

### CAPÍTULO TERCERO

## LOS DEBERES A LAS PERSONAS SEGÚN EL DERECHO COMÚN Y LA EQUIDAD INGLESES Y ANGLOAMERICANOS

La cartografía jurídica de Blackstone del sistema del derecho común y la equidad —*common law and equity*— de derechos y delitos no encontró lugar para los contratos.<sup>238</sup> Incluso hoy, la categoría de contratos tiene dificultades para encontrar su lugar en el derecho común y la equidad angloamericanos. Durante la segunda mitad del siglo XX, el decano Gilmore afirmó que “el contrato [fue] reabsorbido en la corriente principal del tuerto [...] la categoría residual de responsabilidad civil”.<sup>239</sup> Expresó su alarma por la aplicación cada vez mayor de las doctrinas del enriquecimiento ilícito y el *estoppel* promisorio.<sup>240</sup> De hecho, muchas doctrinas sobre la equidad se ubican entre los tuertos y los contratos. El jurisconsulto romano Gayo fue el primero en distinguir las categorías de *delictus* y *contractus*.<sup>241</sup> Los jurisconsultos romanos posteriores ampliaron la clasificación de Gayo. En el *corpus iuris civilis* encontramos dos categorías más que se ubican entre los delitos y los contratos: los cuasidelitos y los cuasicontratos.<sup>242</sup>

Los deberes a las personas no sólo se derivan de los tuertos y los contratos, sino también de las relaciones que surgen entre

---

<sup>238</sup> Blackstone, William, *Commentaries on the... , cit.*, p. 122.

<sup>239</sup> Gilmore, Grant, *The Death of Contract*, 1974, p. 87.

<sup>240</sup> *Ibidem*, pp. 55-85. Véase también Jenson, Darryn, “Critique and Comment: the Problem of Classification in Private Law”, *Melbourne University Law Review*, núm. 31, 2007, p. 534.

<sup>241</sup> *Institutiones de Gayo* 3.88.

<sup>242</sup> *Instituta de Justiniano* 3.13.2.

personas que deben confiar entre sí —en su sentido no técnico— en un orden social descentralizado. Tomando prestada la terminología del derecho civil romano-germánico, llamamos a estas obligaciones “relacionales”, en contraposición a las obligaciones “contractuales” y “delictivas”. Estos deberes, que los estudiosos del análisis económico del derecho han tardado en reconocer,<sup>243</sup> son fundamentales para la economía de mercado. En la práctica, los incentivos en muchas relaciones productivas están determinados tanto por un contrato formal como por aspectos de las obligaciones relacionales.<sup>244</sup> Al mapear el derecho común y la equidad ingleses y angloamericanos, clasificaremos las “obligaciones relacionales” como instituciones que apoyan a los mercados.

Si bien los académicos del derecho y la economía han avanzado en su análisis de los tuertos —*torts*, en inglés—, el progreso logrado en materia de contratos sigue sin estar a la altura, como bien señala el iuseconomista Eric A. Posner. Hace unos años, mientras examinaba el campo de los contratos, Posner sostuvo que “el análisis económico no ha logrado producir una teoría económica del derecho contractual, y no parece probable que pueda hacerlo”.<sup>245</sup> El doble fracaso sobre el que llama la atención implica tanto la escasez de una teoría positiva como la falta de una normativa.<sup>246</sup> La opinión de Posner es desconcertante, porque entre el resurgimiento de la hipótesis del incumplimiento contractual eficiente y la idea de la contratación incompleta, el enfoque económico de los contratos representó un avance para la ciencia jurídica. Hace unos años, al examinar el ámbito de los

---

<sup>243</sup> Watson, Joel, “Theoretical Foundations of Relational Incentive Contracts”, *Annual Review of Economics*, núm. 13, 2021.

<sup>244</sup> Joel Watson, David Miller y Trond Olsen han estudiado este tema y propuesto un modelo. Véase el artículo de estos autores “Relational Contracting, Negotiation and External Enforcement”, *American Economic Review*, núm. 110, 2020, p. 2153.

<sup>245</sup> Posner, Eric, “Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?”, *Yale Law Journal*, núm. 112, 2003, p. 830.

<sup>246</sup> Véase el libro del citado autor *Contract Law & Theory*, 2011.

tuertos —*torts*—, el iuseconomista Stephen G. Gilles sólo podía apuntar hacia al criterio del cuidado óptimo y la idea del agente que implemente las precauciones para evitar los siniestros al más bajo costo como contribuciones.<sup>247</sup> Seguramente cualquier instructor de tuertos —la “responsabilidad civil extracontractual” en la jerga jurídica romano-germánica— en los Estados Unidos se complace en las matemáticas que se encuentran en la fórmula del juez Learned Hand “ $B \gg P \times L$ ” en *United States vs. Carroll Towing Co.*<sup>248</sup> El abogado civil podría sentirse decepcionado al saber que una “persona razonable” —término técnico-jurídico equivalente al “buen padre de familia” en nuestro ordenamiento civil romano-germánico— simplemente hace el mismo cálculo económico que un propietario —*pater familias* (olvídese del *bonus*)— con sus propios asuntos. Hoy en día, en cambio, se avizora un nuevo tipo de enfoque económico del derecho, posibilitado por la aplicación de la teoría del diseño de mecanismos. Con ese nuevo enfoque podremos ver exactamente qué implica la negligencia o la responsabilidad estricta, en qué se parecen entre sí y en qué se diferencian. Además, se vislumbra una imagen más completa de los contratos estandarizados y de la contratación no estandarizada.

Con estos antecedentes a la vista, parece una ironía recordar la famosa frase de Blackstone en la que comparó el sistema de derecho privado inglés con “un edificio regular: donde los apartamentos [están] debidamente dispuestos, conduciendo uno a otro sin confusión; donde cada parte [está] subordinada al todo, todas sus unidades dispuestas en una hermosa simetría: y cada habitación tiene su lugar distinto asignado”.<sup>249</sup> Blackstone dibujó una imagen impresionante; sin embargo, al final de sus *Comen-*

---

<sup>247</sup> Gilles, Stephen G., “Negligence, Strict Liability and the Cheapest Cost-Avoider”, *Virginia Law Review*, núm. 78, 1992, p. 1291.

<sup>248</sup> Posner, Richard, “A Theory of Negligence”, *The Journal of Legal Studies*, núm. 1, 1972, p. 32.

<sup>249</sup> Carta a Seymour Richmond, del 28 de enero de 1745, *Harvard Law Review*, núm. 32, 1919, pp. 975 y 976.

tarios, abandonó dicha idea de un edificio ordenado, llamando a quienes lo seguirían “a sostener, reparar, embellecer este noble montón”.<sup>250</sup> En concordancia con esta última idea, entre los siglos XIX y XX, el derecho común y la equidad angloamericanos se ha modernizado ampliamente. Los eruditos legales de los Estados Unidos escriben como si el derecho común fuera excepcional e inmutable.<sup>251</sup> Tienen en mente un derecho común completamente formado e inmutable (se olvidan por completo de la equidad) para adornar ese brillante “*Citty upon a Hill*”.<sup>252</sup> Obsesivamente ensimismados —como si “los ojos de todas las personas” estuviesen sobre ellos—, muchos juristas estadounidenses idealizan el derecho común. Olvidan que el derecho inglés ha cambiado incluso más que la ortografía inglesa desde el siglo XVII. Seguramente, Holmes tenía razón al denunciar las normas jurídicas que persisten “por imitación ciega del pasado” y “sin mejor razón [...] que [haber sido] establecidas en la época de Enrique IV”, cuando los “fundamentos sobre que [fueron] depositados ha[bían] desaparecido hace mucho tiempo”.<sup>253</sup>

Para fundamentar las críticas arriba mencionadas, analizaremos los aportes a la ciencia jurídica de dos de los jurisconsultos más influyentes en Estados Unidos durante el siglo XX: Karl Llewellyn y William Prosser. Por nuestra parte, hemos llegado a la conclusión de que nadie ha hecho tanto en aras a las instituciones jurídicas privadas que Llewellyn —a través de un ingenioso engaño—, y nadie ha hecho más daño que Prosser —a través de puntos de vista equivocados, pero honestamente defendidos—.

---

<sup>250</sup> Blackstone, William, *Commentaries on the...*, cit., p. 443.

<sup>251</sup> Kagan, Robert, *Adversarial Legalism: the American Way of Law*, 2a. ed., 2003.

<sup>252</sup> Winthrop, John, “A Model of Christian Charity” (1630), *7 Collections of the Massachusetts Historical Society 31-48, Third series*, 1838.

<sup>253</sup> Holmes Jr., Oliver Wendell, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, núm. 10, 1897, p. 469.

## I. LOS CONTRATOS ESTÁN TOMADOS DEL DERECHO CANÓNICO

La tradición jurídica inglesa en materia contractual sigue al derecho canónico clásico. Ninguna área del derecho privado, excepto quizás la propiedad real —*real property*—, está tan marcada por las circunstancias históricas, en su desarrollo conceptual y dogmático, como la de los contratos. Las instituciones jurídicas privadas también son producto de la historia.

A finales del siglo XV los tribunales de derecho común de Westminster, que incluían Common Pleas, Exchequer y King's Bench, se vieron empujados a una competencia interinstitucional de tipo Tiebout<sup>254</sup> con los tribunales eclesiásticos de Inglaterra. “[L]os tribunales seculares se pusieron a trabajar, por así decirlo, por la competencia del foro espiritual”, como lo expresaron Pollock y Maitland.<sup>255</sup> Antes del siglo XV, las partes preferían celebrar sus contratos bajo el derecho canónico clásico, el sistema jurídico de la Iglesia Católica Romana. Según el *corpus iuris canonici*, los tribunales eclesiásticos podrían ejercer la jurisdicción personal sobre las partes contratantes si éstas simplemente agregaron un juramento a su acuerdo.<sup>256</sup> Pollock y Maitland insinúan que los “textos sagrados enseñan que el «Sí» o «No» del cristiano debería ser suficiente”.<sup>257</sup> Richard H. Helmholz aclara que decir “por mi fe” era suficiente.<sup>258</sup> Dado que se había hecho un juramento, el quebrantamiento de esta fe equivalía al pecado de perjurio.<sup>259</sup> En

---

<sup>254</sup> Tiebout, Charles M., “A Pure Theory of Local Expenditures”, *Journal of Political Economy*, núm. 64. 1956, pp. 416-424.

<sup>255</sup> Pollock, Frederick y Maitland, Frederic, *The History of English Law ...*, cit., p. 195.

<sup>256</sup> *Corpus Iuris Canonici*, *Liber Sextus* 3,2,2.

<sup>257</sup> Pollock, Frederick y Maitland, Frederic, *The History of English Law ...*, cit., p. 195.

<sup>258</sup> Helmholz, Richard H., *Roman Canon Law in Reformation England* 25, nota 78, 1990.

<sup>259</sup> Véase la opinión que formula al respecto Santo Tomás de Aquino en su *Summa Teológica*, 2-2.118.8.

consecuencia, los tribunales eclesiásticos hacían cumplir las promesas contractuales de las partes como parte de su cuidado de las almas. A partir del siglo XVI, los abogados comunes de King's Bench extendieron el tuerto o la acción extracontractual de *trespass on case* a situaciones en las que se había hecho un supuesto del verbo latino *assumpsit* —“prometer” en latín—. <sup>260</sup> Si un acusado intentaba llevar la causa a los tribunales eclesiásticos, aplicaban el Estatuto de *Præmunire* <sup>261</sup> del siglo XIV, destinado a evitar que las causas fueran apeladas ante la Rota romana. <sup>262</sup> Como los abogados comunes estaban empeñados en mantener el conocimiento de los asuntos contractuales fuera de la competencia de los tribunales eclesiásticos, modelaron el nuevo recurso *ostensurus quare* de *assumpsit* sobre la acción de derecho canónico de *lesio fidei* que buscaban desplazar. <sup>263</sup>

Para que no lo olvidemos, el derecho canónico cambia el sentido del sistema romano de contratos. Los juristas medievales distinguen entre *pacta nuda* y *pacta vestita*. <sup>264</sup> El sistema de contratos romano incorpora el diseño de mecanismo de *nuda pactio obligationem non parit* —latín para “un pacto desnudo no da lugar a una obligación”<sup>265</sup>—. Según el derecho romano clásico, un acuerdo es ejecutable si se viste en una ceremonia verbal o se ajusta a una de las formas típicas nominadas. La contratación bajo el derecho canónico clásico incorpora el diseño de mecanismo diametralmente opuesto de *pacta quantumcunque nuda, seruanda sunt* —latín para “los pactos, por más desnudos que sean, deben mantenerse”—. <sup>266</sup>

<sup>260</sup> Rastell, John, *Les termes...*, *cit.*, p. 42.

<sup>261</sup> *Acts of the Parliament of England during the reign of Richard II*, capítulo 5.

<sup>262</sup> Houlbrooke, Ralph, “The Decline of Ecclesiastical Jurisdiction under the Tudors”, en O’day, Rosemary y Heal, Felicity (eds.), *Continuity and Change: Personnel and Administration of the Church of England 1500-1642*, 1976, p. 239.

<sup>263</sup> Helmholz, Richard H., “Assumpsit and Fidei Laesio”, *Law Quarterly Review*, núm. 91, 1975, p. 427.

<sup>264</sup> Zimmermann, Reinhard, “Roman Dutch Jurisprudence and its Contribution to European Private Law”, *Tulane Law Review*, núm. 66, 1992, p. 1690.

<sup>265</sup> *Digesto 2. 14. 7. 4 (Ulpianus, Ad edictum, 4)*.

<sup>266</sup> *Decretales de Gregorio IX 1. 35. 1., 20*.

Según el derecho canónico clásico, como acabamos de ver, todos los pactos acompañados de juramentos son exigibles.<sup>267</sup> Como resultado directo de esta historia, hasta el día de hoy, en el derecho común de los Estados Unidos, toda la contratación no está estandarizada.

Como ya se mencionó, los estudiosos del análisis económico del derecho han intentado aplicar el diseño de mecanismo de *numerus clausus* tomado de la doctrina civil a los derechos que se tienen sobre las cosas. Sin embargo, estos estudiosos parecen no estar conscientes de que el mismo mecanismo se aplica en el ámbito del derecho civil a los deberes de las personas. En la tradición del derecho romano clásico, los contratos, los cuasicontratos, los cuasi delitos y los delitos caen en un sistema cerrado de formas estandarizadas, que vienen con nombres para identificarlos.

Debido a que la totalidad de la contratación en el derecho común angloamericano no está estandarizada, el contrato es solo aquello que las partes dicen o escriben. Sin embargo, en la tradición legal inglesa, donde un instrumento escrito es claro, la evidencia de lo que las partes dijeron cuando negociaron el contrato no importa. El contenido de las obligaciones que asumen las partes contratantes se interpreta dentro de las “cuatro esquinas” del instrumento escrito. Los tribunales de los Estados Unidos aplican la regla de la prueba de palabras —*parol evidence rule*, expresión tomada del francés jurídico— al interpretar los contratos. John Henry Wigmore opina que la doctrina tiene sus orígenes en el dispositivo probatorio del pacto sellado durante la Alta Edad Media. Explica que “en la época anglo-normanda la gente todavía, en general, no estaba familiarizada con la escritura”.<sup>268</sup> Según Wigmore “el surgimiento del sello trajo [aparejado] una nueva era para los instrumentos escritos, no simplemente proporcionándonos un medio para verificar su autenticidad, sino también ha-

<sup>267</sup> Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations...*, cit., p. 539.

