

Enrique Barros: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*
(Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006).

EN DEFENSA DE LA RESPONSABILIDAD ESTRICTA
UNA REVISIÓN CRÍTICA DEL *TRATADO DE*
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL,
DE ENRIQUE BARROS BOURIE

Carlos F. Rosenkrantz

I. La filosofía del *Tratado de la Responsabilidad Extracontractual*

El *Tratado de la Responsabilidad Extracontractual* (TRE) es un libro estructurado alrededor de una creencia filosófica fundacional, más precisamente, la idea que “la responsabilidad por culpa es el régimen general y supletorio de la responsabilidad civil” (TRE, p. 450). Efectivamente, si bien Barros sostiene que “la conformación del orden más básico de la sociedad —como el que cotidianamente rige las relaciones entre las personas— [es] una empresa en la que interv[ienen] consideraciones de diferente naturaleza” (TRE, pp. 51-52) y que “el modelo [de responsabilidad por culpa] asume que hay un punto de equilibrio eficiente entre el cuidado excesivo y el descuido, de modo que naturalmente tiende a coincidir la diligencia debida con la conducta socialmente más eficiente” (TRE, p. 29), TRE está animado por la convicción de que la culpa es el punto nodal en la empresa de la justifica-

CARLOS F. ROSENKRANTZ. J. D. (abogado) Universidad de Buenos Aires. J. S. D. (Doctor in the Science of Law), Yale University. Rector de la Universidad de San Andrés, Buenos Aires. Profesor del Hauser Global Law School Program (HGLSP) de la Facultad de Derecho de New York University.

ción de un régimen de la responsabilidad civil y que los otros factores de atribución de la responsabilidad, en todo caso, pueden explicar partes de nuestra práctica jurídica pero nunca racionalizarla en su totalidad.

En esta nota de revisión quiero problematizar esta creencia de Barros y desarrollar las ideas que sustentan la creencia contraria, esto es, que el principio de la responsabilidad estricta es el pivote de la responsabilidad civil. En mi argumentación describiré las ideas de Barros en pos de su creencia fundacional y aludiré a las críticas que Barros ha desarrollado contra el principio de la responsabilidad estricta. Incidentalmente, comentaré otras convicciones que Barros sustenta, no obstante que ellas no son del todo pertinentes para esta discusión. Finalmente, en la última sección hará algunas consideraciones generales sobre TRE y sobre su mérito.

Desde ya quiero destacar que, a mi criterio, TRE es un libro maravilloso que puede y debe compararse con los mejores libros de derecho que se han escrito en todas las latitudes, que coloca a su autor entre los más destacados de la disciplina y que debe enorgullecer a la cultura jurídica chilena por haber sido capaz de nutrir al autor que lo escribió.

II. La objetivización de la culpa

De acuerdo con nuestras categorías morales usuales alguien es culpable cuando ha realizado una acción que no debería haber realizado y cuya realización sólo puede explicarse como el resultado de su mala voluntad que, a su vez, puede serle personalmente imputada. En el sentido moral común la culpabilidad, entonces, presupone un juicio de reproche dirigido al agente, y el juicio de reproche presupone un carácter vicioso por el que el agente puede y debe responder.

En el derecho civil, por el contrario, afirmar que alguien es culpable significa algo diferente. En este ámbito la culpa se objetiviza en el sentido que se independiza de todo juicio de reproche. Como bien dice Barros, la “culpa civil no implica un juicio subjetivo de reproche al autor del daño” (TRE, 62). Alguien es culpable civilmente por el mero hecho de haber realizado una conducta que un estándar de cuidado descalifica, independientemente de que lo que hizo pueda serle imputado a un carácter vicioso por el que el agente pueda y deba ser hecho responsable.

Barros sostiene, con razón, que lo que justifica la objetivización de la culpa civil (y lo que problematiza a las concepciones retributivas de la responsabilidad) es que la objetivización es una buena manera de expresar preocupación por la víctima, pues si la culpa no fuera “objetiva”, esto es, si

a pesar de haberse violado un estándar de cuidado usted pudiera liberarse de la obligación de compensar cuando su conducta no le fuera subjetivamente reprochable, el derecho le daría una protección unilateral anti-igualitaria pues lo inmunizaría frente a los reclamos de los demás en razón de “sus propias debilidades” (TRE, p. 87) lo que afectaría la “confianza [...] y la construcción de expectativas razonables que podemos tener respecto del comportamiento de los demás” (TRE, p. 79).

III. La culpa y la antijuricidad

Barros sostiene que “la culpa entendida como infracción al deber de conducta es sinónimo de ilicitud. La antijuricidad en materia civil no es nada más que el hecho culpable que causa daño” (TRE, p. 97). Barros, aún más claramente, agrega que “quien dice que un acto es culpable dice también que es antijurídico y viceversa” (TRE, p. 132).

La objetivización de la culpa civil es una movida natural en el ámbito de la responsabilidad civil por las razones de igualdad y seguridad que Barros ofrece y que he mencionado en la sección anterior, pero ninguna de estas razones parecería justificar un grado de objetivización tal que fuera imposible diferenciar entre culpabilidad y antijuricidad ni que ambas categorías civiles fueran analíticamente indistinguibles. El mejor argumento es aquí un ejemplo.

Piénsese en la violación por parte de A de un estándar de cuidado que sociedades como las nuestras exigen a quien conduce un automóvil a una velocidad mucho más alta de lo razonable, y de este modo, sin saberlo, pone la carga explosiva que lleva (también sin saberlo) en su acoplado más allá de donde ésta pueda causar daño.

