadas en una escala de intensidad). De una manera análoga a ese concepto de racionalidad individual, es posible, ahora desde el punto de vista de sistemas interactivos más complejos, hablar de racionalidad social. La racionalidad social equivaldría, desde este punto de vista, a un sistema social, cuyos resultados fueran adecuados y coincidentes con un sistema de prioridades bien establecido. Una colectividad o unidad social cualquiera que contara con un sistema ordinal de preferencias que resultara coincidente con sus resultados, sería, desde el punto de vista que he venido analizando, una unidad dotada de racionalidad social. Ahora bien, dos problemas quedan planteados a partir del concepto de racionalidad social, a saber, cómo es posible construir un sistema de preferencias sociales a partir de preferencias individuales (problema éste del que se ha ocupado paradigmáticamente el utilitarismo) y, luego; el problema de establecer mediante qué mecanismos de coordinación es posible alcanzar el bienestar social definido por el sistema de preferencias. De ambos problemas se ocupa, como es sabido, la teoría de la elección social. En lo inmediato voy a ocuparme particularmente del primer problema, puesto que el segundo subyace y se encuentra implicado en el teorema de Coase.

El problema que acabo de enunciar -esto es, el problema de cómo es posible adoptar una decisión social partiendo de preferencias individuales- intenta ser resuelto por el conocido óptimo de Pareto (que subyace todavía en importantes teorías de relevancia jurídica y política como la de Rawls). Según Pareto una situación social cualquiera es óptima cuando no se puede aumentar la utilidad de un miembro sin empeorar, por ese hecho, la situación de otro. El principio de optimalidad de Pareto define, pues, el momento de eficiencia económica como una situación de suma cero, es decir, como una situación tal que lo que uno gana inevitablemente el otro lo pierde, o dicho de otro modo, como una situación en la que sólo caben decisiones distributivas.

Como observan Buchanan y Tullock, el óptimo de Pareto posee una justificación ética consistente en que entre dos situaciones distintas se considera superior aquella en la que todos sus miembros están mejor o en la que alguno al menos está mejor sin que ningún otro esté peor. Desde antes veíamos cómo Calabressi constata que realizamos actividades sociales provistos de la certeza estadística de que, al llevarlas a cabo, causaremos graves daños a la vida humana. Pues bien. La decisión de no adoptar todas las precauciones técnicas disponibles a fin de evitar la causación de daños, puede justificarse sobre la base del principio de optimalidad de Pareto: en una situación como la descrita no es posible mejorar la utilidad de uno, sin perjudicar a otro. Es fácil advertir -y así se ha señalado frecuentemente² que el criterio de optimalidad de Pareto no considera cuestiones distributivas y que, según observa Sen, “un estado puede ser óptimo de Pareto con algunas personas en la más grande de las miserias y con otras en el mayor de los lujos, en tanto que no se pueda mejorar la situación de los pobres sin reducir el lujo de los ricos”. Ahora bien. Al no considerar criterios distributivos, y serle indiferente cualquier distribución de utilidad que provoque una situación de suma cero, el óptimo de Pareto no contribuye, en verdad, a ninguna decisión en materia de Derecho de responsabilidad, puesto que un sistema de responsabilidad equivale, en rigor, a un sistema de distribución de utilidades. En otros términos, entre un sistema legal en el que la víctima soporte el costo del accidente y uno en el que lo soporte el victimario, el criterio de optimalidad de Pareto no proporciona ningún criterio para decidir dada su indiferencia frente a cuestiones distributivas. Cosa distinta ocurre, empero, con el criterio de superioridad de Pareto. Para este autor, una decisión social es superior con respecto a otra cuando favorece la unanimidad, es decir, cuando entre la situación x y la situación y, todo miembro de la sociedad prefiere la situación x y se escoge, entonces, esta última situación.

El criterio de superioridad de Pareto se encuentra, obviamente, implícito en el óptimo, pero conviene considerarlo por separado para comprender cómo ha dado origen a un importante principio de la economía del bienestar que subyace, en general, en los sistemas de responsabilidad.

2 Sen, 1989; Schäfer, 1991; Durán, 1992.

Como acabamos de decir, una decisión es superior en el sentido de Pareto cuando es capaz de concitar la unanimidad. Se trata, como se advierte, de un criterio fuerte que concede a las preferencias de cualquiera una suerte de derecho a veto en la elección social. Ello ha llevado a algunos autores a postular una versión más suave del principio. La principal versión afenuada de ese principio es la que formuló el Profesor oxfordiano Kaldor-Hicks. El sostuvo que había situaciones sociales que satisfacían el criterio de superioridad de Pareto no obstante haber perjuicio de uno de los miembros de la sociedad cuyo bienestar se juzga. Este autor sostuvo que una decisión en virtud de la cual al menos un miembro de la sociedad resulta favorecido y, como mínimo, otro resulta perjudicado, sólo debe ponerse en práctica si resulta posible indemnizar al perjudicado con el beneficio del favorecido y si, a pesar de ello, este último sigue teniendo alguna ventaja. Según insistiré más adelante, desde el punto de vista de estos criterios, debe favorecerse la realización exclusiva de acciones dañosas por parte de aquellos que les otorgan más valor y que, por lo mismo, estarían dispuestos a indemnizar. El criterio Kaldor-Hicks que acabo de recordar -con miras, no lo perdamos de vista, a juzgar luego sistemas de responsabilidad- posee varias derivaciones -como por ejemplo, la regla de la subasta de Posner que no es más que una versión procedimental del criterio que acabo de exponer- todas las cuales insisten en el planteamiento fundamental: la decisión de a quién debe permitírsele realizar una cierta acción y de quien debe abstenerse, por ese hecho, de realizar otra, depende del valor que uno y otro le asigne, puesto que, como se acaba de ver, debe realizar la acción aquel que esté dispuesto a pagar por ella, lo cual, desde el punto de vista de la racionalidad individual sólo ocurrirá cuando, pagando para ejecutarla, subsista, todavía, algún beneficio.