<sup>268</sup> Wigmore, John Henry, “A Brief History of the Parol Evidence Rule”, *Columbia Law Review*, núm. 4, 1904, p. 343.

ciéndolos indiscutibles en cuanto a los términos de la transacción y, por lo tanto, prescindiendo de la citación de los testigos”.<sup>269</sup>

Como explicamos, los abogados comunes consideraron los convenios sellados —o contratos de *indenture*— como una encarnación completa de una promesa ejecutable no estandarizada —“atípica” en la jerga jurídica propia del derecho civil romano canónico—. Ciertamente, ningún “pacto desnudo”<sup>270</sup> de palabras podría oponerse a un pacto consignado en un instrumento escrito sellado. El *indenture* —en francés jurídico— era un dispositivo probatorio en el que una promesa se escribía dos veces en un trozo de pergamino, que posteriormente se rompía para que las dos versiones del escrito encajaran en los bordes irregulares.<sup>271</sup> La práctica medieval posterior fue sellar los instrumentos escritos con cera. Por analogía, los abogados comunes llegaron a valorar los instrumentos escritos sin sellar por encima de las meras palabras como evidencia al interpretar los contratos. En 1604, Coke comenta en el caso de la condesa de Rutland sobre el inconveniente del derecho común de que los escritos “hechos por consejo y bajo consideración” sean probados por el “testimonio incierto de memoria resbaladiza”.<sup>272</sup>

Según la regla de la prueba de palabras —o *parole*, en francés jurídico—, siempre que el contrato que celebren las partes esté escrito, sus términos no ambiguos no pueden contradecirse en el juicio mediante la evidencia de las meras palabras que intercambiaron o sus tratos anteriores o cualquier otro entendimiento o pacto que tuvieran aparte de la escritura. Por consiguiente, las partes contratantes en los Estados Unidos hasta el día de hoy deben tener cuidado con lo que escriben. No debe dejarse nada fuera de la escritura. Cuando los abogados de los Estados Uni-

<sup>269</sup> Wigmore, John Henry, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. 4, 1905, p. 3411.

<sup>270</sup> *The Reports of Sir Edward Coke* 26, vol. 5, 1721.

<sup>271</sup> Bouvier, John, *A Law Dictionary, Adapted to the Constitution and the Laws of the United States of America, and the Several States of the American Union*, vol. 1, p. 492.

<sup>272</sup> *Ibidem*, pp. 26 y 27.



dos redactan los instrumentos contractuales, suelen consultar los libros de formularios. Estos libros de formularios contienen colecciones extensas de cláusulas contractuales preimpresas, con notas explicativas y listas de verificación de todas las cláusulas que deben incluirse en cada negocio jurídico. Tan útiles y necesarios son esos libros de formularios que cuando las partes contratantes en los Estados Unidos celebran acuerdos no estandarizados sin abogados, acostumbran comprar los formularios contractuales preimpresos disponibles en el comercio. Formularios de este tipo son inauditos en las jurisdicciones civiles. La tradición del derecho continental tomó el relevo del derecho romano clásico con sus contratos estandarizados —o como se les llama en la jerga jurídica civil, los “contratos nominados típicos”— y amplió la lista de éstos.

En consecuencia, la mejor manera de explicar el sistema de contratos en el derecho común angloamericano a un abogado con formación civil romano-germánica es decir que en esa tradición jurídica toda contratación es “atípica”. Prácticamente toda la contratación en el derecho común angloamericano es atípica o innominada. Los estudiosos del análisis económico del derecho parecen desconocer las limitadas posibilidades del diseño de mecanismos que su propia tradición jurídica ofrece a las partes contratantes. En consecuencia, los iuseconomistas Bengt Holmström y Oliver D. Hart han desarrollado gran parte de la teoría del contrato con una imagen sustancialmente incompleta del derecho contractual.<sup>273</sup> A través de la teoría del diseño de mecanismos, los estudiosos del análisis económico del derecho reconocerán que los contratos estandarizados con nombres permiten a las partes coordinar las acciones futuras en un orden social descentralizado con menos comunicación. Todos en la comunidad pueden comprender los deberes que asumen a partir de la naturaleza de los contratos estandarizados que celebran y pueden identificar rápi-

---

<sup>273</sup> Holmström, Bengt y Hart, Oliver D., “Moral Hazard and Observability”, *Bell Journal of Economics*, núm. 10, 1979, p. 74.

damente a cada uno de ellos por un nombre. De esa manera, las personas pueden aplicar su propia experiencia con cada contrato típico nominado, para comprender los deberes que otros asumen cuando celebran el mismo contrato. De esta manera, el ordenamiento jurídico privado resuelve los problemas que plantea la información asimétrica que surge entre las personas en un mercado descentralizado, donde cualquiera puede realizar transacciones privadas. De hecho, el desarrollo de los contratos típicos nominados fue un avance comercial significativo para la antigua Roma. Las partes contratantes los encontraron fáciles de celebrar y el intercambio legal adicional promovió la economía de mercado en el mundo romano.

El derecho romano clásico incorpora tanto un sistema cerrado de contratos estandarizados con nombres como un sistema abierto a través de una ceremonia verbal que permite a las partes celebrar acuerdos no estandarizados que pueden hacerse cumplir, en los términos que articulan las partes contratantes con el verbo propio. En los primeros tiempos del derecho común inglés, bajo el dominio del derecho romano vulgar, había sobrevivido un vestigio del sistema romano de contratos estandarizados con nombres. Glanvill enumera un préstamo para consumo, venta, y uso, un arrendamiento o un depósito.<sup>274</sup> Estos contratos eran exigibles a través del *writ of debt*.<sup>275</sup> Además, durante la Edad Media, el pacto sellado del *indenture* permitía a las partes en Inglaterra celebrar acuerdos no estandarizados y podía hacerse cumplir mediante el *writ of covenant*.<sup>276</sup> Al igual que con la ceremonia verbal que reemplazó bajo el derecho romano vulgar, sólo el promitente que colocó una impresión de cera —o sello— en la escritura asumía una obligación por medio del pacto que celebraba solemnemente.<sup>277</sup>

<sup>274</sup> Glanvill, Ranulf, *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Anglie* X.3, 1554.

<sup>275</sup> Holdsworth, William, “Debt, Assumpsit and Consideration”, *Michigan Law Review*, núm. 11, 1913, p. 348.

<sup>276</sup> Fuller, Lon, “Consideration and Form”, *Columbia Law Review*, núm. 41, 1941, pp. 800 y 801.

<sup>277</sup> Vinogradoff, Paul, *Roman Law in mediaeval Europe*, 1909, p. 103.

Desafortunadamente, tanto los *writs of debt* como los *writs of covenant* desaparecieron desde el principio del derecho común inglés. En el siglo XVI, el *writ of assumpsit* los había desplazado. Como resultado, hasta el día de hoy, notamos que en asuntos contractuales el derecho común angloamericano tiene como modelo el derecho canónico clásico, no el derecho romano clásico.

### 1. *Los contratos estandarizados trasladados al derecho comercial*

Llewellyn engañó a toda la dirigencia jurídica —el *establishment* o élite dirigente en la profesión, en la judicatura, en la legislatura y en la docencia— de los Estados Unidos. Presentó su proyecto de reforma legal a abogados, jueces, legisladores y profesores de derecho en todo el país como un intento de unificar el derecho comercial vigente en ese momento entre los distintos estados de la unión angloamericana.<sup>278</sup> Pero en realidad, el Código Uniforme de Comercio era nada más y nada menos que un trasplante flagrante e intencional de partes importantes del código civil alemán —*Bürgerliches Gesetzbuch*, en alemán— al corazón del ordenamiento privado estadounidense.

Eso no quiere decir que los angloamericanos transplantaran literalmente las disposiciones del código civil alemán al Código Uniforme de Comercio, como hicieron los latinoamericanos con el código civil francés —*code civil*, en francés—, adoptando traducciones literales de sus disposiciones. Llewellyn, al igual que Prosser, era un abogado común brillante y competente que tenía un conocimiento acabado del derecho común y de la equidad ingleses y angloamericanos. Pudo emplear sus especializados conocimientos jurídicos para recrear desde su propia tradición jurídica los mecanismos del derecho civil alemán. Esta adaptación pasó desapercibida por sus pares. Solo a modo de ejemplo, el modelo de Llewellyn fue completamente ignorado por un oc-

---

<sup>278</sup> Llewellyn, Karl, “Why a Commercial Code?”, *Tennessee Law Review*, núm. 22, 1953, p. 779.

togenario Samuel Williston —autor de la Ley de Ventas Uniformes de 1906—. Este jurista se quejó de que el borrador de Llewellyn de mayo de 1949 “propone muchas reglas que nunca han existido en ninguna parte”<sup>279</sup> cuando lamentó que “la ventaja de la similitud con el derecho inglés fuese dejada de lado tan a la ligera”.<sup>280</sup>

Lo más importante del proyecto codificador de Llewellyn fue satisfacer la necesidad —por no decir la urgencia— que se sentía en los Estados Unidos durante la expansión económica de la posguerra, de estatuir un sistema viable de contratos estandarizados. Los diversos títulos, llamados “artículos” por los angloamericanos, del Código Uniforme de Comercio establecen, en palabras de Llewellyn, un “contrato oficial estandarizado sobre cada asunto [...] sujeto a alteración por las partes”.<sup>281</sup> Los artículos 2o., 2A y 9o. estandarizan la compraventa, el arrendamiento y la prenda inmobiliaria. Los artículos 3o., 4o., 5o., 7o. y 8o. estandarizan los pagarés, giros, depósitos bancarios, fianzas e inversiones en valores.

Llewellyn explica los contratos estandarizados en un lenguaje sencillo y comprensible, que recuerda el estilo literario y los postulados del realismo jurídico angloamericano:

Los contratos estandarizados en sí mismos participan de la naturaleza general de la producción de máquinas. Facilitan y abaratan materialmente la venta y la distribución. Son fáciles de hacer, archivar, comprobar y rellenar. A un régimen de bienes fungibles se agrega uno de transacciones fungibles, fungibles no sólo en virtud de la simplicidad (la venta de un trozo de pan en el mostrador) sino a pesar de la complejidad. Tratar con transacciones fungibles es más fácil y económico.<sup>282</sup>

---

<sup>279</sup> Llewellyn, Karl, “The Law of Sales in the Proposed Uniform Commercial Code”, *Harvard Law Review*, núm. 63, 1950, p. 564.

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 565.

<sup>281</sup> Llewellyn, Kar, *Contract: Institutional Aspects. Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 4, 1931, p. 334.

<sup>282</sup> *Idem*.

Que el aludido Código Uniforme de Comercio haya sido adoptado en casi todas las jurisdicciones de los Estados Unidos, excepto en Luisiana, es revelador tanto de las carencias que en ese momento había en materia de derecho contractual como de su utilidad. Asimismo, el hecho que Luisiana no lo haya adoptado se explica porque dicho estado ya conocía los contratos estandarizados a través de su código civil, inspirado en el napoleónico. Como parte de la familia jurídica romano-germánica, los abogados de Luisiana no sintieron la necesidad imperiosa de trasplantarlos del código civil alemán.

Pero pese a todo lo aquí señalado, se sigue observando un déficit a la hora de estudiar y enseñar este cuerpo normativo. Probablemente, el término que mejor ilustra la suerte que ha tenido el Código Uniforme de Comercio es el de transplante legal. Esta idea, acuñada por el iushistoriador Watson en el siglo XX,<sup>283</sup> retrata las muchas dificultades que experimentan las instituciones cuando se arraigan en tierras lejanas y son ineficientes. Aparte de la resistencia local a los préstamos legales que preocupa a Kenneth W. Dam,<sup>284</sup> los destinatarios jurídicos de estos trasplantes son incapaces de comprender el significado completo de las instituciones extranjeras que adoptan, incluso cuando incorporan lo que los estudiosos del derecho y el desarrollo denominan como las “mejores prácticas”. Los profesores de derecho que enseñan el Código Uniforme de Comercio en los Estados Unidos, hasta el día de hoy, tienen dificultades para entender su estructura y las disposiciones de esta codificación. Su contenido parece ajeno y alejado de la tradición del derecho común y la equidad angloamericanos en la que fueron formados.

Al igual que el código civil alemán, el Código Uniforme de Comercio tiene un *Allgemeiner Teil*. Según el artículo 1o., el Código regula los asuntos comerciales —con exactitud civil— como

---

<sup>283</sup> Watson, Alan, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, 1974.

<sup>284</sup> Dam, Kenneth W., *The Law-Growth Nexus: the Rule of Law and Economic Development*, 2006, p. 24.

una *lex specialis*. Los principios del “derecho [común] y la equidad, incluido el *ius mercatorum* y el derecho relativo a la capacidad de contratar, del principal y agente, *estoppel*, fraude, el tuerto de *misrepresentation*, violencia, error, quiebra”<sup>285</sup> complementan sus disposiciones como una *lex generalis*.

Los profesores de derecho de los Estados Unidos hasta hoy no pueden explicar las instituciones jurídicas civiles que el Código Uniforme de Comercio trasplantó a través de sus disposiciones. Sigue siendo un misterio por qué la doctrina de la causa del contrato o *consideration*<sup>286</sup> del derecho común se omite por completo del código e incluso se relaja cuando las partes modifican los contratos<sup>287</sup> o los comerciantes hacen ofertas irrevocables.<sup>288</sup> Los abogados civiles entienden que un contrato típico nominado es “su propia causa” —diríamos “su propia *consideration*” en la jerga jurídica propia del derecho común angloamericano—. Una doctrina similar existía en los albores del derecho común inglés. Se consideró que el sello en un *indenture* importaba una consideración.<sup>289</sup> Incluso antes de que la consideración se abriera camino en el derecho común desde la equidad, en 1321 Sir William Herle responde al sargento de la ley en el caso de Watham Hay: “No deshaceremos la ley por un montón de heno”. Continúa: “La *consideration* no es otra que el asentimiento de las partes que radica en la especialidad”.<sup>290</sup> Esa especialidad o *aliquid speciale* —latín para algo especial— en el derecho común era el sello en el *indenture*. De manera similar, los contratos estandarizados con nombres bajo el

---

<sup>285</sup> *Uniform Commercial Code Section 1-103*.

<sup>286</sup> Gordley, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 1991, p. 171.

<sup>287</sup> *Uniform Commercial Code. Section 2-209*.

<sup>288</sup> *Ibidem*, 2-205.

<sup>289</sup> Konig, David Thomas, “Legal Fictions and The Rule(s) of Law: The Jeffersonian Critique of Common-Law Adjudication”, *The Many Legalities of Early America*, 2001, pp. 97-118.

<sup>290</sup> Traducido del francés jurídico por Helen Cam, en *The Year Books of Edward II*, vol. 26, 1969, p. 286.

Código Uniforme de Comercio importan su propia causa. Otro misterio es por qué, en los acuerdos de compraventa —o *sales*— entre comerciantes, se afloja la regla del *mirror image* entre los términos de la oferta y de la aceptación, que deberán ser un fiel reflejo entre sí. De la misma manera, el derecho romano clásico exigió que el promitente respondiera a la pregunta planteada por el estipulador con el mismo verbo, como parte de la ceremonia verbal de *stipulatio*. Esta exigencia se aplicaba únicamente a los acuerdos no estandarizados —nosotros diríamos que sólo a los contratos “atípicos”—.