Esta conducta de A no es antijurídica, pues, todas las cosas consideradas, no debería haberse omitido. Por el contrario, un observador omnisciente debería incentivar a A para que acelere todo lo que pueda. Sin embargo, más allá de la justificación objetiva de la conducta de A y de sus consecuencias beneficiosas, en este caso pareciera que A ha realizado algo por lo que, desde algún lugar, puede ser reprobado en tanto —aunque no ha hecho algo que, todas las cosas consideradas, no debería haber hecho— ha violado una norma —el estándar de cuidado— que no dejó de aplicarse a él ni a la actividad que él desarrollaba.

En este punto es importante una aclaración. Buena parte de la dogmática civil se ha articulado alrededor de la convicción de que existe una norma primaria y básica que nos prohíbe causar daño. Obviamente, esta

convicción no implica que se piense que nunca está justificado causar un daño sino, más circunsriptamente, que el hecho de que exista una justificación para dañar y que uno pueda encontrar amparo en haber hecho algo que, por ejemplo, produce más bien que mal, no implica que lo hecho no haya sido violatorio de una norma que nos dice de un modo general, que dañar está prohibido.

Barros no es muy explícito al respecto pero parecería creer, correctamente a mi criterio, que tal deber general de no dañar no existe (o al menos que no es importante para entender la responsabilidad civil)¹. Así, sostiene que “mientras la responsabilidad contractual da lugar a una obligación de segundo grado, que tiene por antecedente el incumplimiento de otra obligación de primer grado que nace del contrato, en materia extracontractual la relación de responsabilidad civil no tiene por antecedente un vínculo obligatorio que la anteceda” (TRE, p. 978), esto es (y aquí hay bastante de mi interpretación), no existe ninguna obligación distinta a la de compensar el daño causado².

¹ En realidad, Barros (TRE, p. 20) menciona que el derecho “pone límites y establece consecuencias patrimoniales al ejercicio negligente de nuestra libertad (según el antiguo principio de justicia que ordena no dañar a los demás)”. A mi criterio, esta mención es incidental y no tiene ningún lugar en su universo dogmático.

² Usted podría pensar que el párrafo de Barros que he reproducido en el texto no puede ser interpretado del modo en que yo lo hago. Usted podría indicar que Barros distingue entre deberes y obligaciones, reservando la denominación de “obligación” para aquellas razones dominantes que uno puede tener para hacer algo originadas en el hecho de que uno ha realizado una conducta previa apta para generar dichas razones, y la denominación “deberes” para aquellas razones dominantes que uno puede tener para hacer algo que no derivan de haber realizado una conducta previa sino que se aplican a nosotros por el mero hecho, por ejemplo, de ser un individuo del género humano, un nacional, un miembro de un club, etc. Sobre la base de esta interpretación usted podría sostener que el hecho de que Barros afirme que no hay “obligaciones” que le sirvan de base a la compensación no quiere decir que no existan “deberes” que sí lo hagan, entre ellos, el deber general de no dañar. Si bien esta interpretación es literalmente posible creo que el espíritu de Barros es otro. Efectivamente, en otro apartado de TRE Barros sostiene que “la responsabilidad extracontractual tiene por antecedente los deberes generales de cuidado que nos debemos recíprocamente en nuestra actividad susceptible de dañar a terceros” (TRE, p. 20). Por eso, agrega Barros, “la fuente de la responsabilidad extracontractual es la *convención* mientras que en sede extracontractual lo determinante es el *derecho*, que pone límites y establece consecuencias patrimoniales al ejercicio negligente de nuestra libertad...” (TRE, p. 20). Ratificando la idea que en la base de la responsabilidad civil está un mandato de cuidado y no una deber general de no dañar, Barros afirma que “desde un punto de vista moral la responsabilidad queda limitada a las conductas que infringen deberes de cuidado que nos debemos en el ejercicio de nuestra libertad” (TRE, p. 29).

Quien a mi criterio ha distinguido con claridad la lógica de un deber general de no dañar y de los deberes de cuidar a los demás es John Gardner. Gardner sostiene que “una

Barros, tiene razón y es un mérito de TRE que allí no se predique la existencia de un deber general de no dañar. Ahora bien, el que no exista un deber general de no dañar, ¿nos debe llevar a la conclusión de Barros que las categorías culpabilidad y antijuricidad deben fusionarse en una sola?

Si existiera un deber general de no dañar la distinción entre “culpabilidad” y “antijuricidad” sería bastante fácil de establecerse pues, en ese caso, podría sostenerse sencillamente que en el derecho civil la “antijuricidad” está constituida por la violación del deber general de no dañar mientras que la “culpabilidad” por la violación del estándar de cuidado debido que hemos fijado .

Pero la inexistencia de un deber general de no dañar no convierte a la distinción entre culpabilidad y antijuricidad en imposible. Efectivamente, podemos distinguir entre culpabilidad y antijuricidad siempre que exista *algún* deber, cualquiera que éste fuera, distinto al deber de satisfacer el estándar de cuidado. Así, por ejemplo, si tuviéramos un deber moral, como yo creo que tenemos, que nos reclama que internalicemos las consecuencias de nuestras acciones o que nos exige que asumamos las consecuencias de nuestros actos y nos hagamos responsable por lo que hacemos y de ese modo liberemos a los demás de los costos que nosotros les imponemos, podríamos afirmar que la culpabilidad no se confunde con la antijuricidad, pues el actuar culpable consistiría en infringir el estándar de cuidado mientras que la antijuricidad consistiría en no asumir las consecuencias de nuestros actos.