Es obvio, y en ello insistiré más adelante, que los sistemas de distribución de daños de los códigos modernos, sustentados en sus diversas versiones en el principio de responsabilidad (el que, a su turno, es defendido esgrimiendo una compleja estructura ontológica de la acción), no satisface ninguno de esos criterios. Los sistemas de responsabilidad con culpa, como es suficientemente sabido, reposan sobre la distinción entre víctima y victimario, determinándose este último, en la casuística, en base a complejas hipótesis de causalidad y culpa las que determinan quién ha de soportar el costo de los daños y no criterios de eficiencia como el de Kaldor-Hicks o la regla de la subasta de Posner. Los sistemas

de responsabilidad subjetiva no explicitan como directriz para su diseño los problemas de distribución.

Quien ha puesto de manifiesto los problemas de distribución subyacentes a todo sistema de responsabilidad -contractual o extracontractual, si bien en este caso, nos interesa en particular el segundo- es Ronald Coase en su conocido ensayo "El problema del costo social", analogado por Stigler, no sin cierta exageración, al descubrimiento de Arquímedes. "El enfoque tradicional -expresa en ese texto Coase, procediendo a definir los términos del problema- ha tendido a oscurecer la naturaleza de la elección que encierra. El problema se formula comúnmente como uno en el que A ocasiona daño a B y lo que tiene que decidirse es: ¿Cómo se puede restringir a A? Pero esto es erróneo. Estamos tratando un caso de naturaleza recíproca. Evitar daño a B infligiría un perjuicio a A. La cuestión real que debe decidirse es: ¿Debe permitirse que A dañe a B o que B dañe a A? La cuestión es evitar el daño mayor."³

"El problema que enfrentamos al manejar acciones que tienen efectos dañinos no es sencillamente, expresa Coase, restringir a los responsables de los mismos, o sea, en el lenguaje de los sistemas subjetivos, a los culpables. Lo que debe decidirse es si la ganancia por evitar el daño es mayor que la pérdida que se sufriría de otro modo, como resultado de detener la acción que produce el daño. En un mundo donde hay costos de reordenar los derechos establecidos por el sistema legal, la justicia, en casos relativos a molestias, está tomando decisiones económicas sobre cómo ha de emplearse los recursos. Se sostuvo que las cortes están conscientes de esto y que a menudo realizan, aunque no siempre en una forma muy explícita, una comparación entre lo que se ganaría y lo que se perdería evitando las acciones que tienen efecto dañino. Pero la delimitación de derechos es también resultado de leyes. Aquí también hallamos pruebas de la aplicación de la naturaleza recíproca del problema".⁴

Un ejemplo de un planteamiento como el de Coase -que se traduce, como vengo diciendo, en maximizar la eficiencia y ver los daños como un problema de bienestar- es posible hallarlo en el Código Civil de

3 Coase, 1992, 82.

4 Coase, 1992, 114.

Bello de mediados del siglo XIX, obviamente inspirado en propósitos utilitaristas. El Art. 945° de ese Código -que aún subsiste en el Código de Aguas chileno- discurren en torno a quién puede cavar un pozo para obtener agua (un bien evidentemente escaso) expresa que “cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no se reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegararlo”. Como se ve, un Código clásico como el de Bello recoge el planteamiento de Coase en la versión del criterio de bienestar de Kaldor-Hicks.

Con todo, y antes de seguir a Coase en el análisis que acabo de transcribir y parafrasear, resulta imprescindible, según creo, recapitular lo que, hasta ahora, he intentado decir.