En lugar de estar determinado por fuerzas políticas y económicas, Watson afirma que son los abogados los que, la mayoría de las veces, impulsan el cambio legal.<sup>291</sup> Él señala que los abogados toman prestadas leyes de otras naciones o, alternativamente, las pueden desarrollar a partir del ordenamiento existente dentro de la propia tradición legal. Watson agrega que, a veces, los abogados que actúan con un “sesgo de trasplante” se olvidan de preguntar si estas leyes no están mal elegidas para los destinatarios.<sup>292</sup>

En el caso del Código Uniforme de Comercio, Llewellyn no podría haber hecho más por perfeccionar el ordenamiento jurídico privado de los Estados Unidos. Este jurista estaba ciertamente más decidido a modernizar la ley angloamericana que a uniformizarla. A ese respecto, los iuseconomistas Larry E. Ribstein y Bruce H. Kobayashi explican que la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes “confundió la necesidad de una nueva ley con la necesidad de una ley más uniforme”.<sup>293</sup> El ingenioso engaño de Llewellyn contribuyó en gran medida a modernizar con éxito el sistema jurídico que rige los contratos en los Estados Unidos, aprovechando esa confusión.

---

<sup>291</sup> Watson, Alan, “Legal Change: Sources of Law and legal Change”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 131, 1983, pp. 1146 y 1147.

<sup>292</sup> *Idem*.

<sup>293</sup> Ribstein, Larry E. y Kobayashi, Bruce H., “An Economic Analysis of Uniform State Laws”, *The Journal of Legal Studies*, núm. 25, 1996, p. 136.

En materia de contratos, Llewellyn dejó poco en pie. Las disposiciones de su codificación desplazaron al derecho común angloamericano en todas las áreas contractuales, excepto en la materia de las ventas e hipotecas inmobiliarias, el arrendamiento de los servicios y las fianzas. A pesar de que el Código Uniforme de Comercio desplazó gran parte del derecho común angloamericano —nótese que Llewellyn en gran medida dejó en pie las doctrinas equitativas—, el derecho comercial de los Estados Unidos reconoce sólo unos pocos contratos estandarizados con nombres. A medida que la tecnología y la economía avancen cada vez más rápidamente en el siglo XXI, cabe destacar que se necesitarán más contratos estandarizados. Un sistema actualizado de contratos estandarizados es esencial para el crecimiento económico en todas partes. En resumen, el Código Uniforme de Comercio modernizó el derecho contractual estadounidense, lo adaptó a las nuevas necesidades de su época, empleando los diseños de mecanismos del código civil alemán —*Bürgerliches Gesetzbuch*—, creando una nueva terminología jurídica en la tradición del derecho común y la equidad —*common law and equity*—, trastocando el derecho de los contratos hasta ese momento vigente en el derecho comercial.

## 2. La contratación no estandarizada en el derecho común

Los abogados civiles pueden tener dificultades para comprender el sistema de contratos en el derecho común angloamericano, a menos que alguien les explique que toda la contratación es “atípica” en esa tradición jurídica. Es decir, toda la contratación no está estandarizada. Como resultado, en los Estados Unidos, los instrumentos escritos tienden a ser más largos,<sup>294</sup> incorporan un mayor número de calificaciones y definiciones, y hacen un uso más extenso de lo que los juristas de esta tradición llaman el

---

<sup>294</sup> Langbein, John H., “Comparative Civil procedure and the Style of Complex Contracts”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 35, 1987, p. 381.



*boilerplate* —término tipográfico referido a aquellas cláusulas repetitivas que se incluían en todo contrato no estandarizado, por lo que podían trasladarse las placas de tipos móviles que las contenían, sin modificación alguna, de un contrato impreso a otro—.

El *boilerplate* actual, junto con la convicción del derecho común y la equidad ingleses y angloamericanos de que la “propiedad intelectual” es propiedad, constituyen distorsiones que amenazan la concurrencia del mercado de todo el mundo. Los abogados formados en el derecho civil romano-germánico se refieren a los acuerdos no negociados como “contratos de adhesión”, al ser redactados por una de las partes e impuestos a la otra, en los que los términos estándar se ofrecen sobre la base de “tómalo o déjalo”. Sin embargo, estos términos no negociados prevalecen aún más en las jurisdicciones del derecho anglosajón.

Esta distorsión en la doctrina legal sólo se ha agudizado, como afirma la iusfilósofa Margaret Jane Radin, con el comercio electrónico en el siglo XXI.<sup>295</sup> Nuestra perspectiva sobre estos términos no negociados difiere de la de ella. Ella parte de la teoría política liberal basada en la deontología kantiana para oponerse a los contratos de adhesión porque contradicen el valor de la autonomía personal. Los iuseconomistas en el derecho comparado consideran que el ordenamiento jurídico privado tiene sólo un valor instrumental. La perspectiva de los estudiosos del análisis económico del derecho, como observa Brian H. Bix, es más consecuencialista que principista.<sup>296</sup>

El problema con la contratación no estandarizada es que las partes pueden tener un poder de negociación desigual. Muchos, quizás incluso la mayoría, de los contratos actuales se celebran entre partes con un poder de negociación desigual. En esa situación, la parte con mayor poder de negociación puede abusar de

---

<sup>295</sup> Radin, Margaret Jane, “Humans, Computers and Binding Commitment”, *Indiana Law Journal*, núm. 75, 2000, p. 1125.

<sup>296</sup> Bix, Brian, *Contract Law: Rules, Theory and Context*, 2012, p. 140.

su poder para extraer rentas económicas en forma de concesiones contractuales, celebrando acuerdos desequilibrados mediante contratos de adhesión. Los contratos de adhesión incorporan términos no negociados que imponen mayores costos y beneficios esperados para una parte que los costos y beneficios para la parte opuesta. El propio Llewellyn introdujo la distinción entre los “términos regateados” —los términos contractuales que se negocian entre partes con igual poder de negociación— y las cláusulas no negociadas del *boilerplate*.<sup>297</sup>

Los iuseconomistas Lucian A. Bebchuk y el juez Posner sugieren que los consumidores pueden comportarse de manera tan oportunista como las empresas mercantiles cuando negocian acuerdos desequilibrados mediante contratos de adhesión.<sup>298</sup> Estos dos académicos señalan que, si bien la pérdida de reputación puede disuadir a las empresas mercantiles de insertar términos no negociados desiguales repetitivos en sus contratos, los consumidores “no tienen reputación que perder”.<sup>299</sup> La pareja de iuseconomistas especula que las empresas mercantiles estandarizan sus acuerdos con las cláusulas no negociadas del *boilerplate* para equilibrar los términos. La empresa mercantil “mantendrá el contrato tal como está escrito”,<sup>300</sup> y el consumidor se adherirá a sus términos o se retirará de la negociación. De esa manera, las empresas mercantiles sofisticadas se protegen de los consumidores oportunistas. Por supuesto, el argumento de Bebchuk y el juez Posner pone de cabeza la preocupación por los contratos de adhesión. El derecho de protección al consumidor, más bien, se basa en la preocupación por el poder de negociación desigual de los consumidores poco sofisticados que deben lidiar con las empresas mercantiles oportunistas.

<sup>297</sup> Llewellyn, Karl, *The Common Law Tradition*, 1960, p. 370.

<sup>298</sup> Bebchuk, Lucian A. y Posner, Richard A., “Boilerplate in Consumer Contract: One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets”, *Michigan Law Review*, núm. 104, 2006, p. 827.

<sup>299</sup> *Idem*.

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 828.

La literatura del análisis económico del derecho ha sostenido durante mucho tiempo que las cláusulas no negociadas del *boilerplate* mejoran el bienestar, a pesar de la información asimétrica que persiste entre las partes contratantes con un poder de negociación desigual. Vaya por delante nuestra convicción de que esta literatura está equivocada. Hace unos años, al examinar la literatura, el jurista Michael I. Meyerson admitió que “usar un contrato con un lenguaje [que sea] sencillo y sin una letra diminuta no es suficiente [para proteger al consumidor]”.<sup>301</sup> Considera la doctrina de *unconscionability* —normativa que se opone a los términos contractuales que ofenden a la consciencia en la equidad angloamericana— como una segunda mejor solución: “[P]uede ser necesario [en última instancia] recurrir a la *unconscionability*” en la interpretación y ejecución de contratos “donde realmente no hay alternativa para el consumidor”. Asimismo, cabe señalar que los tribunales del derecho común angloamericano interpretan el *boilerplate* de los contratos de adhesión contra la parte que los redactó. Sin embargo, el representante del realismo jurídico angloamericano Friedrich Kessler se muestra molesto con el “método circular” de interpretar un texto repetitivo *contra proferentem*<sup>302</sup> a pesar de la “notable habilidad” de los jueces estadounidenses para “construir cláusulas ambiguas contra su autor, incluso en casos en los que no había ambigüedad”.<sup>303</sup> Afirmamos que ni la doctrina de la *unconscionability* en la equidad ni la interpretación de cláusulas repetitivas contra su autor en el derecho común son capaces de superar la información asimétrica entre partes contratantes con poder de negociación desigual.

Kessler está dispuesto a consentir que prevalezca el principio de la libertad contractual entre partes que se encuentren en

---

<sup>301</sup> Meyerson, Michael, *The Efficient Consumer From Contract: Law and Economics Meets the Real World*, nota 202, p. 622.

<sup>302</sup> Boardman, Michelle, “Contra Proferentem: the Allure of Ambiguous Boilerplate”, *Michigan Law Review*, núm. 104, 2006, p. 1107.

<sup>303</sup> Kessler, Friedrich, “Contracts of Adhesion—Some Thoughts About Freedom to Contract”, *Columbia Law Review*, núm. 43, 1943, p. 633.

“una base aproximada de igualdad social y económica”. Sin embargo, frente a las “empresas mercantiles con un fuerte poder de negociación”, rechaza la sugerencia de que los consumidores pueden “comparar precios para obtener mejores condiciones” bien porque estas empresas “tienen un monopolio (natural o artificial)”, bien porque “todos [sus] competidores utilizan las mismas cláusulas”.<sup>304</sup> A través de la teoría del diseño de mecanismos, reproducimos el análisis del poder desigual de negociación entre las partes contratantes que los realistas jurídicos estadounidenses propusieron en la primera mitad del siglo XX. Su preocupación era que la desigualdad del poder de negociación conducía a la explotación de partes contratantes desfavorecidas, poco sofisticadas, sin educación y analfabetas, mediante los contratos de adhesión.

Como Bebchuk y Posner, el iuseconomista Henry E. Smith confunde el *boilerplate* con los contratos estandarizados con nombres que Llewellyn transplantó al derecho comercial estadounidense. Lo que realmente estandariza a los contratos en el mundo actual es tipificarlos en una codificación, como lo hizo Llewellyn, quien trasladó al derecho comercial estadounidense algunos de los contratos típicos nominados del derecho civil alemán. Por tanto, Smith repite el mismo tema que Bebchuk y el juez Posner. Desde la perspectiva de los costos de información, las empresas utilizan el *boilerplate* para estandarizar los contratos no negociados. Como explica Kessler, “una vez que su contenido ha sido formulado por una empresa mercantil, el *boilerplate* se utiliza en todas las negociaciones que traten del mismo producto o servicio”.<sup>305</sup> Al sugerir que tanto los contratos con el *boilerplate* como los derechos de propiedad puedan utilizar un sistema cerrado de formas jurídicas estandarizadas, él confunde los contratos de adhesión con la propiedad. Con argumentos que recuerdan a los esgrimidos por el decano Gilmore, Smith afirma que

---

<sup>304</sup> *Ibidem*, p. 632.

<sup>305</sup> *Ibidem*, p. 631.

“el *boilerplate* es la primera parada en un camino que se desliza del contrato a la propiedad”.<sup>306</sup>

Bebchuk y Posner argumentan de manera insólita que los contratos de adhesión, que las empresas mercantiles pueden estandarizar a través del *boilerplate*, son superiores en términos económicos según el criterio de Kaldor-Hicks —a fin de “maximizar la riqueza”, para usar la expresión que hizo célebre el juez Posner—, en comparación con los contratos no estandarizados que las partes contratantes podrían negociar entre sí. Sin embargo, cabe precisar que las empresas mercantiles estandarizan dichos términos no negociados repetitivos de una manera desequilibrada mediante las cláusulas no negociadas del *boilerplate* de los contratos de adhesión. Más bien pensamos que el sistema cerrado de contratos estandarizados con nombres reconocidos en el derecho comercial bajo el Código Uniforme de Comercio es Kaldor-Hicks superior al *boilerplate*.

En consecuencia, proponemos que el *boilerplate* de los contratos de adhesión en el derecho anglosajón tiene una solución romana. Debemos ampliar la lista de los contratos estandarizados con nombres —los “contratos típicos nominados” en la jerga jurídica propia— reconocidos bajo el derecho comercial de los Estados Unidos y diseñarlos para reflejar las expectativas razonables de las partes en las transacciones, especialmente para el comercio electrónico.

Estamos de acuerdo con Kessler: los tribunales deben abandonar “el mito piadoso de que la ley de contratos es de una sola tela”.<sup>307</sup> Cuando los jueces de los Estados Unidos identifican negocios comerciales repetidos entre partes con información asimétrica, como los pretores romanos, podrían diseñar contratos típicos nominados para las partes en lugar de interpretar sus acuerdos a medida. En lugar de adoptar una doctrina de expectativas razonables para interpretar los contratos como propone

---

<sup>306</sup> Smith, Henry, “Modularity in Contracts: Boilerplate and Information Flow”, *Michigan Law Review*, núm. 104, 2006, pp. 1175 y 1176.

<sup>307</sup> Kessler, Friedrich, “Contracts of Adhesion-Some...”, *cit.*, p. 631.

Meyerson —inspirado por la ley de seguros<sup>308</sup>—, los tribunales podrían desarrollar una doctrina equitativa de expectativas razonables para diseñar nuevos contratos estandarizados con nombres. Estos contratos estandarizados con nombres se aproximarían, como dice Meyerson, “al ideal del acuerdo [equilibrado] que voluntariamente firman las partes que disponen de una información perfecta”.<sup>309</sup>

Incluso cuando las partes contratantes son privilegiadas, sofisticadas y educadas y además poseen un poder de negociación relativamente paritario, si no del todo igual, la contratación no estandarizada plantea un problema adicional, que los estudiosos del análisis económico del derecho deben encarar. La información asimétrica persiste entre las partes contratantes en el mercado descentralizado, porque las personas carecen de experiencia con los términos no estandarizados —en la jerga jurídica propia, nos referiríamos al ámbito de la contratación “atípica” o inominada—. En consecuencia, las partes contratantes se ven obligadas a sostener un mayor nivel de comunicación entre sí para coordinar sus acciones futuras. De lo contrario, es posible que no comprendan completamente el alcance de las obligaciones que asumen.

Cabe señalar que, en el derecho romano clásico, las partes celebraban contratos atípicos participando en una ceremonia verbal exigente. Esta ceremonia verbal consistía en una secuencia solemne de preguntas y respuestas, realizada frente a testigos. El estipulador formulaba con sus propias palabras una pregunta y el promitente respondía empleando el mismo verbo de la pregunta. Para que el contrato no estandarizado fuese ejecutable —en términos que el abogado formado en derecho anglosajón entienda—, podríamos especificar que la respuesta debía “reflejar” la pregunta.<sup>310</sup> Esa ceremonia y esas solemnidades expresan claramente una idea de toda lógica: las personas pueden articular en

<sup>308</sup> Meyerson, Michael, *The Efficient Consumer From Contract...*, cit., p. 631.

<sup>309</sup> *Idem*.