IV. La obligación de compensar no se deriva de la infracción a un deber de cuidado

Incidentalmente me gustaría recalcar lo que yo considero un error de Barros, aunque en justicia compartido por casi toda la doctrina civil. Barros cree que del hecho que el demandado ha cometido un acto antijurídico o culpable (los que para Barros son indiscernibles) se sigue la obligación de compensar las consecuencias dañosas de dicho acto. Para Barros, “la cir-

obligación incondicional de no dañar a P —la obligación que regula a D y que D viola cuando ella es hecha responsable objetivamente por haber dañado a P— es un caso claro de una obligación de resultado (“obligation to succeed”). En cambio, lo que el derecho llama la obligación de D de “cuidado” respecto de P —la obligación de no dañar a P cuya violación hace a D culpable y sostiene la responsabilidad subjetiva de D— es un caso claro de una obligación de comportamiento (“obligation to try”). Véase Gardner, John: “Obligations and Outcomes in the Law of Torts”, 2001, p. 10.

cunstancia de que el daño pueda ser atribuido a la infracción de un deber de cuidado es razón suficiente para imponer” la obligación de compensar (TRE, p. 453).

Si bien es cierto que Barros no ve necesariamente una derivación lógica entre la violación de un estándar de cuidado y la obligación de compensar, sí cree que el tránsito de una proposición a la otra se sustenta en la “la práctica judicial y argumental que se ha extendido por más de dos milenios” (TRE, p. 453) al punto de convertir en innecesaria su fundamentación.

Pero la obligación de compensar no puede derivarse de la violación de ningún deber de cuidado ni de la realización de una acción indebida. Esta derivación es, sencillamente, un *non-sequitur*. De un deber de cuidado no puede derivarse la obligación de compensar porque del hecho que A hubiera infringido un derecho de B —el derecho a que, por ejemplo, A actúe con cuidado— no puede derivarse el derecho de B a ser compensado por A. Como M. Zimmerman persuasivamente lo ha sostenido, el deber de compensar de A y el derecho de B a ser compensado debe derivar, si acaso, de una fuente autónoma al derecho de B a que A se comporte de un modo diferente³.

Este comentario incidental es pertinente porque la imposibilidad de derivar la obligación de compensar de la violación a un estándar de cuidado debilita la idea que la culpa es el régimen “general y supletorio” de la responsabilidad civil —si la derivación fuera posible el hecho de que usted incurrió en culpa podría señalarse como la explicación de la existencia de su obligación de compensar en los casos paradigmáticos— y, por lo tanto, introduce la necesidad de encontrar alguna otra razón que explique por qué tenemos que compensar los daños que causamos.

V. Los problemas de la responsabilidad por culpa

Ahora bien, ¿la cuestión de si la responsabilidad por culpa o la responsabilidad objetiva, son, una u otra, el régimen “general y supletorio de la responsabilidad”, tiene alguna relevancia práctica? Después de todo, nadie duda que todos los sistemas jurídicos poseen ámbitos donde reina la responsabilidad por culpa y otros donde lo hace la responsabilidad estricta de modo que toda conceptualización de la responsabilidad civil, cualquiera sea su principio “general y supletorio”, deberá dejar espacio para regímenes de ambos tipos. En síntesis, ¿hay algo en cuestión en esta discusión?

³ Véase Zimmerman, Michael: “Rights, Compensation and Culpability”, 1994, p. 426.

Yo creo que sí. Piénsese en el siguiente caso. Supóngase que usted tiene una cabina en una montaña. Supóngase que perdido en la montaña después de un alud de nieve, desesperado por la sed y próximo a desfallecer deshidratado, un montañista entra en su cabaña en busca de agua potable para saciar su sed. Lamentablemente, para entrar en su cabaña el montañista tiene que romper la puerta (estaba perfectamente asegurada) causándole de ese modo daños patrimoniales considerables. Finalmente, para hacer el caso más interesante, suponga que en la cabaña no había agua ni ningún otro líquido bebible que pudiera aprovechar al montañista.

En estas circunstancias nadie diría que el montañista ha violado un estándar de cuidado, por más “objetivo” que este fuera. Todo estándar de cuidado, como bien destaca Barros (TRE, p. 112 y ss.), debe sopesar los bienes en juego y, por ello, no puede considerarse que lo hemos infringido cuando causamos daños para evitar daños mayores e inminentes. Consecuentemente, todo sistema de responsabilidad civil basado en un estándar de cuidado —y el régimen por culpa lo es— debe concedernos la prerrogativa de causar daño en estas circunstancias. Por ello, si la responsabilidad por culpa fuera el régimen “general y supletorio” de la responsabilidad civil, usted no tendría derecho a solicitar compensación alguna.

Barros no se incomoda antes esta conclusión. De hecho, para Barros los daños ocasionados en estado de necesidad no dan lugar a compensación aunque, si ello hubiera sido el caso, podrían dar lugar a una acción restitutoria cuando quien dañó obtuvo un beneficio para sí o para un tercero (TRE, p. 139)⁴.

Pero liberar de responsabilidad civil al montañista no parece ser una solución ni moral ni jurídicamente aceptable. Es claro que el montañista estaba justificado en hacer lo que hizo por su estado de necesidad y también es claro que no hay nada que reprocharle desde el punto de vista objetivo en tanto no podría haber ninguna norma que exija que él, todas las cosas consideradas, haga algo distinto a lo que hizo pero, no obstante todo ello, no parece aceptable que usted deba pagar los costos de la necesidad del montañista. De hecho no hay ninguna razón por la que usted, y no, digamos, todos los miembros de la comunidad, deba contribuir al infortunio de los demás, entre ellos el montañista. Una concepción de la responsabilidad civil insensible a su situación no parece ser de modo alguno aceptable.