Como dije, el problema de la racionalidad económica plantea dos problemas, a saber: el problema de cómo estructurar una escala social de preferencias a fin de precisar un óptimo colectivo y el problema, relacionado con este pero distinto, de determinar cómo es posible coordinar acciones individuales a fin de alcanzar ese óptimo previamente definido. En torno al primer problema, recordé los conocidos criterios de Pareto, Kaldor-Hicks y Posner, estableciendo que un criterio superior -supuesto el modelo de racionalidad neoclásico- es uno que establezca que resulta socialmente preferible que ejecute acciones aquel que las valora más y que, por lo mismo, se encuentre dispuesto a indemnizar a aquellos a quienes causa perjuicio. De esa manera, según mostré, se elude el criterio fuerte de la unanimidad (o sea, la versión superior de Pareto) y se satisface el óptimo, puesto que, como es fácil comprender, se mejora a un sujeto sin que ello signifique, al mismo tiempo, perjudicar a otro. Lo que interesa desta car de este criterio es que supone, implícitamente, sistemas de imputación para pagar indemnizaciones. Un sistema de pago de indemnizaciones, como el que se sigue de los criterios de bienestar o de elección social que acabo de exponer, constituye un sistema de distribución de costos que puede ser juzgado en base a criterios de bienestar social. Quien ha puesto de manifiesto este importante aspecto de los llamados sistemas de responsabilidad, ha sido, como acabo de decir, Ronald Coase; pero el análisis de sus tesis, hartamente conocidas por lo demás, nos conduce, en rigor, al segundo problema que anuncié, o sea, nos conduce al problema de establecer cómo es posible coordinar acciones individua-

les que satisfagan los criterios óptimos -como el de Pareto o Kaldor-Hicks- de eficiencia.

Ese problema es uno habitual en los análisis sociales e institucionales y suele ser expuesto en la teoría de juegos recurriendo al conocido ejemplo -que yo, por cierto, no voy a reiterar en sus detalles- del dilema del prisionero. En la situación del dilema del prisionero hay dos sujetos cuya racionalidad individual los conduce a un resultado ineficiente, es decir, a un resultado que, conocidos todos los detalles, no podría concitar unanimidad⁵.

El análisis de las condiciones bajo las cuales se verifica el dilema, permite llevar a cabo importantes indagaciones en torno a los problemas de elección y, en particular, ayuda a esclarecer las condiciones bajo las cuales la cooperación alcanza niveles de eficiencia. En torno a un problema como este discurre el famoso teorema de Coase. Este postula que mientras los costos de transacción⁶ tiendan a cero, siempre se producirá una reasignación de los derechos (o, lo que es lo mismo, de los recursos) hacia los agentes económicos que más valor les atribuyen (cumpliéndose, de esa manera, el criterio de eficiencia, por ejemplo, de Kaldor-Hicks). O sea, con costos inexistentes -lo que implica un sistema de precios perfecto- siempre se producirá una solución económica eficiente, con absoluta independencia de la adjudicación por vía de autoridad -legal o judicial- que se haya hecho de ese derecho. Para decirlo una vez más, con

-
- 5 En los postulados de Coase y, en general dentro de la tesis del Law & Economics, la idea fuerte, a la que deben tender los resultados de los esfuerzos jurídicos y prácticos, es la noción de eficiencia que, por parte, subyace a los diversos criterios que revisé más arriba. La eficiencia económica entendida como “la relación entre los beneficios totales de una situación y los costos totales de la misma”, de tal manera que del manejo y explotación de los recursos su valor resulte maximizado, que el valor final de la producción sea el máximo.
- 6 Los “costos de transacción” comprenden, entre otros, los costos que demanda la individualización de los agentes con los que hay que contactarse; los costos que implican el reunirse y las negociaciones propiamente tales; y los costos en que se incurre poniendo en práctica los acuerdos alcanzados, o sea, los costos del cumplimiento de los pactos.

costos de transacción bajos o nulos, los derechos de propiedad siempre serán transferidos a la parte que más los valora -por la vía de acuerdos y transacciones entre los interesados- no importando en favor de quienes hayan sido establecidos originariamente dichos derechos. En términos de la civilística, el teorema de Coase, afirma que con costos de transacción inexistentes, los agentes siempre alcanzarán la solución óptima no importando cuál sea la atribución de responsabilidades y los criterios para establecerla, es decir, que en las condiciones planteadas por Coase, la discusión en torno a la culpa, el riesgo, la responsabilidad y las indemnizaciones, carecerían de toda relevancia porque, y he aquí lo decisivo, las partes negociarían hasta alcanzar la solución eficiente. Desde el punto de vista de Coase nada más se requiere definir los derechos de las partes a fin que, a partir de allí, puedan ellas negociar. "Es necesario conocer -expresa Coase- si la actividad perjudicial es responsable o no del daño causado, ya que sin establecer esta delimitación inicial de derechos no pueden existir transacciones de mercado para transferirlos y recombinarlos. Pero el resultado final (que maximiza el valor de la producción) es independiente de la tesis de la ley, si se supone que el sistema de precios actúa sin costos."

Lo que este autor pone de manifiesto en el teorema al que me acabo de referir, es que en un mundo donde no existan costos de transacción -es decir, un mundo donde no se requieran recursos para definir los derechos y hacer cumplir las promesas⁷ -resulta indiferente el sistema de responsabilidad que se adopte siempre que se adopte alguno. Ahora bien. Es evidente, sin embargo, que el mundo descrito en el teorema de Coase y en la economía neoclásica no es nuestro mundo. El nuestro es un mundo con costos de negociación y de transformación al cual no le resulta indiferente el sistema de asignación de responsabilidades previsto por las reglas. Conforme aumentan los costos de transacción y las fallas de mercado, las partes cada vez más se encuentran en las condiciones definidas por el dilema del prisionero, es decir, impedidas de alcanzar resultados eficientes que puedan idealmente concitar unanimidad. Las reglas legales de responsabilidad, en consecuencia, alcanzan su máxima importancia puesto que pueden no coincidir con los resultados eficientes, o pueden

7 North, 1993.

obligar a las partes a incurrir en altos costos o a aceptar la solución no óptima.