<sup>310</sup> Watson, Alan, *The Law of Obligation in the Later Roman Republic*, 1965, p. 1.

su propio idioma —expresar con sus propias palabras— sólo lo que entienden claramente. Al obligar a las partes a describir en su propio idioma la obligación que asume el promitente, el derecho romano clásico resolvía eficazmente cualquier problema derivado de la información asimétrica entre las partes y con terceros afectados por las condiciones contractuales. Lamentablemente, las jurisdicciones del derecho común y la equidad inglesas y angloamericanas no recogieron esta solución.

Entre los iushistoriadores sigue siendo motivo de debate cuando la ceremonia de la *stipulatio* cayó en desuso en la antigua Roma. Los pandectistas alemanes continuaron, hasta finales del siglo XIX, discutiéndola como parte de la *gemeines Recht*.<sup>311</sup> Durante la época romana antigua, como recurso probatorio, un escriba grababa las palabras de las partes contratantes con un estilo sobre tablas de cera. El *tabellio* se ha convertido en el notario público en las jurisdicciones del derecho civil de hoy en día de raíces romano-germánicas.<sup>312</sup> El notario público, como profesional jurídico altamente capacitado, es desconocido en las jurisdicciones del derecho anglosajón.<sup>313</sup> Los abogados comunes no saben que los notarios públicos civiles son especialistas modernos en la contratación no estandarizada —en la “contratación atípica”, sostendríamos con la jerga jurídica propia—. De hecho, en las jurisdicciones del derecho civil romano-germánico, los propios notarios públicos han perdido de vista la función crucial que desempeñan. El notario público debería ser un abogado calificado que, en nombre de la fe pública, debería explicar los términos no estandarizados a las partes al ingresar el contrato atípico en sus registros públicos para darle publicidad. Para que un contrato no estandarizado sea ejecutable, el notario público debe explicar claramente el alcance de las obligaciones que asumen las partes

<sup>311</sup> Savigny, Friedrich Carl von, *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, 1853, pp. 249-254.

<sup>312</sup> Levy, Ernst, *Weströmisches Vulgarrecht: Das Obligationenrecht*, 1956, p. 37.

<sup>313</sup> Tirado, Armando, “Notarial and Other registration Systems”, *Florida Journal of International Law*, núm. 11, 1996, p. 171.

y publicar su contenido. Asesorando a las partes y registrando el contrato atípico como documento público, el notario resuelve eficazmente cualquier información asimétrica que persista. Las jurisdicciones de derecho común y la equidad inglesas y angloamericanas no cuentan con un profesional jurídico que cumpla con un papel equivalente para ayudar a las partes con la contratación no estandarizada.

Oportuno es tener recordar que en el siglo V a.C. el derecho privado de la antigua Atenas ya desarrolló los instrumentos escritos contractuales no estandarizados, como es la práctica moderna del derecho común.<sup>314</sup> Pero la solución jurídica del derecho ateniense no fue aceptada por los juristas romanos. Ellos rechazaron los instrumentos escritos privados como medio para dar a conocer las obligaciones que asumían las partes cuando celebraban contratos no estandarizados. Los testamentos cerrados reservados, y los codicilos que los modificaban, estaban escritos en tablas de cera,<sup>315</sup> pero no los contratos innominados. En el mundo romano, los contratos atípicos mantuvieron su carácter verbal. Los juristas romanos reconocieron que los escritos grabados en tablillas de cera, almacenadas en lugares oscuros, redactados en un idioma técnico difícil de entender ocultaban su significado en lugar de sacarlo a la luz.

Hemos considerado necesario traer a la luz esta confrontación entre el criterio jurídico ateniense y el romano dado que la asimetría en la información que persiste con la contratación no estandarizada en el derecho anglosajón puede encontrar otra solución en el derecho romano. Con tecnología de punta, podríamos publicar en línea grabaciones de video y audio de las partes contratantes cuando celebren contratos no estandarizados —articulándose entre sí, en sus propias palabras y con el asesoramiento de sus abogados para guardar la debida solemnidad,

<sup>314</sup> MacDowell, Douglas, *The Law in Classical Athens*, 1978, p. 233.

<sup>315</sup> Rűfner, Thomas, “Testamentary Formalities in Roman Law”, en Zimmmerman *et al.* (comps.), *Comparative Succession Law: Testamentary Formalities*, vol. 1, 2011.



las obligaciones que asumen— para hacerlos exigibles. Además, podríamos ampliar la regla del *mirror image* al verbo que utilicen las partes en estas grabaciones. Si esta tecnología para la contratación no estandarizada se vuelve demasiado costosa o complicada para las partes, podrían recurrir a una lista ampliada de contratos estandarizados con nombres, reconocidos por el derecho comercial.

En definitiva, el derecho romano sigue siendo un derecho que ofrece un sinnúmero de soluciones a los problemas del derecho. Al estudiar el derecho romano no se está estudiando un derecho del pasado, sino que se está explorando una cantera de soluciones a problemas de la actualidad.

### 3. *El incumplimiento eficiente de los contratos*

En el siglo XVII Coke se quejaba del tribunal de Cancillería por otorgar un decreto de “cumplimiento específico” —“ejecución forzosa”, en la jerga jurídica propia del derecho civil romano-germánico— de la promesa de celebrar un contrato de arrendamiento.<sup>316</sup> En *Bromage vs. Gennings* se había presentado ante el tribunal de King’s Bench un tuerto por *trespass*. En ese proceso el demandante no había logrado presentar la prueba de una escritura sellada.<sup>317</sup> Coke protestó porque el decreto de la Cancillería subvirtió la intención del promitente, quien pretendía que quedase a su elección reparar los daños o celebrar el contrato de arrendamiento.<sup>318</sup> Sir William Searle Holdsworth explica que Coke consideró injusto el decreto de equidad de cumplimiento específico, pues privó al demandado de su elección “entre pagar una condena por los daños o cumplir la promesa”.<sup>319</sup>

---

<sup>316</sup> Es necesario tener presente que, al menos en el Código Civil de Andrés Bello, el contrato de promesa tampoco está regulado de manera exhaustiva. Basta decir que se le dedica un solo artículo.

<sup>317</sup> *Vol. 1, Rol 354, King’s Bench 1616.*

<sup>318</sup> *Ibidem*, p. 368.

<sup>319</sup> Holdsworth, William, *A History of English Law*, vol. 1, 1903, p. 243.

El *writ of trespass on case* fue la acción desde la cual se desarrolló posteriormente el *writ of assumpsit*, el recurso de derecho común por incumplimiento de contrato, que se terminaría transformando en una acción de reparación por daños monetarios. En el siglo XIX, Holmes explicó de la siguiente manera la similitud entre las acciones por tuertos y contratos: “Si comete un tuerto, está obligado a pagar una suma compensatoria. Si compromete un contrato, está obligado a pagar una suma compensatoria a menos que cumpla con la prestación prometida, y esa es toda la diferencia”.<sup>320</sup> Debido a que los daños monetarios son el único recurso por incumplimiento de contrato, el derecho común inglés y angloamericano se asemeja al desarrollo del derecho clásico romano, donde el diseño de mecanismo de *omnis condemnatio est pecuniaria* —voz latina para indicar que “toda condena es por daños monetarios”— se mantiene. Pero para desarrollar el *writ of assumpsit*, los abogados comunes tomaron la acción del derecho canónico clásico de *lesio fidei* como su modelo. Sin embargo, optaron por conservar el recurso de la responsabilidad civil extracontractual de la condena compensatoria por daños monetarios. Debido a que las súplicas de derecho común estaban centralizados en Westminster, en los tribunales de Common Pleas y King’s Bench y la determinación de hechos se delegaba a los jueces *nisi prius* en los circuitos judiciales, los tribunales de derecho común ingleses tenían poderes limitados para exigir la ejecución de un contrato u otorgar otras formas de alivio específico.<sup>321</sup> En cambio, la Cancillería en la equidad adoptó el recurso del derecho canónico clásico de cumplimiento específico. El ministro Story explica que “si se rompe un contrato”, los tribunales de equidad pueden “obligar a la parte específicamente a ejecutar el contrato”, mientras que los tribunales de derecho común “sólo pueden reparar los daños por el incumplimiento con una condena

<sup>320</sup> Holmes Jr., Oliver Wendell, “The Path...”, *cit.*, p. 462.

<sup>321</sup> Francis, Clinton W., “The Structure of Judicial Administration and the Development of Contract Law in Seventeenth-Century England”, *Columbia Law Review*, núm. 83, 1983, p. 35.

[monetaria]”.<sup>322</sup> Siguiendo a Coke, Holmes consideró que donde “la ley obliga a los hombres a cumplir sus contratos”, la voluntad de una de las partes contratantes se encuentra subyugada a la voluntad de la otra, lo que equivale a una forma de “esclavitud limitada” o “servidumbre *ad hoc*”.<sup>323</sup> Es así como deja en claro que “el deber de mantener un contrato de acuerdo con el derecho común significa una predicción de que debe pagar daños [monetarios] si no lo cumple, y nada más”.<sup>324</sup> Siguiendo a Holmes, el juez Posner desarrollaría la hipótesis del incumplimiento eficiente en el análisis económico del derecho.<sup>325</sup> Si ejecutar un contrato —cuando las circunstancias han cambiado— le cuesta al deudor más de lo que el acreedor puede obtener de la prestación, la opción de incumplir el contrato y pagar una condena por los daños puede ser una mejora de Pareto. Las partes contratantes obtienen una ganancia social neta y nadie queda en peor situación. El incumplimiento aumenta el bienestar del deudor a pesar de pagar la condena por los daños. El acreedor se beneficia tanto con el pago de los daños como si el contrato se hubiera cumplido en su totalidad.

#### 4. *Los contratos entendidos correctamente*

Mientras que Eric A. Posner criticaba el análisis económico de los contratos por carecer tanto de una teoría positiva, que explicase qué es la obligación contractual, como de una normativa, que explicase qué debería ser la obligación contractual,<sup>326</sup> los iuseconomistas Alan Schwartz y Scott intentaron avanzar en esa dirección.<sup>327</sup> Ambos economistas habían proporcionado los puntos de

---

<sup>322</sup> Story, Joseph, *Commentaries on Equity Jurisprudence: as Administered in England and America*, 1836, p. 30.

<sup>323</sup> Holmes Jr., Oliver Wendell, *The Common...*, *cit.*, p. 300.

<sup>324</sup> Holmes Jr., Oliver Wendell, “The Path...”, *cit.*, p. 462.

<sup>325</sup> Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 1973, pp. 55-60.

<sup>326</sup> Posner, Richard, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, p. 830.

<sup>327</sup> Schwartz, Alan y Scott, Robert, “Contract Theory and the Limits of Contract Law”, *Yale Law Journal*, núm. 113, 2003, p. 541.

partida para tal desarrollo teórico. Según ellos “[l]os bloques de construcción para esta teoría recién ahora están disponibles”. Sin embargo, en lugar de reducir la obligación contractual a sus aspectos clave, Schwartz y Scott amplían el objeto de los contratos. Su categorización del “universo de transacciones de negociación” abarca amplias franjas de la ley de los Estados Unidos, como el derecho de familia, la propiedad real —*real property*—, la ley de protección del consumidor, la ley de títulos valores y las normas que rigen la relación de dependencia laboral.<sup>328</sup> A partir de este universo de relaciones consideran que las transacciones entre empresas mercantiles —“actores económicos sofisticados” por sí solas— comprenden lo que se denomina “comúnmente el derecho contractual”. En consecuencia, su línea de análisis es tanto sobre-inclusiva como infra-inclusiva.

Para que el análisis sea más manejable hacemos una suposición simplificadora. Nuestra hipótesis puede reducirse a sostener que los contratos sirven para que las promesas sean creíbles y nada más. La capacidad de hacer promesas creíbles permite a las partes contratantes coordinar sus acciones futuras en un orden social descentralizado. Las promesas son declaraciones presentes que las personas se hacen unas a otras con respecto a sus acciones futuras. Las promesas son creíbles —en el presente— cuando los estipulantes creen que los promitentes tendrán los incentivos —en el futuro— para cumplir estas acciones. Mediante la teoría del diseño de mecanismos, los estudiosos del análisis económico del derecho deben llegar a reconocer que todo lo que se necesita para que las partes coordinen sus acciones futuras en el mercado descentralizado es que paguen los daños monetarios cuando dejen de cumplir un contrato. La perspectiva de pagar una condena monetaria cambia los incentivos futuros de los deudores y hace que sus promesas de cumplimiento sean creíbles para los acreedores.

La suma a la que asciende la condena por daños monetarios que debe pagarse a fin de cambiar los incentivos futuros de

---

<sup>328</sup> *Ibidem*, p. 544.

los deudores debe ser igual al valor que los acreedores esperan obtener por la prestación en caso de cumplirse la promesa. En consecuencia, los tribunales de derecho común otorgan sentencias por *expectation damages*.<sup>329</sup> De ese modo, los deudores tienen la libertad de elegir, como indicaban Coke y Holmes, entre pagar la sentencia por daños monetarios o cumplir el contrato según lo prometido. La obligación contractual está diseñada para apoyar la coordinación de acciones futuras en el mercado descentralizado a través de las promesas creíbles.

Holmes admitía que el “significado de promesa del derecho común”,<sup>330</sup> en el que los daños monetarios no son el único recurso ante el incumplimiento contractual, “apesta en las narices” de los iusfilósofos a inmoralidad porque “piensan que es ventajoso incorporar en la ley tanta ética como sea posible”.<sup>331</sup> Como explica el juez Posner, siguiendo en este punto a Holmes, ese planteamiento doctrinal confunde la obligación contractual con un lenguaje de deberes y derechos prestado del discurso moral.<sup>332</sup> El hecho de que las circunstancias siempre cambian explica por qué en el ámbito de la obligación contractual no se trata de decretar el cumplimiento específico de los deberes morales.<sup>333</sup> Incluso los abogados canonistas, cuyo ministerio era el cuidado de las almas, entendieron que la ética promisoria sólo se sostiene bajo el diseño de mecanismo de *rebus sic stantibus* —latín para “estando así las cosas”; es decir, siempre que las circunstancias se mantengan inalteradas—. Cuando las circunstancias cambian, en lugar de excusar a los deudores de la obligación contractual a través de una doctrina incomprensible de “impracticabilidad comercial”,<sup>334</sup>

<sup>329</sup> Barton, John H., “The Economic Basis of Damages for Breach of Contract”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972, pp. 278 y 279.

<sup>330</sup> Holmes Jr., Oliver Wendell, *The Common...*, *cit.*, p. 300.

<sup>331</sup> Holmes Jr., Oliver Wendell, “The Path...”, *cit.*, p. 462.

<sup>332</sup> Posner, Richard, “Let us Never Blame a Contract Breaker”, *Michigan Law Review*, núm. 107, 2009, p. 1357.

<sup>333</sup> Shavel, Steven, “Is Breach of Contract Immoral?”, *Emory Law Journal*, núm. 56, 2006, p. 441.

<sup>334</sup> *Uniform Commercial Code section 2-615 (a)*.

el derecho común angloamericano al menos les da una opción, entre cumplir la promesa o pagar una condena monetaria para compensar a los acreedores por sus expectativas defraudadas.