⁴ En justicia a Barros, su visión reconstruye bien el derecho chileno, pues de acuerdo con su descripción la irresponsabilidad de quien causa un daño en estado de necesidad no sólo está sostenida por los artículos 2284, 2314 y 2329 del Código Civil sino también por la jurisprudencia unánime.

Supongamos que tengo razón y que la responsabilidad por culpa no puede dar cuenta de la solución correcta para los daños causados en estado de necesidad. Esto es importante pero prácticamente insignificante. Después de todo es bastante probable que el montañista, salvo que sea un cretino irremediable, se ofrezca para reparar la puerta de su cabaña y, por otro lado, no hay muchas situaciones como ésta en la vida real. En la discusión respecto de qué sistema de responsabilidad civil debe ser considerado “general y supletorio”, ¿hay alguna otra cuestión en juego con mayor relevancia práctica que la cuestión de si los daños causados en estado de necesidad son compensables en cuestión?

En el derecho civil de casi todos los países, cada vez más casos se encuentran regidos por el principio de la responsabilidad objetiva. El mismo Barros reconoce que el tránsito hacia la responsabilidad objetiva es irreversible. Así sostiene que “una vez introducido un estatuto de responsabilidad estricta en razón de riesgos [...] no se regres[a] jamás al régimen de la responsabilidad por negligencia luego que el riesgo se muestra controlable” (TRE, p. 456)⁵.

Ahora bien, si usted creyera que la responsabilidad civil se articula o se debe articular alrededor de la culpa no podría dar cuenta del fenómeno anterior, lo que lo colocaría en dificultades explicativas difíciles de superar⁶.

Tampoco podría racionalizar el hecho que en la práctica jurídica la medida de la compensación siempre está determinada por la magnitud del daño sufrido por la víctima y nunca por la entidad de la culpa de quien causa el daño. En efecto, independientemente de si la violación del estándar de diligencia ha sido importante o no (y los estándares de diligencia siempre se pueden violar en grados), en derecho uno compensa hasta el punto de dejar a la víctima indiferente entre el daño y la compensación sin importar si se ha incurrido en más o en menos culpa.

Finalmente, la responsabilidad por culpa nos deja sin un punto de apoyo para criticar la manera en que ciertos sistemas jurídicos deciden las cuestiones de la responsabilidad civil. Los principios de la responsabilidad civil nos deben servir para someter a escrutinio crítico los sistemas jurídicos

⁵ Barros destaca que en sus inicios la responsabilidad civil fue objetiva (TRE, p. 449) por lo que dado el tránsito moderno hacia la objetividad podríamos pensar que el principio de la culpa es un accidente histórico.

⁶ Usted no puede decir que la responsabilidad estricta es un estatuto de excepción para aquellos casos en los que es injusto que la víctima cargue con los daños porque para la víctima siempre el daño que ella sufre es un “injusto”. Tampoco puede sostener que el carácter especialmente riesgoso de una actividad justifica la responsabilidad estricta dado que para la víctima lo importante no es haber sido sujeta al riesgo que otro le ha impuesto sino haber sido dañada por él, lo que es igual, cualquiera sea la magnitud del riesgo de daño.

que de hecho tenemos y para mejorarlos tanto como podamos. Los principios de responsabilidad estricta sirven este ideal. Refiriéndonos a ellos podemos sostener que un sistema que supedita toda compensación a la violación de un estándar de cuidado distribuiría injustamente los costos de vivir en sociedad, pues los más activos y emprendedores podrían en algunas circunstancias externalizar las consecuencias de lo que hacen en un contexto en el que no tenemos desarrollado un sistema suficientemente sensible para que también externalicen los beneficios de su proceder⁷. El principio de la culpa, por su parte, no cumple esta función. En tanto está anclado en la idea que sólo se responde cuando se viola un estándar de cuidado, descuida a la víctima del daño imponiéndole la carga de soportar las consecuencias de acciones de otro que él no causó.

VI. La justificación de la responsabilidad por culpa

Nuestras prácticas sociales se han desarrollado a lo largo de muchos años, muchas veces de un modo espasmódico sin responder a ningún plan maestro, de tal modo que el hecho que no podamos racionalizarlas íntegramente no es algo que nos deba necesariamente sorprender ni, para el caso, apesadumbrar. Podemos concebir prácticas sociales alternativas que satisfagan mejor ideales últimos que consideramos más aceptables *sub species aeternitatis*, pero a todo evento ellas no serían *nuestras* prácticas con lo que su poder normativo, su aptitud para regular nuestra vida en común y su sustentabilidad en el tiempo, es algo que habría que experimentar y que no podamos dar por descontado. Por ello, la imposibilidad de explicar casos marginales —la responsabilidad por daños causados en estado de necesidad—, ciertas tendencias —el tránsito hacia la responsabilidad estricta— y ciertas costumbres judiciales —la determinación de la compensación sobre la base de la magnitud del daño— no debería ser definitoria. Como bien dice Barros “es un error práctico y conceptual asumir que el conjunto de fines y valores que orientan una institución compleja conforma necesariamente un sistema coherente y cerrado” (TRE, p. 34), por lo tanto los problemas en los márgenes no pueden servirnos para desechar un principio tan arraigado. Por ello, para evaluar la creencia en la responsabilidad por culpa como estatuto “general y supletorio” de la responsabilidad civil es preciso asaltar la ciudadela y ver si la responsabilidad por culpa es suficientemente consistente con otras creencias centrales que no estamos dispuestos a abandonar.