Hemos seguido hasta aquí el argumento bajo el supuesto de que no existían costos para llevar a cabo las transacciones de mercado. Este es, obviamente, un supuesto muy irreal. Para llevar a cabo transacciones de mercado, es necesario, entre otras cosas, descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente que deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inscripción necesaria para asegurarnos de que los términos del contrato se observan. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcionase sin costos.

En secciones anteriores, cuando tratamos el problema de reordenamiento de los derechos legales a través del mercado, se sostuvo que tal reordenamiento se haría a través del mercado cada vez que esto condujera a un incremento del valor de la producción. Pero esto suponía transacciones de mercado sin costo. Una vez que son tomados en cuenta los costos de llevar a cabo transacciones de mercado, es claro que tal reordenamiento de los derechos sólo se emprenderá cuando el incremento en el valor de la producción a consecuencia del reordenamiento sea mayor que los costos en que se incurriría por este hecho. Cuando es menor, la concesión de un requerimiento judicial (o el conocimiento que se concederá) o la responsabilidad de pagar daños puede hacer que se suspenda una actividad, que se llevaría a cabo si las transacciones de mercado no tuviesen costo. En estas condiciones, la delimitación inicial de los derechos legales tiene un efecto en la eficiencia con que opera el sistema económico. Un ordenamiento de los derechos puede ocasionar un mayor valor en la producción que cualquier otro. Pero si este arreglo de derechos no es establecido por el sistema legal, los costos de alcanzar el mismo resultado alterando y combinado los derechos a través del mercado pueden ser tan grandes que este arreglo óptimo de los derechos, y el mayor valor de la producción ocasionaría, puede que nunca se logre.⁸

8 Coase, 1992, 98.

El planteamiento de Coase -central en el problema que vengo examinando- posee un conjunto de características conceptuales que es necesario dilucidar para contraponerlas al lenguaje del jurista. Sin embargo, me parece más útil posponer el análisis de esos problemas -suscitados, por ejemplo, por el particular uso de la palabra !derecho!-por un momento para detenerme, nada más, en las implicancias precisas que, para un sistema de responsabilidad patrimonial, posee ese planteamiento.

Lo que ese planteamiento pone de manifiesto es que un sistema de reglas de responsabilidad debe asemejarse lo más posible a la solución que autónomamente alcanzarían las partes en un mundo sin costos de transacción, para lo cual el sistema jurídico debe definir claramente los derechos de las partes de una manera cercana al óptimo o de una manera tal que resulte conveniente negociar para alcanzar ese óptimo.

Como se ve, luego de este apresurado -y espero que no demasiado confuso- recorrido por los supuestos del análisis económico, tenemos ya un criterio que nos permite juzgar y evaluar, de una manera que, según veremos no es del todo extraña a los juristas, un sistema de responsabilidad. El criterio consiste en averiguar si acaso las reglas de asignación de responsabilidades se acercan al óptimo tal como lo define, por ejemplo, Kaldor-Hicks.

¿El sistema de distribución previsto en las reglas de responsabilidad por culpa satisface esos criterios de eficiencia?. Es decir, ¿resuelve lo que las partes resolverían si pudiesen negociar en un mundo sin costos de transacción?. Antes de intentar responder esa pregunta, conviene detenerse brevemente en la metodología que lleva implícita. Esta metodología de evaluación que sugiere el análisis económico y que supone preguntarse qué harían las partes en un mundo sin fricciones, no es, como dije recién, extraña a los juristas y aparece en el ámbito de los negocios jurídicos a propósito, por ejemplo, del análisis del Art. 1110° del Código Civil francés (el llamado error en la substancia que Jacques Floeur, por ejemplo, recomienda investigar mediante investigaciones psicológicas en el pasado condicional) o de los modelos típicos ideales, como el del buen padre de familia, que se suelen utilizar para juzgar el comportamiento negligente o el modelo del contrato perfecto como estrategia jurisprudencial para suplir los vacíos o insuficiencias del acuerdo alcanzado por las partes o, en fin, el modelo del fair play de la jurisprudencia.