## II. LOS TUERTOS REFLEJAN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Los tuertos o “torts” —término en francés jurídico para una conducta torcida o chueca<sup>335</sup>— son lesiones o menoscabos a la integridad física, al honor, a la libertad u otros derechos, cometidos por una persona a otra, que dan lugar a acciones privadas, lo que los abogados romanos denominan “delitos civiles”.<sup>336</sup> Blackstone prefería el término anglosajón “delitos privados”, que él distinguía de “delitos públicos” o crímenes, que dan lugar a acciones públicas. El sistema de derecho privado que gobierna los tuertos —*torts*, en inglés— en los Estados Unidos es paralelo al que se desarrolló bajo el derecho romano clásico. Al igual que los “delitos típicos nominados” romanos, el derecho común tiene un sistema de tuertos estandarizados con nombre. Algunos historiadores del derecho han sugerido que los abogados comunes desarrollaron esta área del derecho tomando prestada la doctrina civil.<sup>337</sup> Sin embargo, ninguna otra área del derecho común, excepto quizá la propiedad real —*real property*, en inglés—, sea más original.<sup>338</sup>

Empleando el latín, el derecho común de los tuertos surgió de una acción *contra pacem*<sup>339</sup> en Inglaterra, alegando *vi et armis*<sup>340</sup> y usando la fórmula *ostensurus quare: el writ of trespass*.<sup>341</sup> Los *writs*

<sup>335</sup> Burn and Burn, *A New Law Dictionary*, p. 689.

<sup>336</sup> Blackstone, William, *Commentaries on the... , cit.*, p. 1.

<sup>337</sup> Gordley, James, *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, p. 163.

<sup>338</sup> Pollock, Frederick, *The Law of Torts: a Treatise on the Principles of Obligations Arising from Civil Wrongs in the Common Law*, 1892, p. 13.

<sup>339</sup> Shumaker, Walter, *The Cyclopedic Law Dictionary*, 1922, p. 222.

<sup>340</sup> *Ibidem*, p. 1058.

<sup>341</sup> Rastell, John, *Les termes... , cit.*, p. 374.

eran órdenes reales estandarizadas escritas en latín en un pergamino dirigidas a los corregidores o *sheriffs*.<sup>342</sup>

A partir del siglo XIII, los tribunales reales —principalmente los tribunales del derechos común de Common Pleas y King’s Bench— tomaron jurisdicción sobre los casos en los que la paz del rey fue supuestamente violada “con la fuerza y las armas”. En opinión de Maitland, la paz del rey era “la más poderosa de las ideas”, en virtud de la cual los tribunales reales extendieron su jurisdicción.<sup>343</sup> Recordemos lo que nos dice este autor:

Gradualmente esta paz (que en un tiempo se concibió como existente sólo en ciertos momentos, en ciertos lugares, y a favor de ciertas personas privilegiadas, cubriendo los días de la coronación del rey, las carreteras del rey, los sirvientes del rey y aquellos a quienes lo había otorgado por su mano o su sello) fue interpretada de manera extensiva, llegando a abarcar todos los tiempos, todo el reino y todos los hombres.<sup>344</sup>

Los presuntos perpetradores fueron llevados ante el tribunal del rey y se les pidió que “explicaran por qué” habían actuado así.

Durante el siglo XIV, el *writ of case* se desarrolló a partir del *writ of trespass*. En la práctica, las denuncias de uso de la fuerza y las armas a menudo enmascaraban una serie de tuertos más amplios que las meras lesiones vinculadas a las refriegas o *affrays* —francés jurídico para actos públicos de violencia<sup>345</sup>—. En este sentido, el iushistoriador Charles Donahue Jr. informa de numerosos casos de fines de la década de 1340 de personas acusadas de asesinar caballos.<sup>346</sup> Donahue observa que “parece extraño, hasta que miramos los nombres de los acusados: son Ferrer en francés,

<sup>342</sup> Theloall, Simon. *Le Digest des Briefs Originals et des choses concernants eux*, vol. 10, 1579, p. 114.

<sup>343</sup> Maitland, Frederic, *The Forms of Action at Common Law*, 1936, p. 10.

<sup>344</sup> *Idem*.

<sup>345</sup> Burn and Burn, *A New Law...*, *cit.*, p. 25.

<sup>346</sup> Donahue Jr., Charles, “The Modern Laws of Both Beginnings? Tort and Contract: Fourteenth Century”, *Manitoba Law Journal*, núm. 40, 2017, p. 9.

Faber en latín o Smith en inglés. Todas las palabras significan lo mismo. Estos son herreros que estaban herrando caballos y arruinaron el trabajo”.<sup>347</sup>

La Peste Negra en ese momento había provocado en Inglaterra, al igual que en el resto del Europa, una disminución de la población.<sup>348</sup> Consecuencia directa de esa merma fue la consiguiente escasez de trabajadores competentes, lo que provocó un aumento de las “actividades negligentes” de transportistas, constructores, pastores, médicos, teñidores, herreros, posaderos y carceleros.<sup>349</sup> Las víctimas del actuar negligente, sin embargo, para que sus casos fuesen conocidos por los tribunales reales, alegaban haber sido víctimas de un actuar violento —una ficción jurídica—, cuando lo que realmente había sucedido era un descuido ordinario.

En el siglo XV los tribunales de derecho común prescindieron de esa ficción jurídica.<sup>350</sup> Se permitió a los litigantes alegar sobre el caso —*en son case* en francés jurídico—. Al exponer los antecedentes de su denuncia a través de una cláusula de considerando —*cum* en latín—, Donahue deja claro que los denunciados podían alegar el incumplimiento de un “deber [legal] más específico que el general de no cometer quebrantamientos del orden público”.<sup>351</sup> El *writ of trespass vi et armis* todavía estaba disponible cuando las lesiones podían atribuirse directamente al uso de la fuerza y las armas. Sin embargo, cuando los demandantes señalaron lesiones o menoscabos que fueron el resultado indirecto o la consecuencia incidental de un acto u omisión, el *writ of case* fue la acción jurídica preferida.

---

<sup>347</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>348</sup> Palmer, Robert, *English Law in the Age of the Black Death. 1348-1381*, 1993, pp. 139-293.

<sup>349</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>350</sup> Fifoot, Cecil Herbert, *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract*, 1949, p. 75.

<sup>351</sup> Donahue Jr., Charles, “The Modern Laws of Both Beginnings...”, *cit.*, p. 21.



Hacia fines del siglo XVIII, Blackstone señalaba lo que se había convertido en una “distinción establecida” en el derecho común.<sup>352</sup> En su opinión,

...cuando se comete un acto que constituye en sí mismo un daño inmediato a la persona o la propiedad de otro, allí el recurso suele ser mediante una acción de *trespass vi et armis*; pero donde no hay acto realizado, sino sólo una omisión culpable; o donde el acto no es inmediatamente lesivo, sino sólo por consecuencia y colateralmente; allí no recaerá la acción *vi et armis*, sino acción sobre el caso especial, por los daños y perjuicios resultantes de tal omisión o acto.<sup>353</sup>

El derecho común de los tuertos —*torts*, en inglés— que surge en Inglaterra, por ese motivo, se organizó en torno a un sistema cerrado de *writs* estandarizadas, “cada una con su grosero nombre”,<sup>354</sup> que reproduce el diseño de mecanismo de los “delitos civiles típicos nominados” del derecho romano. Los abogados comunes habían llegado a pensar en los delitos en términos de recursos, de tal manera que, en la expresión de Maitland, “donde no hay recurso, no hay tuerto”.<sup>355</sup> En una inversión de este pensamiento, revelando el cambio de mentalidad que tuvo lugar a fines de la década de 1850, el primer libro de cabecera sobre tuertos compuesto a ambos lados del Océano Atlántico se quejaba de que “los recursos han sustituido a los tuertos”.<sup>356</sup> Aun así, los abogados comunes carecían de una comprensión doctrinal de los tuertos —*torts*, en inglés— como una área del derecho común. Maitland observa que los abogados comunes estudiaron por separado los *writs* de *trespass*, *trespass on case*, *trover*, *replevin*,

---

<sup>352</sup> Blackstone, William, *Commentaries on the...*, *cit.*, p. 123.

<sup>353</sup> *Idem.*

<sup>354</sup> Maitland, Frederic, *The Forms of Action...*, *cit.*, p. 1.

<sup>355</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>356</sup> Hilliard, Francis, *The Law of Torts or Private Wrongs*, vol. 1, 1859, p. VI.

*detinue* y *waste*, y nos aclara: “Cada casillero procesal contiene su propia norma sustantiva”.<sup>357</sup>

Gordley argumenta que los abogados comunes desarrollaron el área de los tuertos —*torts*— al leer conceptos civiles como dolo, culpa y responsabilidad estricta en los *writs*.<sup>358</sup> Sin embargo, como afirma Donahue, estos conceptos ya se encuentran en las recopilaciones de casos. Al respecto, Gordley concede que: “A veces, al describir la situación, el demandante alegó que el acusado actuó con negligencia”.<sup>359</sup> Aun así, Gordley argumenta que “no está claro qué significaba la alegación”. Para ilustrar esa figura, Donahue cita el caso de *Berden vs. Burton*. Lo que está en juego es si se encuentra el acto encasillado en el *writ of trespass* o en el *writ of case*. Allí, se había producido un *clausum fregit* —la “ruptura del cierre” en latín— y se había producido la entrada a los linderos, y la mansión se quemó por causa de una chimenea que quedó encendida. Donahue sugiere que “se mencionan todos los estándares posibles de responsabilidad” en el reporte del caso. Concluye que estos jueces y abogados “vieron claramente cuáles eran las posibilidades”. Una lectura atenta muestra al abogado del demandado alegando que “el incendio [...] se debió a negligencia de los sirvientes que estaban adentro de la casa, que debieron haber visto el fuego”, y el abogado del demandante respondió que “una gran asamblea y multitud de hombres armados [...] amenazaron a los sirvientes, con el resultado de que los sirvientes temieron morir y dejaron el fuego desatendido”. El juez John Belnap respondió a nombre del tribunal: “[Usted] debería haber presentado su acción especial sobre su caso, ya que no era su intención quemarlos, pero la quema ocurrió por accidente”. Las deliberaciones de estos jueces y abogados del siglo XIV son claras. Gordley tiene razón cuando sostiene que los abogados civiles del siglo XVIII, como Robert Joseph Pothier, habían elaborado

<sup>357</sup> Maitland, Frederic, *The Forms of Action...*, *cit.*, p. 3.

<sup>358</sup> Gordley, James, *Foundations of Private Law...*, *cit.*, p. 163.

<sup>359</sup> *Ibidem*, p. 160.

los conceptos de dolo, culpa y responsabilidad estricta. Lo que no está claro es por qué los abogados comunes habrían tomado prestados estos conceptos de la doctrina civil, cuando podrían leerlos en los reportes de casos, como observa Donahue.

1. *La estructura tripartita de tuertos intencionales, negligencia y responsabilidad estricta*

Hacia fines del siglo XIX, el estudiante de derecho en los Estados Unidos disponía de casos para leer y estudiar, pero los que se referían a tuertos carecían de cohesión conceptual y claridad. Los tuertos —*torts*— como categoría legal parecían a Holmes tan rebeldes en 1871 que, al reseñar una versión abreviada del libro sobre esta materia de Charles Greenstreet Addison, para la facultad de derecho de la Universidad de Harvard comenta: “[bajo] este título esperamos encontrar algunos o todos los delitos privados remediados por las acciones de *trespass*, *trespass on case* y *trover*”.<sup>360</sup> Luego añadía: “Los tuertos no son un tema adecuado para un libro de leyes”.

Dos años más tarde, en un influyente artículo doctrinario de 1873,<sup>361</sup> Holmes se propuso dar cohesión conceptual y claridad a los tuertos. Su propuesta conceptual para el área de los tuertos —*torts*— fue tan correcta que ha sido adoptada en los Estados Unidos. Holmes escribió: “En un extremo [...] en un tratado sobre tuertos, deberíamos encontrar una clase de casos determinados por ciertos actos abiertos o eventos únicamente, independientemente de la culpabilidad”: el tuerto de responsabilidad estricta. “En el otro extremo de arriba se encuentran [...] fraudes, o lesiones dolosas e intencionales”, los tuertos intencionales. “A medio camino entre los dos grupos [...] se encuentra la gran masa de casos en los que la negligencia se ha convertido en una averiguación esencial [para el tribunal]”, el tuerto por negligencia.

---

<sup>360</sup> Holmes Jr., Oliver Wendell, “The Theory of Torts”, *American Law Review* núm. 7, p. 341.

<sup>361</sup> *Ibidem*, p. 653.

La idea de Holmes acerca de la responsabilidad extracontractual es clara. Considera que los tuertos reflejan elecciones sociales arraigadas en “intuiciones de política pública, declaradas o inconscientes” en lugar de creencias morales, a pesar del uso de la “fraseología moral” por parte de la ley.<sup>362</sup> Evita el malentendido de creer que los perpetradores deben compensar a las víctimas por un sentido del deber moral o por una teoría de la justicia correctiva. A pesar de su declaración clásica sobre los roles relativos de la lógica y la experiencia en la vida de la ley, aplica una lógica implacable en su intento de trazar un mapa de esta área del derecho común y encontrar una base común “en el fondo de toda responsabilidad extracontractual”.<sup>363</sup> El marco general de responsabilidad extracontractual con el que se enfrenta es la previsión de las consecuencias por parte del hombre medio. “Si no se puede prever una consecuencia, no se puede evitar”.<sup>364</sup> Dentro de este marco general, puede encajar no sólo el dolo y la culpa, sino también la responsabilidad estricta. Mientras que el dolo o intención implica prever las posibles consecuencias y la culpa la falta de ellas respecto a los actos lesivos, en la responsabilidad estricta la previsión se refiere a las consecuencias de las actividades ultra peligrosas. En consecuencia, Holmes mapea el área de los tuertos —*torts*— en los Estados Unidos y sienta las bases para la estructura tripartita actual de tuertos intencionales, negligencia y responsabilidad estricta.

Lamentablemente, cuando en 1880 Holmes desarrolló el tema en sus conferencias III y IV en el Instituto Lowell de Boston,<sup>365</sup> se desvió del tema. Al dedicar libremente la conferencia III al tuerto por negligencia<sup>366</sup> y la lección IV a los tuertos intencionales,<sup>367</sup> no discutió exhaustivamente el tuerto de la responsabilidad estricta.

---

<sup>362</sup> Holmes Jr., Oliver Wendell, *The Common...*, *cit.*, p. 79.

<sup>363</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>364</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>365</sup> Publicó sus lecciones en 1881 como *The Common Law*.

<sup>366</sup> Holmes Jr., Oliver Wendell, *The Common...*, *cit.*, pp. 77-129.

<sup>367</sup> *Ibidem*, pp. 130-163.

ta —diríamos “responsabilidad extracontractual objetiva”, en la jerga jurídica propia del derecho civil romano-germánico—. Ese mismo año, publicó un artículo dedicado predominantemente al desarrollo del tuerto por negligencia a partir de la acción de *trespass vi et armis*.<sup>368</sup> De este modo, la discusión sobre los torts y su naturaleza jurídica se dispersó entre *Rylands vs. Fletcher*, *nuisance*, difamación, invasión de ganado, animales domesticados, viciosos y salvajes, la responsabilidad de los transportistas comunes y la de los posaderos en el derecho común anglangloamericano, a través de sus conferencias III y IV y en su artículo de 1880.