⁷ Barros hace referencia a este argumento y afirma que fue originariamente ofrecido por Pufendorf.

El Análisis Económico del Derecho (AED) es el desafío más radical a la idea que la responsabilidad por culpa debe ocupar el lugar del principio “general y supletorio” de la responsabilidad civil.

El AED considera que el objetivo de la responsabilidad civil no es responder apropiadamente a acciones reprochables, ni realizar la lógica inmanente de la relación que se crea entre quien causa un daño y quien lo sufre, ni rescatar nuestra dignidad como agentes intencionales (la que se vería afectada si tuviéramos la obligación de compensar los daños que causamos sin intención de dañar, o al menos, sin intención de actuar con desaprensión respecto de los intereses y derechos de otro) sino, mucho más prosaicamente, minimizar el costo de los accidentes (o, más elaboradamente, minimizar la suma del costo de los accidentes y los costos de su evitación). Consiguientemente, para el AED la culpa sólo debe tenerse en cuenta en un sistema de responsabilidad civil, si acaso, cuando ello fuera funcional al ideal que la informa. En otras palabras, para el AED la infracción de un estándar de cuidado puede constituirse en un prerrequisito de la obligación de compensar siempre que ello haga más probable que imponiendo dicho prerrequisito los costos sociales disminuyan y los beneficios sociales aumenten.

La razón por la que el AED es un desafío poderoso a las concepciones que como las de Barros pretenden reservar un lugar estelar para la culpa en la responsabilidad civil es, como el mismo Barros lo sostiene, porque el AED piensa la responsabilidad civil desde una perspectiva “totalmente externa” (TRE, p. 33), esto es, desde una perspectiva que trasciende el punto de vista desde el cual la responsabilidad por culpa tiene más sentido para nosotros, más precisamente, el punto de vista de la víctima y de quien causó el daño o de la relación que se entabla entre ambos por el hecho de la misma existencia del daño.

¿Qué razones puede haber para adherirnos a la perspectiva de la víctima, de quien causa el daño o de la relación que se entabla entre ambos por el hecho de la misma existencia del daño y para insistir, de un modo u otro, en que la infracción a un estándar de cuidado es un prerrequisito de los casos centrales de responsabilidad y para, por consiguiente, resistir la “perspectiva externa” que caracteriza al AED y que parece imponerse por la sensatez de tener en cuenta todos los costos que se encuentran involucrados en el caso en cuestión? Después de todo, es de lo más usual asociar la evaluación de una conducta o institución con el punto de vista que podemos adoptar desde de la perspectiva más general que podamos concebir.

En TRE, Barros ensaya diversos argumentos en defensa de la responsabilidad por culpa. Muchos de ellos son pragmáticos en el sentido que

Barros usa este adjetivo, es decir, son argumentos que atienden a consecuencias (TRE, p. 34) y no a sus méritos intrínsecos. Así, por ejemplo, Barros afirma que la responsabilidad por culpa nos permite vivir en una atmósfera de libertad donde evitamos la asfixia que nos produciría tener que buscar siempre un responsable (TRE, p. 24). También afirma que el sistema estructurado alrededor de la culpa ha hecho posible el florecimiento de la sociedad civil y que los intentos de la “racionalidad económica” (esto es del AED) requerirían que violemos el deber judicial de observancia a la ley y la forma histórica de pensar el derecho (TRE, p. 51).

Los argumentos pragmáticos no pueden hacer el trabajo de rechazar la perspectiva externa porque si todo el arsenal que se pudiera conseguir en contra del AED estuviese formado únicamente por argumentos pragmáticos la eventual victoria sería pírrica en tanto que un punto central del AED es, justamente, que todas las discusiones en torno a la responsabilidad civil sean resueltas pragmáticamente, esto es, teniendo en cuenta el costo y el beneficio de cada uno de los arreglos sociales que pudieran surgir en consecuencia.

Pero en TRE existe un argumento en favor de la responsabilidad por culpa categorialmente distinto que hace alusión a valores deontológicos. Efectivamente, Barros sostiene que la responsabilidad por culpa es respetuosa de la libertad de un modo en que otros sistemas de responsabilidad civil no lo son. “Nuestras interacciones diarias, dice Barros, muestran que no es coherente con la libertad que tengamos que responder de todo daño que podamos provocar en razón de nuestras acciones y omisiones. [...] Si la regla general fuese que se respondiera por todo daño, agrega Barros, la vida en sociedad estaría sujeta a limitaciones incompatibles con el libre despliegue de la personalidad” (TRE, p. 466).

Este argumento de Barros no es pragmático en el sentido que no tiene por objeto recalcar una consecuencia de la responsabilidad objetiva sino que hace referencia a la importancia de un valor —la libertad— y al hecho de que dicho valor está mejor protegido bajo un determinado sistema de responsabilidad civil.

De todos modos, bajo alguna interpretación el argumento de Barros es problemático. Así, si fuera entendido como un argumento en favor de la “libertad”⁸ no podría ser muy convincente. Si nos interesara la “libertad” nos debería interesar tanto la libertad de quien causa daños sin culpa como

⁸ Judith J. Thomson ha usado el valor de la libertad para justificar la exigencia causal. Así, ha sostenido que la exigencia causal entre el daño a la víctima y quien debe compensarla es una consecuencia de nuestro interés por la “libertad de acción” (Thomson, J.: “Remarks on Causation and Liability”, 1990).

la libertad de quien sufre daños sin culpa y, en ese caso, dejaría de ser claro que la responsabilidad por culpa es un mejor sistema que la responsabilidad estricta. Más aún, si lo que importase fuera la “libertad” (y no la más limitada “libertad de los que causan daños”), es posible que debiéramos elegir el AED por la sencilla razón de que el AED busca la minimización de los costos de todos los que están de alguna manera u otra involucrados en un accidente —tanto los costos de quien los causa y de quien los sufre como los costos de los que los pueden causar accidentes en el futuro o sufrírlolos— y, cuanto menos costos haya, es de esperar que habrá, al menos agregativamente hablando, más “libertad”.