dencia americana. El criterio seguido por el análisis económico del derecho para juzgar los sistemas de responsabilidad no es, pues, extraño a los juristas. Lo inédito de este criterio -que, para fines expositivos he simplificado- es la particular situación definida por el modelo hipotético: el legislador o el juez deben asignar el derecho -todo derecho de actuación- del modo en que lo habrían hecho las partes en el mercado perfecto del modelo neoclásico. Se observa a primera vista lo fascinante del planteamiento. No tenemos tiempo de explorar el conjunto de sus resonancias pero, por lo pronto, y antes de volver al tema de la responsabilidad que prioritariamente nos interesa, déjenme llamar la atención acerca del hecho que se trata de la misma metodología sugerida por autores como Rawls o Habermas a nivel de la teoría ética, verificándose aquí una de las zonas de coincidencia de la reflexión contemporánea más notable. Debemos retornar, sin embargo, al tema de la responsabilidad. ¿Son eficientes nuestros sistemas de responsabilidad y, en particular, nuestro paradigma de responsabilidad, a saber, los sistemas de responsabilidad por culpa? ¿Son eficientes, es decir, y de acuerdo a lo expuesto, facilitan la coincidencia con el óptimo que definen las hipótesis de racionalidad económica del modo en que lo hemos visto? La consideración detenida de esta pregunta supone, como es obvio, revisar someramente el sistema de responsabilidad por culpa, cuestión que, según lo anunciado al inicio, nos conduce a la segunda parte de esta ponencia y -les ruego no desespere- hacia el final de ella.

II

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, y según he dicho reiteradamente, un sistema de responsabilidad por daños equivale a un conjunto de reglas que establecen un cierto patrón de distribución de los costos -primarios, secundarios y terciarios- de los accidentes. Desde este punto de vista -es decir, desde el punto de vista económico- un sistema de responsabilidad tiene como objetivo controlar la asignación de recursos para conseguir la eficiencia en su asignación y, al mismo tiempo, una ganancia de bienestar para la sociedad en su conjunto. La función principal de la responsabilidad civil -desde el punto de vista de una economía del bienestar- es, pues, y siguiendo la famosa fórmula de Calabresi, el decano de Yale, la de reducir la suma de los costos de los accidentes y de los costos de evitarlos.

Ahora bien. Atendido que los costos de los accidentes -según la famosa afirmación de Calabressi- son de tres clases, tres son, también, los fines de un sistema de responsabilidad por daños, a saber: reducción del número y gravedad de los accidentes (cuya externalidad inmediata son los costos primarios); reducción de los costos sociales derivados de los accidentes (esto es, reducción de los costos secundarios); y, en fin, reducción de los costos terciarios (esto es, la reducción del costo en que ha de incurrirse para la distribución y liquidación del daño ya producido).

El primer objetivo -esto es, la reducción de los costos primarios- puede lograrse mediante cualquiera de las dos siguientes fórmulas: mediante un sistema de prohibiciones de actividades específicas que causan daño o, en cambio, encareciendo esas actividades en razón del costo de los accidentes que provocan. Al primer método suele denominársele (desde Calabressi) "método de prevención específica"; al segundo, que supone un sistema de precios asociado a actividades dañosas, se le denomina "método de prevención general" y equivale, simplemente, a un sistema de mercado que en sistemas como el nuestro (donde la indemnización es puramente reparadora) no puede ser aplicada jurisprudencialmente. La jurisprudencia americana, en cambio, dispone de un buen ejemplo de cómo los jueces, procurando alcanzar los óptimos que anteriormente definimos, pueden aplicar un método de prevención general. En el caso de los Estados Unidos contra Carroll Towing Co, el juez federal norteamericano Learned Hand desarrolló un criterio de prevención provisto de racionalidad económica. En este pleito, se discutió si acaso podía obligarse a la Compañía a tener permanentemente a un vigilante a bordo del barco a fin de prevenir que se soltasen las amarras y se causara un accidente. La obligación del propietario, dijo el juez, es en función de tres variables, a saber, la probabilidad de que el barco se suelte; la cuantía de los daños cuando esto ocurre; y, en fin, los gastos en medidas adecuadas de prevención.

El segundo objetivo -esto es, la reducción de los costos secundarios- se traduce en la necesidad que el daño que provocan los accidentes posea el menor costo posible. Es obvio, como se comprende, que el costo derivado de los accidentes, para que este objetivo tenga sentido, no puede ser medido en términos absolutos. En términos absolutos (o, dicho de otro modo, en términos no económicos) el costo de los daños asociados a un accidente es siempre el mismo y, en consecuencia, parecería

indiferente, para el bienestar de la sociedad en su conjunto, quien pague. Desde un punto de vista económico, en cambio, el problema de los costos deber ser apreciado por relación a una variable de beneficio o de perjuicio (en el caso del costo oportunidad). Desde este último punto de vista -que económicamente equivale al principio de disminución de la utilidad marginal del dinero- el costo secundario de los accidentes es distinto, para el bienestar de la sociedad en su conjunto, según como se distribuyan.

De conformidad con el principio de utilidad marginal, cuando mayor es el número de bienes disponibles para un sujeto, menor es la utilidad o valor que a ese mismo sujeto reporta a cada unidad adicional de bienes. Así, pues, la reducción de costos secundarios asociados a los accidentes puede lograrse eficientemente mediante varios sistemas de fraccionamiento personal y temporal de daños que podrán permitir, incluso, una disminución adicional de los costos primarios, como si, por ejemplo, se distribuyesen los costos secundarios entre las personas más ricas, puesto que, en este caso, estas personas -que están en mejores condiciones para impedir que ocurran accidentes- tendrán un incentivo para evitarlos, según lo indica la conocida tesis del *cheapest cost avoider* (supuesto, claro está, que el costo de evitarlos sea menor que el de pagar fraccionada mente los costos secundarios). Los métodos más conocidos de un sistema de reducción de costos secundarios son los diversos sistemas de seguros -voluntarios u obligatorios- que suponen un fraccionamiento temporal y personal de los costos de los accidentes.