En su artículo de 1873 arrojó luz sobre la responsabilidad sin culpabilidad —su forma de referirse a la responsabilidad estricta— al discutir el caso inglés de *Rylands vs. Fletcher*. Allí, los propietarios de una fábrica textil a vapor habían construido un depósito de agua que estalló en un pozo minero abandonado, inundando la mina de carbón de su vecino. Al construir el embalse del depósito, los propietarios del molino emplearon un “ingeniero y contratistas competentes” para realizar las obras de manera independiente, y en lo personal actuaron sin culpabilidad. En una apelación ante la cámara de Exchequer, el juez Colin Blackburn dictaminó que quienquiera que mantenga en su tierra “cualquier cosa que probablemente causare daño” actúa “bajo su propio riesgo”. Holmes explicó la responsabilidad estricta “sobre el principio de que es político hacer que quienes acceden a empleos ultra peligrosos asuman el riesgo de ese empleo sobre sus propios hombros”.<sup>369</sup>

En la actualidad, la teoría de la responsabilidad estricta basada en la previsión de Holmes ha sido ampliamente adoptada en los Estados Unidos. En *Madsen vs. East Jordan Irrigation Company*, la Corte Suprema de Utah negó la reparación al demandante. La muerte de las crías de visones en una granja peletera por parte de sus madres, asustadas por las operaciones con cargas

<sup>368</sup> Holmes Jr., Oliver Wendell, “Trespass and Negligence”, *American Law Review*, núm. 14, 1880, p. 1.

<sup>369</sup> Holmes Jr., Oliver Wendell, “The Theory...”, *cit.*, p. 653.

explosivos no negligentes del acusado, “no estaba dentro del ámbito de lo que era de prever”.<sup>370</sup> En consecuencia, el juez Eugene C. Pratt dictaminó que el uso ultra peligroso de explosivos por parte del acusado en su canal de irrigación no es la causa inmediata de la pérdida de la camada de visones.

La exposición de Holmes sobre la responsabilidad estricta es coherente y clara. No obstante, a principios del siglo XX, muchos estudiosos del derecho de los Estados Unidos consideraron la responsabilidad estricta como algo difícil de entender. Sin una comprensión adecuada, Pollock se refiere al “dogma de no haber responsabilidad sin que haya negligencia” que parecería que era “más o menos frecuente en ciertas facultades de derecho [anglo-] americanas”.<sup>371</sup> Al desacreditar la teoría que no se admita la responsabilidad sin que haya negligencia, David Rosenberg sugiere que Holmes estaba preparado para expandir la responsabilidad estricta a los accidentes laborales.<sup>372</sup> “Estas no fueron reflexiones académicas; [Holmes] estaba completamente preparado para poner en práctica su teoría”. Como juez de Massachusetts, Holmes ciertamente extendió la regla en *Rylands vs. Fletcher* de un depósito artificial a la acumulación natural de hielo en una acera por una tubería de drenaje. A fines del siglo XIX, con el advenimiento de la segunda revolución industrial, reconoció que los “accidentes de ciertos negocios bien conocidos” como “ferrocarriles, fábricas y [otros] similares” mantienen ocupados a los tribunales. Al conceder que la indemnización pagada por “daños a personas o patrimonios” por estas empresas mercantiles “tarde o temprano entra en el precio pagado por el público”, Holmes anticipa el aumento de la responsabilidad empresarial del siglo XX.

Sea como fuere, en sus conferencias III y IV y en su artículo de 1880, Holmes parece rechazar la responsabilidad estricta al respaldar la opinión de Lemuel Shaw en *Brown vs. Kendall*. Allí,

<sup>370</sup> *Utah Reports*, vol. 101, 1942, p. 555.

<sup>371</sup> Pollock, Frederick, “A Plea for Historical Interpretation”, *Law Quarterly Review*, núm. 39, 1923, p. 167.

<sup>372</sup> Rosenberg, David, *The Hidden Holmes: His Theory of Torts in History*, 1995.

el demandado había intentado separar a dos perros de pelea con un palo. Al dar un paso hacia atrás y levantar el brazo con el palo en la mano, golpeó directamente el ojo del demandante, quien interpuso una acción de *trespass*. Shaw observa que, para repetir, el demandante debe “demostrar que la intención era ilícita o que el demandado actuó con culpa”. Holmes respaldó la lectura de Shaw que encuentra la responsabilidad basada en la culpa en el *writ of trespass vi et armis*, y omite una discusión sobre la responsabilidad estricta. Sin embargo, ¿cómo podría la Corte Suprema de Massachusetts en 1850 discutir la responsabilidad estricta cuando el caso inglés de *Rylands vs. Fletcher* que le dio origen no se presentaría hasta dentro de quince años más?

A lo largo de sus escritos, Holmes fundamentó la responsabilidad sin culpabilidad en la elección personal: “[P]uede considerarse que la forma de asegurar que se actúe con el cuidado debido es arrojar el riesgo sobre la persona que decide qué precauciones se deben tomar”. Sostiene que la responsabilidad estricta radica en la “línea divisoria entre las basadas en la política pública, independientemente de la culpabilidad, y los requisitos destinados a mediar la conducta de un hombre prudente”. Sin embargo, el hecho de que Holmes no haya discutido exhaustivamente la responsabilidad estricta, su confuso respaldo a Shaw y la estrecha asociación en las mentes de los abogados comunes angloamericanos entre la culpa y el estándar de la “persona razonable” —término con que se conoce el baremo del hombre promedio de Holmes en los Estados Unidos—, llevó a jueces y juristas durante la primera mitad del siglo XX a privilegiar su atención en los tuertos intencionales y el tuerto por negligencia.

## 2. Cómo hemos llegado a las confusiones actuales sobre los tuertos

Durante la segunda mitad del siglo XX, los abogados comunes de Estados Unidos centraron la atención en el tuerto de responsabilidad estricta; sin embargo, el procedimiento que siguieron estaba mal concebido. Con Prosser a la cabeza agregaron

malentendidos básicos al rol de la responsabilidad empresarial en el mercado. Es más, socavaron la doctrina de *res ipsa loquitur* y abandonaron las defensas de la negligencia contributiva y la regla de la última oportunidad clara.

Prosser resultó mucho más influyente que Holmes en el desarrollo del área de los tuertos —*torts*— en los Estados Unidos. Su enorme influencia proviene de su estrategia de identificar tendencias en la evolución de la jurisprudencia de los tribunales estatales en la unión angloamericana, que luego informaba a los abogados angloamericanos. En lugar de argumentar a favor de un cambio en la ley, Prosser identificaba los cambios puestos en marcha por la jurisprudencia. Al analizar los patrones evidenciados por la jurisprudencia, conservaba siempre un tono de razonada neutralidad y, al mismo tiempo, señalaba que los nuevos desarrollos supuestamente reflejaban un consenso emergente, a pesar de los profundos desacuerdos ideológicos subyacentes en la comunidad legal.

Como Holmes —un maestro de la prosa inglesa—, Prosser tenía un talento excepcional para el análisis y la exposición jurídicos. Su libro especializado en esta materia<sup>373</sup> traza una cartografía jurídica de los tuertos —*torts*— en los Estados Unidos más precisa y reconocible que la de Holmes. Siguió la clasificación tripartita de Holmes de los tuertos intencionales,<sup>374</sup> la negligencia<sup>375</sup> y la responsabilidad estricta<sup>376</sup> —sin reconocer la contribución del recién mencionado en esta área—, y agregó capítulos sobre *nuisance*,<sup>377</sup> *misrepresentation*,<sup>378</sup> dueños y ocupantes de tierras<sup>379</sup> y proveedores de *chattels*<sup>380</sup> que según él “no pueden asig-

---

<sup>373</sup> Prosser, William, *Handbook on the Law of Torts*, 1941.

<sup>374</sup> *Ibidem*, capítulos 2-4.

<sup>375</sup> *Ibidem*, capítulos 5-9.

<sup>376</sup> *Ibidem*, capítulo 10.

<sup>377</sup> *Ibidem*, capítulo 13.

<sup>378</sup> *Ibidem*, capítulo 16.

<sup>379</sup> *Ibidem*, capítulo 14.

<sup>380</sup> *Ibidem*, capítulo 15.



narse exclusivamente a ninguna categoría de intención, negligencia o responsabilidad estricta”, pero donde la “recuperación de una indemnización puede depender de cualquiera de las tres”.<sup>381</sup> Prosser analizó líneas de jurisprudencia, planteó casos hipotéticos, trazó posiciones favorables y contrarias y planteó los límites entre los casos reportados. Curiosamente siempre se ha pasado por alto que los 15,000 casos que él cita<sup>382</sup> fueron en su mayoría resueltos mediante la interposición de los *writs* de derecho común. A pesar de que él alegó “adherirse a la terminología y los conceptos que se utilizan en los tribunales”, trató insistentemente de perfilar doctrinas y fórmulas en los casos de derecho común que analizaba.

Sin embargo, donde Holmes fue lúcido — nos atrevemos a aventurar que incluso profético—, Prosser mantuvo puntos de vista erróneos, con consecuencias perjudiciales para el desarrollo del derecho común angloamericano. A diferencia de Holmes, él creía que los tuertos estaban “dirigidos a la compensación de los individuos”<sup>383</sup> por las pérdidas y que, aunque de manera flexible, la ley de tuertos “refleja las ideas actuales de la moralidad”.<sup>384</sup> Cuando “esas ideas han cambiado”, declara que “la ley se ha mantenido a la par con ellas”.<sup>385</sup> A diferencia de Holmes, él creía que los diferentes tuertos “tienen poco en común y parecen [...] no tener ninguna relación entre sí”, y que “no es fácil descubrir ningún principio general en el que puedan basarse todos, a menos que es obvio que las lesiones deben ser indemnizadas”.<sup>386</sup> “En un campo tan amplio”, reiteraba que “no es fácil encontrar un principio rector único que determine cuándo se debe pagar dicha compensación”.<sup>387</sup>

---

<sup>381</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>382</sup> *Ibidem*, p. VII.

<sup>383</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>384</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>385</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>386</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>387</sup> *Ibidem*, p. 8.

Como resultado, Prosser perdió de vista un principio de la responsabilidad extracontractual, que tanto el derecho romano como el derecho común comparten y que la mantiene dentro de límites manejables. Aunque el diseño de mecanismo de *numerus clausus* nunca se ha aplicado en este área, los tuertos angloamericanos caen en un sistema cerrado de formas de acción estandarizadas y vienen con nombres para identificarlos. Hasta donde sabemos, los estudiosos del análisis económico del derecho aún tienen que reconocer que se aplica —además de los derechos de propiedad y los contratos estandarizados— al área de los tuertos —*torts*—.

Los abogados civiles tienen un sistema cerrado de contratos estandarizados con nombres, los “contratos nominados típicos”, de los que carecen los abogados comunes. Los abogados comunes, a su vez, tienen un sistema cerrado de tuertos estandarizados con nombres —podríamos llamarlos “delitos civiles típicos nominados”, usando la jerga jurídica propia— del que carecen los abogados civiles de hoy en día (de la misma manera, el tribunal de Cancillería en Inglaterra, impregnado como estaba de conocimiento civil, solía referirse a los *writs* de derecho común como *acciones nominatae*).

Con falta de visión, Prosser declara en su tratado que “no es necesario que un tuerto tenga un nombre”.<sup>388</sup> Él cree que los tuertos —*torts*— en el derecho común angloamericano son indefinidos y pueden extenderse para adaptarse a las necesidades de una sociedad industrial en evolución en la medida que los abogados de los demandantes consideren idóneo. Él sostenía que una civilización compleja da lugar a pérdidas inevitables —“[nueva] tortura sin nombre”, un juego de palabras para los tuertos nuevos y sin nombre— que exigen que se compense a una categoría cada vez más amplia de víctimas.<sup>389</sup> Los tribunales deberían responder a los “casos de primera impresión” procediendo “audazmente a

<sup>388</sup> *Ibidem*, pp. 4 y 5.

<sup>389</sup> *Ibidem*, p. 5.

crear [...] nuevas causas de acción, donde ninguna había sido reconocida antes”. Sostiene que “el mero hecho de que el reclamo sea nuevo no operará por sí mismo como un obstáculo para la indemnización” en el tuerto.<sup>390</sup>

Sólo recientemente los abogados comunes angloamericanos han llegado a reconocer que los “[t]uertos tienen nombres por una razón”, como lo admiten los iushistoriadores Kenneth S. Abraham y G. Edward White. A través de sus nombres, los tuertos “se describen [a sí mismos]” como formas estandarizadas de acción cuyos elementos son “discretos, contenidos y limitados” y que apuntan a un “conjunto básico de hechos rutinarios” a los que “pueden aplicarse fácilmente”.<sup>391</sup> El sistema cerrado de tuertos estandarizados con nombres hace que la ley de tuertos —*torts*— sea efectiva en el derecho común y no debe abandonarse. Donde los abogados civiles de hoy en día defienden una “teoría general de responsabilidad extracontractual”, ésta es ineficaz. Abraham y White predicen que un tuerto indefinido y sin nombre “no sería atractivo para los tribunales debido a las dificultades que anticipan que les plantearía más tarde [en aplicarlos]”. Los tribunales serían ineficazmente “llamados en cada caso a definir el alcance y los límites de la responsabilidad [extracontractual]”.<sup>392</sup>

Prosser tampoco comprende otro diseño de mecanismo de la responsabilidad extracontractual: las personas lesionadas deben permanecer sin compensación y deben soportar sus propias pérdidas. Holmes fue lo suficientemente lúcido como para comprender que “la pérdida por accidente debe permanecer donde cae, y este principio no se ve afectado por el hecho de que un ser humano es el instrumento de la desgracia”.<sup>393</sup> Mediante la teoría del diseño de mecanismos, los estudiosos del análisis económico de derecho deberían reconocer que las personas generalmente tienen los mejores incentivos e información para tomar sus pro-

---

<sup>390</sup> *Idem.*

<sup>391</sup> *Ibidem*, pp. 2089, 2100-2124.

<sup>392</sup> *Ibidem*, p. 2100.

<sup>393</sup> Prosser, William, *The Common Law*, p. 94.

pías precauciones y depender de su propio cuidado y prudencia. Esto no es una “expresión de la actitud altamente individualista del derecho común” como insta Prosser,<sup>394</sup> sino una simple cuestión de información asimétrica y compatibilidad de incentivos. Sólo excepcionalmente una lesión encaja en una de las formas estandarizadas de acción extracontractual con un nombre reconocidas en el derecho común angloamericano. A través del diseño de mecanismo de *numerus clausus*, el sistema de los tueritos determina cuándo se debe pagar una compensación y por qué lesiones discretas, contenidas y limitadas.

Hoy en los Estados Unidos, el iuseconomista George L. Priest se queja de que “la expansión difusa e indiscriminada de la responsabilidad extracontractual sustancial ha llevado al desmoronamiento de los mercados de seguros”.<sup>395</sup> Él rastrea esta expansión de la responsabilidad extracontractual a dos juristas anteriores: Kessler y Fleming James. Jr. Kessler es responsable de “deslegitimar completamente 200 años de tradición de derecho contractual en materia de productos defectuosos”.<sup>396</sup> Pero Priest exagera, en la medida en que Kessler tenía razón al criticar el *boilerplate* moderno. James es responsable de perseguir la idea de indemnizaciones por los accidentes de la vida cotidiana “como una forma de seguro social”.<sup>397</sup> Priest también exagera, en la medida en que esa idea ya fue desarrollada a fondo por el canciller Kent a inicios del siglo XIX, pese a que Holmes la rechazó.<sup>398</sup> Holmes había editado el tratado de Kent sobre el derecho angloamericano.<sup>399</sup> Allí, Kent había hablado de los posaderos y los

---

<sup>394</sup> Prosser, William, *Handbook on the Law...*, cit., p. 394.

<sup>395</sup> Priest, George L., “The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law”, *Yale Law Journal*, núm. 96, 1987, p. 1589.

<sup>396</sup> Priest, George L., “The Invention of Enterprise Liability: a Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law”, *The Journal of Legal Studies*, núm. 14, 1985, p. 492.

<sup>397</sup> *Ibidem*, p. 470.

<sup>398</sup> Holmes Jr., Oliver Wendell, *The Common...*, cit., p. 96.