Pero lo que Barros dice admite una interpretación que escapa de la crítica del párrafo precedente. Efectivamente, es posible entender el argumento de Barros como un argumento en favor de, para usar una palabra que él usa, la “personalidad” o, para ponerlo de un modo a mi entender más evocativo, de la “individualidad”. Efectivamente, un sistema que nos responsabiliza únicamente por la infracción a deberes de cuidado⁹, y nunca en virtud del modo en que nuestras acciones y sus innumerables ramificaciones impactan a los demás, parece proteger nuestra existencia como seres independientes unos de otros con fines propios y con una capacidad limitada para ocuparse de los demás y parece permitirnos, por lo tanto, que desarrollaremos nuestros respectivos proyectos y planes de vida en el área de protección individual que sus normas delimitan.

En síntesis, Barros podría defender la superioridad de la responsabilidad por culpa invocando el valor de nuestra “individualidad”, valor en el que el AED pareciera no tener interés alguno, o al menos ningún interés prioritario. La preocupación central del AED es por los costos y beneficios de todos aquellos que pueden beneficiarse o perjudicarse con los accidentes. Ello puede ser beneficioso para la “libertad” de todos pero sin duda es contrario al valor de la individualidad, pues el mandato de considerar todos los costos y beneficios del accidente y de minimizarlos exige que nos veamos no como individuos separados unos de otros cuyos respectivos costos y beneficios no pueden compensarse entre sí sino, centralmente, como partes de una comunidad o colectivo con una existencia distinguible de aquellos que lo conformamos. Pero, ¿es necesario que la responsabilidad civil proteja nuestra “individualidad”? ¿Es realmente un déficit si las reglas del derecho privado nos tratan como si fuésemos una “comunidad o colectivo”?

⁹ Véase Brudner, Alan: *The Unity of the Common Law*, 1995, p. 190 y ss. Weinrib también ha sugerido el mismo argumento (véase Weinrib, Ernest: *The Idea of Private Law*, 1995, pp. 182-183). Si bien Barros no ofrece el mismo argumento, para ser justos con él es preciso decir que el argumento se puede fácilmente reconstruir a partir de lo que él sí dice.

Piense que usted y su cónyuge deben decidir si ir al cine o al teatro esta noche cuando; (i) el teatro le produce mucho más placer a su cónyuge que el placer que a usted le produce el cine, (ii) el cine le produce menos placer a su cónyuge que el placer que le produce a usted ir al teatro y, (iii) el placer que a su cónyuge le produce ir al teatro compensa largamente el placer que a usted le produce acompañarlo y esa compensación, además, es mucho mayor que la manera en que el placer que a usted le produce ir al cine compensaría el placer que a su cónyuge le produce acompañarla. En un caso como éste o estructuralmente análogo, ¿no es aceptable ir al teatro por la sencilla razón de que ello, no obstante perjudicar a uno de los cónyuges más de lo que perjudica al otro ir al cine, es lo que más beneficia al matrimonio como tal dado que la diferencia de placer/displacer entre quien se beneficia —su cónyuge— y quien se perjudica yendo al teatro —usted— es mayor que la diferencia de placer/displacer entre quien se beneficia yendo al cine —usted— y quien se perjudica yendo al cine —su cónyuge?

Muchos, después de poca o mucha elaboración, terminan respondiendo a la pregunta del párrafo anterior afirmativamente porque, precisamente, consideran que un matrimonio bien concebido es, hasta un cierto punto, una “comunidad o colectivo” en el que los costos y beneficios deben ser colectivamente considerados a los efectos de obtener el mayor beneficio común. Siendo esto así, ¿cuál puede ser el bien que un sistema de responsabilidad civil proteja nuestra individualidad y el mal que otro nos trate comunitaria o colectivamente?

Un matrimonio es distinto a un país, lo que podría moverlo a usted a sostener que, por lo tanto, nada se puede inferir de lo que digamos a su respecto. Además, usted podría afirmar que quienes sostienen que el matrimonio debería ir al teatro seguramente se encuentran influenciados, aunque sea en parte, por la convicción de que el matrimonio encontrará maneras futuras de compensar al cónyuge que gentilmente hubiera aceptado ir al cine. Ninguno de estos dos puntos son convincentes como argumentos contra el AED.