El tercer objetivo, equivale a reducir los costos de administración (costos de transacción, desde el punto de vista económico) que suponen los precedentes sistemas de tratamiento de los daños sociales. Este tercer objetivo obliga, permanentemente, a tener en cuenta, en la evaluación de los sistemas de responsabilidad, su diverso costo alternativo y la relación entre el costo de los accidentes y el costo de evitarlos.

El sistema de responsabilidad por culpa que establece el Código Civil chileno y que aparece en toda la codificación moderna, puede ser evaluado, como es obvio, preguntándonos qué funciones, de las tres que se acaban de identificar, cumple, para, luego, tal preguntarnos si lo hace eficientemente, o sea, si lo hace de una manera tal que los sujetos en condiciones ideales de mercado habrían autónomamente convenido.

Un sistema de responsabilidad por culpa es, al igual que todo sistema de responsabilidad, un sistema de distribución de costos. Se trata, pues, de un sistema de reglas en base a las cuales es posible determinar qué persona o grupo social paga el costo de los accidentes y en qué monto. Frente a esa pregunta, un sistema de responsabilidad por culpa responde diciendo que el costo de los accidentes ha de recaer sobre quien los causa culposa o dolosamente y que, en cualquier otro caso, ha de soportarlos la víctima. El monto que debe ser soportado por la víctima o el victimario, según este sistema, ha de ser uno igual al de los daños inferidos a la víctima directa y a las víctimas por repercusión.

Así descrito, un sistema de responsabilidad por culpa equivale a un sistema que, muy defectuosamente, intenta reducir los costos primarios de los accidentes según un método de mercadeo, puesto que, como se sigue de los anteriores análisis, se trata de un sistema que intenta encarecer las actividades que causan daño haciendo pagar a quienes las ejecutan culposa o dolosamente. En cuanto a costos secundarios, se trata de un sistema altamente ineficiente puesto que no considera el fraccionamiento de los daños ni personal ni temporalmente y, además, se trata de un sistema que, como es fácil advertir, no considera la totalidad de los costos de cargo del victimario. Los costos de bienestar, los costos de oportunidad y los costos terciarios se pagan por el gasto público o en pérdida de bienestar por la sociedad en su conjunto.

¿Qué razones hay, entonces, para mantener un sistema de responsabilidad por culpa? Las razones que pueden esgrimirse en favor de la mantención de un sistema como éste no son, por cierto, económicas sino morales o de justicia. Se suele pensar que lo justo o lo moralmente debido es que quien causa un accidente soporte el costo total de los daños. Sin perjuicio de que una justificación como esta sólo puede ser esgrimida en sistemas que consideran a la indemnización con funciones punitivas -cuestión que, como es sabido, no ocurre en nuestro sistema- debe señalarse aquí que ese objetivo tampoco lo logra un sistema de responsabilidad por culpa. En efecto, puede ocurrir, y de hecho ocurre, que un sistema de responsabilidad por culpa no logre evitar ni menos reducir ninguno de los costos asociados a los accidentes. Así ocurrirá cuando quien causa accidentes ha accedido, como suele ocurrir, a un sistema de fraccionamiento voluntario, vgr., median te la contratación de un seguro. En un caso como éste -de común ocurrencia en un sistema de responsabi-

lidad como el que se viene analizando los costos secundarios están pagados y fraccionados de antemano en una comunidad voluntaria de mercado; por lo mismo, no hay razón alguna para que el sujeto que ex ante fraccionó el daño evite causar accidentes puesto que su tasa de bienestar, en cualquier hipótesis es la misma; y, en fin, el gasto público asociado a los costos terciarios fueron obviamente ineficientes, puesto que el fundamento esgrimido en su favor (que quien causa los accidentes, pague) resultó ser falaz en los hechos, toda vez que el aparato estatal persiguió un objetivo que, de antemano, y en virtud de decisiones de mercado, no podía alcanzar.

Así, pues, puede concluirse que el sistema de responsabilidad por culpa es económicamente ineficiente y, además, no alcanza los objetivos morales explícitos que esgrime en su favor puesto que el mercado impide que el victimario pague. Ni reduce los costos de los accidentes, ni cumple funciones punitivas, ni se traduce en el logro de una mejor tasa de bienestar para la sociedad en su conjunto.

III

Si el anterior análisis es correcto -es decir, si, en efecto, los sistemas de responsabilidad subjetiva son ineficientes y no reducen por modo relevante ninguno de los costos asociados a los accidentes -entonces cabe preguntarse por qué personas serias, agudas e inteligentes se esmeran en construir sofisticadas teorías de causalidad y de previsión encaminadas a determinar quién es el culpable y hacerlo pagar. Como ustedes comprenden, si el anterior análisis es correcto -y yo creo que en un grado relevante lo es- resulta a lo menos extraño que la comunidad de juristas se involucre en complejas disquisiciones referidas a la acción humana -como, por ejemplo, la vinculación entre deseos y propósitos- a fin de otorgar plausibilidad teórica a esos objetivos que, según hemos visto, los sujetos eluden mediante decisiones de mercado.