<sup>399</sup> Kent, James, *Commentaries on the...*, cit.

transportistas comunes —que son estrictamente responsables en el derecho común— como “aseguradores” de los bienes muebles de sus huéspedes y pasajeros.<sup>400</sup>

En cambio, sugerimos que la “cuña” para lograr el cambio deseado por Prosser —una metáfora que Priest toma prestada directamente de él— fue el propio Prosser. Priest admite que Prosser ejerció una “influencia extraordinaria sobre la dirección de la ley”.<sup>401</sup> Siguiendo el ejemplo de Prosser, los tribunales de los estados de la unión angloamericana promulgaron importantes expansiones históricas de la responsabilidad extracontractual en la década de los sesenta y principios de la década de los setenta del siglo pasado. No solo los abogados y jueces lo siguieron para expandir desmesuradamente la responsabilidad extracontractual, en los Estados Unidos el área de los tuerros —*torts*— se distorsionó como resultado de su influencia.

La visión sesgada de Prosser acerca de la responsabilidad estricta significó que la responsabilidad empresarial que se desarrolló en los Estados Unidos no se limitó a las actividades ultra peligrosas. Su mirada estaba dirigida a ampliar la responsabilidad estricta, pero malinterpretó la “responsabilidad sin culpabilidad” —para usar el término de Holmes—. A diferencia de él, Prosser malinterpretó la regla del caso inglés de *Rylands vs. Fletcher*. En un esfuerzo por demostrar que el “caso en sí, o una declaración de principios claramente derivada de él” es aceptado en los Estados Unidos,<sup>402</sup> confunde la responsabilidad estricta por actividades ultra peligrosas y la responsabilidad estricta por *nuisance* —francés jurídico para “algo nocivo”—. Prosser debió haber entendido esta cuestión mejor. Admite que “[l]os tribunales [anglo-]americanos han mostrado una deplorable tendencia a llamar a todo una *nuisance*, y dejarlo así”.<sup>403</sup>

<sup>400</sup> *Ibidem*, pp. 849, 855, 864 y 871.

<sup>401</sup> Priest, George L., *The Invention of Enterprise Liability*, p. 465.

<sup>402</sup> Prosser, William, *The Principle of Rylands v. Fletcher, Selected Topics on The Law of Torts*, 1953, p. 152.

<sup>403</sup> Prosser, William, *Handbook on the Law...*, *cit.*, p. 451.

Sobre la apelación del caso por parte de Rylands y Horrocks a la Cámara de los Lores, Lord Cairns afirma que el embalse era un “uso no natural” de la tierra.<sup>404</sup> Con un análisis tomado de los casos de *nuisance*, Prosser mantuvo su idea sobre que un uso no natural de la tierra significa un uso “inapropiado para el lugar donde se mantiene, a la luz del carácter de ese lugar y su entorno”.<sup>405</sup> Cita a George Sutherland en la decisión de zonificación de *Village of Euclid vs. Ambler Realty Company*:<sup>406</sup> “Una molestia puede ser simplemente algo correcto en el lugar equivocado, como un cerdo en la sala en lugar de en el corral”.<sup>407</sup> De acuerdo con este razonamiento de Sutherland, Prosser explica *Rylands vs. Fletcher*. Inglaterra es un “país pluvial”.<sup>408</sup> Allí, “los arroyos constantes y las lluvias abundantes hacen innecesario el almacenamiento de agua”.<sup>409</sup> En Inglaterra, un embalse es un uso no natural de la tierra, más que una actividad extra peligrosa.

En este caso, la Cámara de los Lores afirma que la Cámara de Exchequer establece la “responsabilidad sin culpabilidad” —para usar el término de Holmes—. Sin mencionar a Holmes, Prosser se opone a este término. El término se ha “aferrado a la doctrina de *Rylands vs. Fletcher*, lo ha envuelto en tinieblas y ha tendido en cierta medida a desacreditarlo”.<sup>410</sup> No obstante, el término de Holmes describe con precisión la responsabilidad estricta sentada por de la Cámara de Exchequer por “cualquier cosa que sea probable que cause daño”.<sup>411</sup> El asentimiento de lord Cranworth aclara la opinión de la Cámara de los Lores: “La regla de derecho fue establecida correctamente por el Sr. Juez

---

<sup>404</sup> *The Law Reports, English and Irish Appeal cases and Claims of Peerage before the House of Lords*, vol. 3, 1868, p. 339.

<sup>405</sup> Prosser, William, *The Principle of Rylands...*, *cit.*, p. 147.

<sup>406</sup> *Idem.*

<sup>407</sup> *United States Reports*, vol. 272, 1926, p. 388.

<sup>408</sup> Prosser, William, *The Principle of Rylands...*, *cit.*, p. 147

<sup>409</sup> *Idem.*

<sup>410</sup> *Ibidem*, p. 179.

<sup>411</sup> *The Law Reports, Court of The Exchequer*, vol. 1, p. 279.

Blackburn”.<sup>412</sup> Los acusados son declarados responsables al margen “de cualquier precaución que [ellos] hayan tomado para evitar el daño”.<sup>413</sup> Frente a un depósito no natural que estalla en los pozos de una mina de carbón vecina, la cámara de los Lores está de acuerdo con la Cámara de Exchequer. Rylands y Horrocks actuaron bajo su propio riesgo.

A fines del siglo XIX, la jurisprudencia judicial en materia de responsabilidad estricta había cambiado en Inglaterra y Estados Unidos, a medida que las percepciones de la gente sobre el alcance potencial y el conjunto de desastres no naturales se ajustaban a las nuevas realidades que imponía el desarrollo industrial y tecnológico. Una revisión de la ley angloamericana contemporánea señala: “[El agua] puede hacer mucho daño y arrastrar una gran cantidad de tierra, piedras, árboles, casas, locomotoras de ferrocarril, carros, cuerpos humanos en unos pocos minutos”.<sup>414</sup> El iushistoriador Simpson sitúa la decisión de Rylands *vs.* Fletcher en el contexto de la segunda revolución industrial, en el contexto histórico de los desastres del terraplén Bilberry y del dique Dale de 1852 y 1864.<sup>415</sup> Holmes habría estado directamente familiarizado con estos desastres, que Prosser no pudo extraer de las compilaciones de casos que tuvo a la vista para su investigación. En los Estados Unidos, algunas jurisdicciones habían rechazado, en fecha temprana, la responsabilidad estricta.<sup>416</sup> Sin embargo, Nueva York, Nueva Jersey y Pensilvania “cambiaron de postura” tras el desastre de la presa de South Fork en 1889.<sup>417</sup>

---

<sup>412</sup> *The Law Reports, English and Irish Appeal cases and Claims of Peerage before the House of Lords*, vol. 3, 1868, p. 340.

<sup>413</sup> *Idem.*

<sup>414</sup> “The Law of Bursting Reservoirs”, *American Law Review*, núm. 23, 1889, p. 643.

<sup>415</sup> Simpson, Alfred William Brian, “Legal Liability for Bursting Reservoirs: The Historical Context of Rylands *vs.* Fletcher”, *The Journal of Legal Studies*, núm. 13, 1984, p. 244.

<sup>416</sup> Prosser, William, *The Principle of Rylands...*, *cit.*, p. 152.

<sup>417</sup> Shugerman, Jed, “The Floodgates of Strict liability: Bursting Reservoirs and the Adoption of Fletcher *vs.* Rylands in the Gilded Age”, *Yale Law Journal*, núm. 110, 2000, p. 337.

Cuando la responsabilidad empresarial se desarrolló en los Estados Unidos en la década de los sesenta y principios de la década de los setenta del siglo pasado, los tribunales de los estados de la unión angloamericana no limitaron la indemnización bajo el tuerto de responsabilidad estricta a las lesiones discretas, contenidas y limitadas causadas por las actividades ultra peligrosas. Prosser adoptó un tono de neutralidad razonada en su tratado para argumentar que la responsabilidad debía extenderse a los productos defectuosos. Perfiló una tendencia en la evolución de la jurisprudencia y anunció que una “minoría creciente de jurisdicciones han hecho al fabricante responsable ante consumidor final, incluso en ausencia de un contrato”.<sup>418</sup> Él creía que “parecía mucho mejor descartar la problemática doctrina de la garantía en la compraventa, e imponer la responsabilidad estricta directamente por medio del tuerto, como una pura cuestión de política social”.<sup>419</sup> Insistía en que “la acción por incumplimiento de la garantía fue originalmente una acción de responsabilidad extracontractual”,<sup>420</sup> en lo que tenía razón. Luego, en dos artículos doctrinarios, donde su lenguaje fue todo menos neutral —resuena el lenguaje confrontacional—,<sup>421</sup> recomendó a los abogados comunes angloamericanos que el requisito de la relación contractual —el *privity of contract*, en inglés— se eliminase por completo para permitir que los consumidores puedan demandar a los fabricantes en tuerto por lesiones causadas por los productos defectuosos.

Prosser empleó en esos dos artículos un estilo agresivo para analizar un caso de negligencia estadounidense. En *Ultramares Corporation vs. Touche*,<sup>422</sup> el juez Benjamin Cardozo se preocu-

---

<sup>418</sup> Prosser, William, *Handbook on the Law...*, *cit.*, pp. 468 y 469.

<sup>419</sup> *Ibidem*, p. 692.

<sup>420</sup> *Ibidem*, p. 690.

<sup>421</sup> Prosser, William, “The Assault upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer)”, *Yale Law Journal* núm. 69, 1969, p. 1099, y “The Fall of the Citadel (Strict Liability to the Consumer)”, *Minnesota Law Review*, núm. 50, 1966, p. 791.

<sup>422</sup> Cardozo, Benjamin, *New York Reports*, vol. 255, 1931, p. 170.



pó por limitar la responsabilidad de una firma contable a terceros no clientes. Allí, el requisito de la relación contractual había impedido que un factor no cliente recuperase los fondos de los contadores. El factor prestó fondos basándose en una auditoría de cuentas por cobrar que la firma contable había preparado con negligencia. El fallo del juez Cardozo representó un intento por frenar la amenaza que representa la responsabilidad extracontractual “en una cantidad indeterminada durante un tiempo indeterminado para una clase indeterminada”<sup>423</sup> para la profesión contable. Con un objetivo completamente diferente en mente, Prosser lo cita para proponer que se elimine el requisito de la relación contractual —el *privity of contract*—, un control contra la responsabilidad extracontractual excesiva, afirmando que “el asalto a la ciudadela del requisito de la relación contractual avanza en estos días a buen ritmo”.<sup>424</sup>

Prosser no recomendaba a los abogados comunes angloamericanos que la responsabilidad estricta se extendiese únicamente a los productos defectuosos que son ultra peligrosos. En lugar de restringir el tuerto a productos “como armas de fuego y dinamita” que son “inherentemente peligrosos”, pidió su extensión a una gama más amplia de “productos estandarizados”. A través de la uniformidad lograda por la mecanización de la producción, sostenía que “ya se ha logrado un alto grado de seguridad”.<sup>425</sup> Por lo tanto, los consumidores “tienen derecho a recibir la confianza de dicha seguridad” de los fabricantes.<sup>426</sup> Prosser debería haber entendido esta cuestión mejor. Prosser admite que los consumidores pueden “en todas las jurisdicciones” demandar por negligencia en los casos de productos defectuosos “con la ayuda de la doctrina [del derecho común] de *res ipsa loquitur*, o su equivalente práctico”.<sup>427</sup> Esta doctrina traslada la carga de la prueba al fabri-

---

<sup>423</sup> *Ibidem*, p. 179.

<sup>424</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>425</sup> Prosser, William, *The Assault upon the Citadel*, p. 1140.

<sup>426</sup> *Idem*.

<sup>427</sup> *Ibidem*, p. 1140.

cante, lo que hace que la extensión del tuerto de responsabilidad estricta a los productos defectuosos sea redundante para el consumidor en los Estados Unidos.

A través de la presunción de negligencia, la doctrina de *res ipsa loquitur* transfiere la carga de la prueba a los fabricantes que tienen mejor información sobre su conducta que los consumidores. La frase *res ipsa loquitur* —latín para “la cosa habla por sí misma”—<sup>428</sup> entró en el derecho común en el caso inglés de *Byrne vs. Boadle*.<sup>429</sup> Allí, un barril salió rodando por la ventana del segundo piso de una tienda de harina y golpeó a un peatón. El aparejo con el que se izaba al almacén estaba bajo el control del demandado, y él solo podía explicar cómo cayó. Ante un demandante incapaz de aportar pruebas del accidente —debido a la información asimétrica entre ambos litigantes—, sir Jonathan Frederick Pollock insinuó la posibilidad de que “hay ciertos casos de los que se puede decir *res ipsa loquitur*, y éste parece uno de ellos”.<sup>430</sup>

Prosser, con humor negro, sugirió que “era quizás inevitable” que la frase en latín del barón Pollack “se involucrara en casos de pasajeros”, y que “se cruzara con la carga de prueba del transportista [común, de tal manera que] concibiera un niño monstruoso”.<sup>431</sup> En el derecho común, los transportistas comunes —el canciller Kent da el ejemplo del siglo XIX de los propietarios de los carruajes— eran estrictamente responsables de la carga dañada o no entregada que se les había confiado, pero sólo respondían por la seguridad de los pasajeros por su “falta de atención debida”.<sup>432</sup> En lugar de imponer adicionalmente responsabilidad estricta a los transportistas comunes por la seguridad de los pasajeros, los barones del tribunal de Exchequer adoptaron una

<sup>428</sup> Shumaker, Walter, *The Cyclopedic...*, *cit.*, p. 883.

<sup>429</sup> *The English Report*, vol. 159, 1863, p. 299.

<sup>430</sup> *Ibidem*, p. 300.

<sup>431</sup> Prosser, William, “Res Ipsa Loquitur in California”, *Selected Topics on the Law of Torts*, p. 306.

<sup>432</sup> Kent, James, *Commentaries on the...*, *cit.*, p. 466.

presunción de negligencia. Cuando el demandante establece el caso *prima facie* —latín para “a primera vista”—<sup>433</sup> de su lesión, la carga de la prueba pasa a recaer en el demandado.<sup>434</sup> El diseño de mecanismo de *res ipsa loquitur* representa una de las grandes innovaciones probatorias de la tradición del derecho común inglés.<sup>435</sup>

Prosser se opuso a la presunción de negligencia —que se encuentra entre la responsabilidad basada en la negligencia y la responsabilidad estricta, disponible en el derecho común—. Consideraba que la doctrina de *res ipsa loquitur* es una solución provisional engañosa para zanjar la calificación de las pruebas circunstanciales en el proceso. Él creía que la doctrina operaba como una medida improvisada para reemplazar la adjudicación, o peor, un “eslogan fácil de repetir como sustituto de la consideración de las pruebas”.<sup>436</sup> En lugar de recomendar su uso a los abogados comunes angloamericanos, la socavaba.

Una manifestación más débil de la misma doctrina es que, en lugar de traspasar la carga de la prueba del demandante al demandado, se permita al jurado inferir un actuar negligente a partir de la ocurrencia de la lesión, y luego combinar esta inferencia con los otros indicios de prueba presentados en el proceso. Prosser parece haber sido persuadido al respecto por un artículo del juez Edmond H. Bennet, publicado en 1871.<sup>437</sup> Éste se preguntó si la mera prueba de una pérdida o lesión permitía presumir negligencia del demandado o establecer un caso *prima facie* para el demandante. Su respuesta es bien conocida: “La distinción entre la carga de la prueba y la prueba *prima facie* es la misma en los casos de negligencia que en cualquier otro. Uno es un principio legal, el otro una mera cuestión del peso de las pruebas. Se dife-

<sup>433</sup> Shumaker, Walter, *The Cyclopedic...*, *cit.*, p. 799.