Por un lado, muchas veces pensamos nuestros respectivos países como comunidades o colectivos y, en esas circunstancias, admitimos que el derecho nos trate “colectivamente”. Ello sucede, por ejemplo, en los casos de responsabilidad civil reglados por el artículo 2618 del Código Civil argentino. Este artículo dispone que debemos soportar las molestias del humo, calor, olores, luminosidad, ruido y vibraciones, si ello es necesario por “las exigencias de la producción”, solución que, obviamente, presupone que el beneficio colectivo de la producción es más importante que el costo

individual de las víctimas que tienen que soportar sus consecuencias dañosas colaterales, lo que, a su vez, presupone que la comunidad o el colectivo que conformamos como miembros de una comunidad política es normativamente más importante que nuestra individualidad. Más aún, el propio Barros reconoce, aunque sin decirlo muy explícitamente, que en circunstancias determinadas, la “comunidad o colectivo” es más importante que el individuo. Así, por ejemplo, Barros sostiene que “el derecho privado exige que se sacrifique lo individual a efectos de que se pueda existir en un orden conocido que dé forma a nuestras expectativas” (TRE, p. 453) y para definir el estándar de cuidado debido sostiene que debemos tomar en cuenta el valor de la actividad que genera el daño a partir de lo cual puede concluirse que los daños que se siguen de la imposición de riesgos cuya existencia es beneficiosa para la comunidad no pueden considerarse consecuencia de conductas violatorias de dicho estándar (TRE, p. 112). Dada la concepción de la responsabilidad civil de Barros este último reconocimiento del peso de la “comunidad o colectivo” es de suprema importancia. Efectivamente, en virtud de que en la concepción de Barros la culpa es el principio “general y supletorio”, la prioridad de lo colectivo o de la comunidad en la definición del estándar de cuidado que determina cuándo un actuar es culpable permeará todo el sistema de la responsabilidad civil¹⁰.

Por otro lado, los partidarios del AED creen que un sistema social no se agota en un sistema de responsabilidad civil y que si bien la responsabilidad civil debe estar interesada prioritariamente por lo colectivo, ello no implica que el sistema social deba también estarlo. Más aún, Posner ha reconocido que nos deben importar los arreglos distributivos, los que determinan quién está mejor y peor al final del día, y ha manifestado con claridad que aquello a lo que se opone el AED, tal como él lo concibe, no es a que las exigencias de una distribución aceptable sean tenidas en cuenta por el derecho sino a que el derecho de daños incluya fines u objetivos distributivos.

¹⁰ Incidentalmente es importante aludir a las razones por las que Barros rechaza el criterio de Hand para definir la culpa, pues presuponen un punto que hay que demostrar, más precisamente, la primacía normativa de lo individual sobre lo colectivo. En efecto, Barros sostiene que definir la culpa como Hand lo hace y entender que sólo hay culpa cuando los costos de precaución que deberían adoptarse para no dañar a otro son menores que los costos del daño multiplicados por la probabilidad de su ocurrencia no es aceptable en tanto esta definición no discierne entre los costos de precaución en los que debería haber incurrido el demandante para evitar el daño con los costos del daño en los que incurrirá la víctima. Este cargo presupone que hay algo incorrecto en una definición que no tiene en cuenta que los costos de precaución y los costos del daño son costeados por distintas personas, pero el AED justamente sostiene que la cuestión de quién carga los costos es de menor importancia normativa que la cuestión de cuándo los costos son menores, lo que en virtud de lo que digo en el texto es reconocido en algunas circunstancias por el propio Barros.

Dado estas aclaraciones, lo que dice Barros no alcanza para convencernos de que no debemos adoptar una perspectiva “externa” tal como sugiere el AED. Entonces, ¿es posible defender la primacía normativa de la “individualidad” y, por lo tanto, de un punto de vista no “externo” en la evaluación de los sistemas de la responsabilidad civil? Creo que sí, aunque las razones en las que debemos sustentar esta defensa no son buena noticia para Barros porque ellas, si bien colocan a nuestra “individualidad” en el centro del campo de juego, nos exigen que rechacemos la responsabilidad por culpa como principio “general y supletorio” de la responsabilidad.

VII. El valor de nuestra agencia

La convicción moral más básica que sustentamos es el hecho de que somos entes capaces de generar voliciones independientes de los demás y de determinar los movimientos de nuestros respectivos cuerpos por dichas voliciones. Cuando reparamos en esta verdad y aceptamos que, moralmente hablando, somos, primero y principal, “agentes” distinguibles unos de otros y, por lo tanto, no susceptibles de ser concebidos como si fuéramos un actor común, es más fácil señalar el problema en el que caerá todo un sistema de la responsabilidad civil que nos trate como una “comunidad o colectivo”: todo trato como “comunidad o colectivo” —por ejemplo el que nos deparan las normas moldeadas a la luz de las ideas del AED que con el objetivo de minimizar los costos sociales de los accidentes nos liberan o nos imponen la obligación de compensar los daños— es insensible a lo que nosotros, esto es cada uno de nosotros, como agentes separados y distinguibles unos de otros, en última instancia hacemos. Efectivamente, en el sistema de la responsabilidad civil que sugiere el AED, que me hace costear las consecuencias dañosas de sus acciones cuando ello fuera instrumental para la minimización de los costos sociales, ni yo ni usted somos tratados como agentes distinguibles unos de otros en tanto yo cargaré con las consecuencias dañosas de sus acciones como si ellas hubieran sido realizadas por mí y usted se verá liberado de dichas consecuencias como si no hubiera sido quien las realizó.

El valor de la “agencia” nos sirve para inclinar la balanza en la confrontación entre los valores de la individualidad y de la comunidad o el colectivo y, por consiguiente, nos sirve, por un lado, para resistir al AED. Pero, por otro lado, y aquí radica el problema para Barros, nos obliga a abandonar la culpa como precondition de la responsabilidad, pues en mu-

chas circunstancias la responsabilidad por culpa infringe este valor dado que no es una respuesta sensible a lo que nosotros hacemos.