Una pista interesante relativa a por qué eso puede ocurrir, nos la proporcionan algunos análisis relativos al origen de la responsabilidad. El que tal vez sea uno de los juristas más finos y menos estridentes de la academia francesa, me refiero a Michel Villey, ha indagado en torno al

origen de nuestros actuales sistemas de responsabilidad. La hipótesis de Villey, que estimo absolutamente plausible, es que los sistemas de responsabilidad subjetiva se vinculan a una cierta valoración de voluntad que se vincula al surgimiento del nominalismo y, por esa vía, a la modernidad. Frente a un sistema comunitario, y en suma aristotélico de asignación de costos, el mundo moderno habría erigido a la voluntad no sólo en la base del sistema de derechos subjetivos (como el propio Villey lo ha sugerido) sino, también, en la base de nuestro sistema de distribución de daños. No obstante su ilustre raigambre, la idea de que podemos ser culpables es una idea que secularizada sólo llega a sus extremos con la modernidad: bien mirada, es la contrapartida de la autonomía de la voluntad que reclaman Grocio y Pufendorf al fundar la obligatoriedad de las promesas. Si, en efecto, nos podemos obligar en virtud de declaraciones de voluntad celebrando negocios jurídicos y contratos, es porque somos capaces de autodeterminar nuestras acciones y porque nuestra voluntad y nuestros deseos son el origen genuino de cambios en el mundo. Si así no fuera, no habría ninguna razón justificatoria para exigir el cumplimiento de las promesas.

Ahora bien, si somos agentes genuinos de nuestros com promisos contractuales, razona la modernidad, también lo somos de todas nuestras acciones, incluídas, por cierto, aquellas que causan daño. Así, una misma idea, la de la preeminencia de la voluntad, funda dos instituciones incompatibles en cuanto a sus efectos, una, el contrato, que permite la búsqueda de la eficiencia mediante el intercambio libre, otra, la responsabilidad por culpa, que busca un objetivo que acaba produciendo ineficiencia. No deja de ser paradójico -y es lo que me interesa sugerir- que la idea que funda la obligatoriedad del principal instrumento del mercado (el contrato) sea, al mismo tiempo, la idea que conduce a ineficiencias económicas, puesto que, como hemos visto, la idea de la responsabilidad con culpa nunca alcanza los óptimos definidos por la economía del bienestar. La responsabilidad por culpa sería, así, la consecuencia inevitable, aunque socialmente ineficiente, de nuestra concepción del ser humano como individuo autónomo, o sea, como lo ha sugerido Sen, de un individuo cuyo valor ético radica en ser agente de sus propios actos. Obligatoriedad del contrato y responsabilidad, se encontrarían de esa manera vinculados al valor del ser humano como agente, o sea, como centro genuino de intereses y de decisiones en base a esos mismos intereses.

La situación que en cuanto a la responsabilidad, que puede ser detectada en el ámbito de la responsabilidad civil, no es muy distinta a la que puede advertirse en el ámbito de la responsabilidad criminal tal como queda definida por la dogmática penal.

La responsabilidad criminal -que, en aspectos relevantes, como lo ha mostrado Hart, guarda parentesco con la responsabilidad civil- se sustenta, como es sabido, en la idea de que el ser humano es un agente, o sea, un ente capaz de introducir cambios en el mundo mediante acciones voluntarias. Esa idea -que es la misma que subyace a los sistemas de responsabilidad con culpa- es la que permite impedir que se sancione cualidades o características, como el color de la piel, por ejemplo, que no son acciones. Desde esta perspectiva y es lo que muestran análisis como los de Roxin, por ejemplo- la teoría del delito, o sea, la teoría de la responsabilidad penal, -cumple funciones que se traducen en la protección y en logro eficiente de ciertos objetivos político criminales.

Suele ocurrir con la dogmática penal, sin embargo, que sus ejecutores no justifican explícitamente el contenido normativo y político que sus teorías inevitablemente poseen, sino que los encubren con complejas disquisiciones relativas a supuestas estructuras ontológicas de la acción humana. Es notable que un autor como Welzel, por ejemplo, que endosa explícitamente las tesis centrales del cognoscitivismo ético-esgrima en contra de la penalización de cualidades adscritas la estructura finalista de la acción, presentando así bajo ropaje descriptivo una conclusión que quedaba mejor presentada como un requerimiento moral del Estado de Derecho.