<sup>434</sup> Hilliard, Francis, *The Law of Torts...*, *cit.*, p. 128.

<sup>435</sup> Holmes Jr., Oliver Wendell, “Common Carriers and the Common Law”, *American Law Review*, núm. 13, 1879, p. 611.

<sup>436</sup> Prosser, William, *Res Ipsa Loquitur in California*, p. 309.

<sup>437</sup> Bennet, Edmond, “The Burden of Proof in Cases of Negligence”, *American Law Review*, núm. 5, p. 205.

rencian tanto como las palabras *onus* —en latín para carga—<sup>438</sup> y *pondus* —en latín para peso—<sup>439</sup> difieren entre sí”.<sup>440</sup> De acuerdo con el razonamiento de Bennet, Prosser identificó una tendencia en la evolución de la jurisprudencia y anunció que una “mayoría de las decisiones judiciales están categóricamente a favor” de la interpretación de *res ipsa loquitur* de que crea una “inferencia [que es] sólo permisible”.<sup>441</sup>

La doctrina de *res ipsa loquitur*, a diferencia de la responsabilidad estricta —mientras protege eficazmente a los consumidores— abre a los fabricantes la posibilidad de presentar pruebas que refuten la presunción de negligencia. Los fabricantes deben tomar precauciones y actuar con cuidado y prudencia para proteger la seguridad de los consumidores, pero no debe proporcionarles un seguro social para que los consumidores puedan dejar de tomar sus propias precauciones.

Cuando tanto los fabricantes como los consumidores pueden tomar precauciones, el tuerto de responsabilidad estricta deja de ser compatible con los incentivos, como demostró el iuseconomista John Prather Brown a principios de la década de los setenta del siglo pasado.<sup>442</sup> Sólo cuando las personas lesionadas no puedan tomar las precauciones porque las actividades o productos son ultra peligrosos, el tuerto de responsabilidad estricta garantizará que las empresas mercantiles, que actúan bajo su riesgo, tengan en cuenta las lesiones previsibles que pueden causar —las pérdidas inevitables a las que se refiere Prosser—.

Además de socavar la doctrina de *res ipsa loquitur*, Prosser recomienda a los abogados comunes de los Estados Unidos el abandono de las defensas disponibles contra la responsabilidad empresarial, en casos en los que los consumidores puedan tomar sus

<sup>438</sup> Shumaker, Walter, *The Cyclopedic...*, *cit.*, p. 723.

<sup>439</sup> *Ibidem*, p. 780.

<sup>440</sup> *Ibidem*, p. 355.

<sup>441</sup> *Idem*.

<sup>442</sup> Brown, John Prather, “Toward an Economic Theory of Liability”, *The Journal of Legal Studies*, núm. 2, 1973, p. 324.

propias precauciones. Prosser reconoce que “pocos productos, si es que hay alguno, son absolutamente seguros. Cualquier cuchillo cortará, cualquier martillo que se maneje sin destreza aplastará un dedo, cualquier alimento puede causar indigestión”.<sup>443</sup> Los consumidores también deben tomar sus propias precauciones y depender de su propio cuidado y prudencia.

En el derecho común, la defensa de la “negligencia contributiva” prohíbe la recuperación en los casos de la “culpa inexcusable de la víctima” —en la jerga jurídica propia—, es decir, cuando el demandante contribuye, incluso de la manera más mínima, a las lesiones que sufre como resultado de la negligencia del demandado. La defensa se remonta al caso inglés de *Butterfield vs. Forrester*.<sup>444</sup> Allí, un propietario había obstruido parcialmente el camino al costado de su casa colocando un poste para hacer trabajos de reparación y un jinete a caballo llegó a galope rápido y a media luz, estrellándose contra él. Lord Ellenborough estableció que “[una] persona que tenga la culpa no prescindirá del cuidado ordinario de otra persona”.<sup>445</sup> Prosser se opone al resultado de todo o nada de esta defensa debido a su absoluta barrera a la indemnización. Él cree que las dificultades ocasionadas son “evidentes”.<sup>446</sup> La doctrina “visita toda la pérdida causada por la culpa de dos partes en una sola de ellas”.<sup>447</sup> Condena esta doctrina que “[nadie] ha logrado justificar [...] como política social y nadie lo hará jamás”.<sup>448</sup> En lugar de crear incentivos para que los demandantes sean “responsables de [su] propia seguridad”, cree que la defensa “fomenta la negligencia” al permitir que los demandados escapen de las consecuencias de sus acciones.<sup>449</sup> Pros-

---

<sup>443</sup> Prosser, William, *The Fall of the Citadel*, p. 807.

<sup>444</sup> *The English Report*, vol. 106, 1809, p. 926.

<sup>445</sup> *Ibidem*, p. 927.

<sup>446</sup> Prosser, William, *Handbook on the Law...*, cit., p. 403.

<sup>447</sup> Prosser, William, *Comparative Negligence in Selected Topics on the Law of Torts*, p. 7.

<sup>448</sup> *Idem*.

<sup>449</sup> Prosser, William, *Handbook on the Law...*, cit., p. 403.

ser identificó otra tendencia, esta vez de promulgaciones legislativas, y anuncia a los abogados comunes angloamericanos que un “profeta conservador no tendría ninguna dificultad” en concebir la sustitución de la negligencia contributiva mediante la “adopción de leyes de reparto de daños” en los estados restantes “en los próximos años”.<sup>450</sup>

Prosser también se opuso a la “regla de la última oportunidad clara” en el derecho común, a pesar de que mitiga las dificultades de la defensa de todo o nada de la negligencia contributiva. La doctrina se origina en el caso inglés de *Davies vs. Mann*.<sup>451</sup> Allí, un dueño había dejado un burro indefenso en la carretera con un par de patas atadas. El demandante, el conductor de un carruaje, viendo claramente al animal, se acercó a paso rápido y lo arrolló. Debido a su origen, Prosser se burla de ella como la “regla burra”.<sup>452</sup> Bajo ésta, los demandantes con culpa inexcusable pueden recuperar daños si los demandados negligentes observan el peligro y tienen una última oportunidad clara de evitar las lesiones. Él cree que “no es mejor política liberar al demandante negligente de toda responsabilidad por su lesión, que liberar al demandado negligente”.<sup>453</sup> A pesar de la aparente simplicidad de la regla de la última oportunidad clara, la crítica por ser difícil de aplicar. Presenta a los tribunales: “[U]no de los peores enredos que conoce la ley”.<sup>454</sup> Prosser exagera porque cualquier determinación de negligencia implica intrincadas investigaciones fácticas dirigidas a calificar los hechos. La aplicación de la responsabilidad estricta en el proceso es sencilla en comparación. Descarta la regla de la última oportunidad clara, que es “más una cuestión de insatisfacción con la negligencia contributiva que cualquier otra cosa”.<sup>455</sup> Sugie-

---

<sup>450</sup> Prosser, William, *Comparative Negligence*, p. 2.

<sup>451</sup> *The English Reports*, vol. 152, 1842, p. 588.

<sup>452</sup> Prosser, William, *Comparative...*, *cit.*, p. 11.

<sup>453</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>454</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>455</sup> Prosser, William, *Handbook on the Law...*, *cit.*, p. 410.

re que esta regla no es más que una “parada en el camino hacia el reparto de daños”.<sup>456</sup>

Prosser recomienda el reparto de daños entre los litigantes a los abogados comunes angloamericanos. Él cree que deberían abandonar la defensa del derecho común inglés y angloamericano de negligencia contributiva de larga data, sujeta a la regla de la última oportunidad clara. La adopción del reparto de daños” en casos de negligencia —o “negligencia comparativa”, como se le ha dado en llamar en los Estados Unidos, “usando el término de la ley del almirantazgo”—, se originó en un caso de colisión en alta mar. En *The Schooner Catharine vs. Dickinson*,<sup>457</sup> un barco que subía a sotavento sin vigía chocó contra el casco de un carguero que navegaba a barlovento, provocando que se hundiera frente a la costa de Nueva York. El juez Samuel Nelson adoptó la regla bien establecida en el almirantazgo inglés de repartir la pérdida equitativamente entre embarcaciones en colisión, que él considera, “la más justa y equitativa, y la mejor que tiende a inducir cuidado y vigilancia en ambos lados”.<sup>458</sup> Prosser estaba de acuerdo con el juez Nelson en que el “método de reparto más simple posible” es dividir los daños por igual entre los litigantes negligentes que concurren mutuamente. “Crudo como era”, afirma que es una “aproximación más cercana a la justicia sustancial que una negación de toda recuperación” a través de la negligencia contributiva.<sup>459</sup>

Prosser analizó las dificultades prácticas encontradas al distribuir los daños según la culpa. Reconoce las dudas de los tribunales de derecho común para acallar los profundos desacuerdos ideológicos que subyacen en la comunidad jurídica estadounidense sobre la “falta de una base definida para ello” y el “sesgo y la falta de fiabilidad general de los jurados”.<sup>460</sup> Sin embargo,

---

<sup>456</sup> *Ibidem*, p. 410.

<sup>457</sup> *United States Reports*, vol. 58, 1855, p. 170.

<sup>458</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>459</sup> Prosser, William, *Comparative...*, *cit.*, pp. 17 y 18.

<sup>460</sup> Prosser, William, *Handbook on the Law...*, *cit.*, p. 405.

sostiene que el tiempo ha pasado “a la luz de la larga historia, los muchos estatutos y la multitud de casos, para sostener” que “no puede hacerse en absoluto”.<sup>461</sup>

El reparto de daños entre los litigantes que recomienda Prosser va en contra de valores arraigados desde hace tiempo en la tradición del derecho común inglés y angloamericano —*common law and equity*—. En la actualidad, bajo una negligencia comparativa, los jurados son rápidos en su enfoque para determinar la culpa respectiva de las partes. Quedan pocas jurisdicciones angloamericanas en las que la negligencia contributiva del demandante —o culpa inexcusable de la víctima, en la jerga jurídica propia— actúe como una absoluta barrera a la responsabilidad del demandado por negligencia. El abandono de las defensas disponibles contra la responsabilidad empresarial no podría haber sido más dañino para el área de los tuertos —*torts*— en los Estados Unidos.

### 3. *Los tuertos entendidos correctamente*

Para comprender los tuertos —*torts*—, los estudiosos del análisis económico del derecho se habían centrado, en el pasado, únicamente en los incentivos que enfrentan las personas y en cómo estos afectan sus elecciones, respecto de posibles precauciones a adoptar. Se preguntaron cómo los tuertos crean incentivos para que las personas tomen precauciones para evitar los accidentes que podrían sobrevenir.<sup>462</sup> Sin embargo, las personas ya están incentivadas a actuar con cuidado y prudencia en su interacción con terceros, por la concurrencia de las normas sociales. Lejos de adoptar la actitud inmoral o amoral del “hombre malo” de Holmes,<sup>463</sup> creemos que la humanidad está compuesta

<sup>461</sup> Prosser, William, *Comparative...*, *cit.*, p. 67.

<sup>462</sup> Curran, Christopher, “An Economic Theory of Comparative Negligence”, *The Journal of Legal Studies*, núm. 14, 1985, p. 49.

<sup>463</sup> Holmes Jr., Oliver Wendell, “The Path...”, *cit.*, pp. 459-461.



en gran parte por personas compasivas, responsables, cívicamente conscientes y socialmente bien adaptadas. Sin embargo, cabe destacar que no podemos esperar, incluso de las personas buenas y bien intencionadas, que tomen precauciones económicamente justificadas en favor de terceros, cuando los costos comparativos de tomar precauciones son información privada. Cuando las personas buenas y bien intencionadas interactúan con los terceros, todavía tienen los problemas de información asimétrica inherentes a saber qué precauciones tomar a favor de sus semejantes en casos concretos.

Para comprender el área de los tuertos —*torts*—, los estudiosos del análisis económico del derecho deben analizar, en el futuro, la asimetría de información y la compatibilidad de incentivos dentro de un marco más unificado. A través de la teoría del diseño de mecanismos, podrá la ciencia jurídica reconocer dónde es preferible una norma de negligencia a la de responsabilidad estricta.<sup>464</sup> El tuerto de negligencia está diseñado para superar la información asimétrica sobre los costos comparativos de tomar precauciones entre los extraños en el orden social descentralizado. La sentencia de negligencia —con la declaratoria de culpa en su sentido técnico jurídico— en casos de tuerto publicita las precauciones que se justifican en función de los costos comparativos de adoptarlas que enfrentan las partes. Lo que la teoría del diseño de mecanismos hace posible en el siglo XXI es una visión más noble del tuerto de negligencia para el “buen hombre”, en la que, mientras evitamos la confusión —como Holmes— de las normas sociales con las normas jurídicas, permitimos que la moralidad subjetiva actúe al lado de estándares legales objetivos de cuidado, que se aplican en las interacciones entre extraños en cada caso concreto.

---

<sup>464</sup> Epstein describe la elección entre responsabilidad estricta y negligencia como un debate inconcluso en la doctrina. Véase Epstein, Richard, *Torts*, 1999, pp. 89-107.

Si bien una determinación de negligencia puede implicar una investigación prolongada para la calificación de los hechos en el proceso, en comparación la determinación judicial de la responsabilidad estricta es sencilla. Desde el punto de vista de los costos administrativos del proceso, por lo tanto, debería preferirse la responsabilidad estricta a una norma de negligencia. El tuerto de responsabilidad estricta, después de todo, produce incentivos comparables con menores costos.<sup>465</sup> El tuerto de negligencia, con una defensa de negligencia contributiva, sujeta a la regla de la última oportunidad clara, requiere tres costosos y difíciles calificaciones de los hechos con referencia a la culpa. Lo que justifica la inversión social en la investigación prolongada para la calificación de los hechos en el proceso, es que, con la declaratoria de culpa, la información sobre los costos comparativos de tomar precauciones se convierte en información pública —“conocimiento común” en la jerga técnico-económica de teoría de juegos—<sup>466</sup> mediante la fijación de estándares legales de cuidado aplicables a casos concretos. La ley de tuertos no busca indemnizar a las personas que sufren lesiones o menoscabos por sus pérdidas, ni tampoco resulta ser un mero ejercicio de justicia correctiva. El resultado de todo o nada que se obtiene bajo el tuerto de negligencia, con una defensa de negligencia contributiva, sujeta a la regla de la última oportunidad clara, crea rentas para incentivar a los litigantes a invertir en la investigación de los costos comparativos de tomar precauciones en los casos concretos de la vida.

Los puntos de vista erróneos de Prosser sobre el sistema cerrado de tuertos estandarizados con nombres, la responsabilidad estricta por las actividades ultra peligrosas, la presunción refutable de negligencia bajo la doctrina de *res ipsa loquitur*, y la defensa de negligencia contributiva, sujeta a la regla de la última oportu-

<sup>465</sup> *Ibidem*, pp. 95 y 96.

<sup>466</sup> Aumann, Robert, “Agreeing to Disagree”, *Annals of Statistics*, núm. 4, 1976, p. 1236; véase también Patermote, Cédric, “The Fragility of Common Knowledge”, *Erkenntnis*, núm. 82, 2017, p. 451.

tunidad clara, aunque honestamente sostenidos, han llevado al abandono de controles indispensables en los Estados Unidos a la expansión de la responsabilidad empresarial. Hoy en día, los abogados comunes angloamericanos no ven límites a la expansión cada vez mayor de la responsabilidad extracontractual.