Como es obvio, si la teoría dogmática tiene consecuencias normativas (una de cuyas especies está constituida por sus posibilidades rectificadoras) es porque sus premisas poseen carácter normativo y no meramente fáctico o descriptivo o, como diría un autor como Raz, la teoría dogmático-penal tiene consecuencias normativas porque se estructura según razones prácticas y no según razones puramente teóricas; las razones teóricas resultan estipuladas en razón de la argumentación práctica. Porque desde el punto de vista de la razón práctica no resulta correcto penalizar a un hombre en razón de cualidades adscritas, debe estipularse una estructura finalista para la acción y no a la inversa. Es evidente que el razonamiento inverso resulta perfectamente inútil: de la constatación

meramente fáctica que la acción es finalista, no se sigue que no deba penalizarse una cualidad adscrita. Dadas ciertas características ontológicas de la acción humana, resulta indiferente a su respecto cualquier decisión normativa. Si eso fuera la teoría penal, ella sería perfectamente inútil como instrumento político criminal.

A ese tradicional planteamiento de la dogmática penal -centrado en los problemas de la acción y la responsabilidad- lo sucede, cada vez con mayor fuerza, un tipo de dogmática penal que explicita con franqueza sus objetivos político criminales proclamando, como lo haría Roxin, una dogmática penal atenta a las consecuencias y a la eficiencia político criminal del sistema.

Lo que deseo sugerir -y que anuncié al comenzar estas palabras- es que la dogmática civil ha razonado preeminentemente en torno a conceptos -al modo intenso y exclusivo en que, alguna vez, lo hizo la dogmática penal- olvidando la función de bienestar que inevitablemente posee. En mi opinión, la dogmática civil debe recorrer un camino semejante al de la dogmática penal: debe transformarse progresivamente en una dogmática atenta a sus propias consecuencias y preocupada de la eficiencia del sistema de reglas que describe. Como lo espero lo haya mostrado el análisis precedente, los sistemas de responsabilidad civil y las reglas de los contratos poseen un sentido económico tan profundo como inevitable, motivo por el cual la dogmática civil debe enderezarse, a partir de teorías como el análisis económico del derecho, hacia una revisión de su equipo conceptual. Esa, tal vez, sea una buena manera de construir una dogmática atenta a las consecuencias -que no es lo mismo que una dogmática consecuencia lista⁹ - preocupada del bienestar y de la eficiencia.

Lo precedentemente dicho, no se me escapa, no puede ser sugerido, y yo no he pretendido hacerlo, respecto de todo el Derecho civil sino, nada más, del derecho civil que en este Congreso nos ocupa, o sea, del Derecho civil patrimonial. Es evidente, y espero que así lo haya mostrado el análisis que han debido soportar, que los conceptos del Derecho civil patrimonial quedan bien expuestos en el lenguaje del análisis econó-

9 Sen, 1989.

mico. No tiene sentido en el ámbito del Derecho civil patrimonial, hablar de “derechos” en un sentido fuerte, tendiendo a hipostasiar los derechos subjetivos como si se tratase de entidades metafísicas. Resulta más ajustado a la función del derecho patrimonial hablar de “derechos” en un sentido más débil, esto es, como títulos de exclusividad para ejecutar ciertas acciones, o sea, en algún sentido, como monopolios respecto de cierta esfera de asuntos. Eso -ser un simple título de exclusividad para ejecutar ciertas acciones- es lo único que tienen en común, por ejemplo, derechos como el de propiedad o dominio, por un lado, y el derecho patrimonial de autor, por el otro, los cuales, desde el punto de vista clásico, o sea, bajo la forma de derecho real y derecho personal son incommensurables. La idea, pues, de generalizar el análisis económico -sea en la forma pura, sea bajo la forma de análisis institucional- la he intentado hacer plausible nada más respecto del derecho civil patrimonial, o sea, respecto del Derecho de daños y del Derecho de contratos (los que, poseyendo funciones distintas, se fundan en la misma idea de preeminencia de la voluntad).

Al lado del derecho patrimonial hay toda otra inmensa zona -la de la esfera de la personalidad- que debe mantenerse dogmáticamente independiente y donde la idea del ser humano como ente autónomo, como agente genuino de un cierto plan de vida, adquiere una dimensión distinta. En el ámbito de la personalidad, en efecto, la idea de autonomía funda la idea de dignidad y de inviolabilidad de la persona, de la cual también ha de ocuparse el Derecho civil. En la medida que el Derecho civil concibe a los seres humanos como capaces de autodeterminación, supone, entonces, que los seres humanos son responsables por sus actos voluntarios, y que, en consecuencia, no se les puede hacer reproche ni maltratar por eventos o cualidades adscritas sobre los cuales carecen de toda posibilidad de control.

Esta dimensión del Derecho civil, que supone valorización de la autonomía y de la capacidad de decidir responsabilidad por los propios actos y nada más que por los propios actos y proscripción del uso de seres humanos como meros medios para cualesquier fin, posee una particular relevancia en el derecho de la persona pero no cabe generalizarla irreflexivamente hacia la esfera de la responsabilidad, salvo, quizá, para conceptualizar ciertas formas de daño imperfectamente descritas hasta ahora, como por ejemplo, el daño moral. En la esfera de la responsa-

bilidad, en cambio, debemos aceptar lo que, en “Tragic Choices”, sugiere Calabressi: “no podemos conocer por qué el mundo sufre; pero podemos saber cómo el mundo decide que sufrirán unas personas y no otras”.