Piense, por ejemplo, en todos los casos en que el daño que alguien sufre es la consecuencia de una acción de otro pero, no obstante ello, no resulta de una infracción a un estándar de cuidado debido. Si A daña a B haciendo algo que no puede serle reprochado pues no consistió en la imposición de un riesgo no recíproco, ni en la infracción de un nivel razonable de cuidado, de acuerdo con el sistema de responsabilidad por culpa, B deberá cargar con el daño no obstante que el daño ha sido causado por A y no por B, esto es, es algo que A, y no B, han hecho. Por ello, y más allá de su declarada devoción por nuestra individualidad, lo cierto es que al tratar a los daños que causamos sin infracción a los deberes de cuidado igual que si ellos fueran eventos o productos de circunstancias que meramente suceden (en ambos casos los deja en cabeza de la víctima) el sistema de responsabilidad por culpa omite realizar las distinciones de trato que deberían hacerse si nuestra existencia como agentes separados unos de otros fuera entendida como un mandato que no podemos violar. Más aún, el valor de nuestra “agencia”, y el hecho de que ser sensible a lo que hacemos es la única manera de honrarla, exige que suscribamos como sistema de la responsabilidad civil a la responsabilidad estricta pues sólo este sistema de la responsabilidad civil, en tanto nos obliga a hacernos responsables de las consecuencias de todas nuestras acciones, independientemente de que ellas hubieran sido o no reprochables, nos trata como agentes individuales.

VIII. Los problemas de la responsabilidad estricta

De lo dicho más arriba se sigue que un argumento que proviene de una convicción muy básica —el valor de nuestra agencia— sustenta nuestra individualidad y milita en favor de un sistema de responsabilidad estricta. Pero, más allá de la necesidad moral, ¿no es la responsabilidad estricta, como podría sostener Barros, conceptualmente insostenible? y contrariamente a lo que Barros de hecho afirma, la responsabilidad estricta ¿constituye un sistema factible que puede implantarse en una sociedad compleja como aquellas en las que nosotros vivimos?

Si la respuesta a cualquiera de los dos interrogantes del párrafo anterior —la sustentabilidad conceptual y la factibilidad organizativa— fuera negativa podríamos pensar que el proyecto de Barros podría defenderse sobre distintas bases, no ya porque la responsabilidad por culpa se impone por razones últimas sino porque todos los otros sistemas de responsabili-

dad civil enfrentan problemas aún más graves que los hacen, al menos comparativamente, aún menos aceptables.

Tiempo atrás Stephen Perry¹¹ sostuvo en un artículo seminal que la responsabilidad estricta era una posición conceptualmente imposible por la sencilla razón de que presuponía, erróneamente, que los juicios causales eran normativamente asépticos. La responsabilidad estricta entiende que somos responsables por los daños que causamos y, esta es la presuposición crucial, que es posible identificar lo que causamos con independencia de los deberes que infringimos. Para defender la responsabilidad estricta debe ser posible sostener que el modo en que usted condujo, por ejemplo, causó el daño que sufrió un transeúnte, con independencia de si usted violó un deber o ha hecho algo que no debía hacer.

Perry sostenía que toda concepción de la causación plausible necesitaba, para distinguir e identificar la causa entre las muchas condiciones *sine qua non* de un resultado, recurrir a consideraciones relativas a aquello que no debía hacerse. Así, en los casos difíciles, sostenía Perry, era posible señalar como la causa del daño al modo en que usted condujo y descartar como causalmente irrelevante lo que el transeúnte había hecho sin lo cual el daño nunca habría ocurrido —estar donde estuvo, por ejemplo—, sólo si podíamos afirmar que usted había violado algún deber —manejó más rápido de lo estatutariamente autorizado— y que el transeúnte se había comportado como era de esperar que lo hiciera.

Basado en la convicción de que la conexión causal era conceptualmente parasitaria de consideraciones normativas, Perry sostenía que toda teoría de la responsabilidad estricta era parasitaria de la culpa, dado que al final del día aquello por lo que somos hechos responsables de acuerdo con esta teoría se decidía a la luz de quién había violado los estándares que mutuamente nos imponíamos.

Barros comparte con Perry la idea de que la conexión causal es conceptualmente parasitaria de consideraciones normativas. Para Barros la causa es un pre-requisito de la responsabilidad que puede ser descompuesto en dos elementos; uno natural “que se expresa en una relación empírica de causa a efecto entre el hecho y el daño” (TRE, p. 374) y otro normativo “que se expresa en la exigencia de que exista una relación de suficiente proximidad entre ambos” (TRE, p. 374), la que se satisface, entre otras cosas, cuando lo que sucedió es algo que el fin de la norma que prohibía la conducta *sin qua non* del daño buscaba prevenir (TRE, p. 384). Sobre la base del carácter normativo de las atribuciones causales, Barros podría sostener con

¹¹ Véase Perry, Stephen: “The Moral Foundations of Tort Law”, 1992, p. 464, y, del mismo autor, “The Impossibility of General Strict Liability”, 1988.

Perry que la responsabilidad estricta es un *non starter* porque toda atribución causal presupone la previa afirmación de la violación a un estándar de cuidado o de alguna otra exigencia normativa.

A mi criterio Perry está equivocado. La relación causal no es conceptualmente parasitaria de consideraciones normativas determinadas por juicios de responsabilidad. La causa no puede ser parasitaria de los juicios de responsabilidad por lo que hacemos (o de juicios normativos), como creen Perry y Barros, por la sencilla razón de que la responsabilidad por lo que hacemos depende (obviamente) de lo que hacemos y lo que hacemos depende, a su vez, de lo que causamos, razón por la cual lo que causamos debe necesariamente ser un concepto normativamente más primario que aquello por lo que somos hechos responsables¹².

En otro lugar he intentado mostrar cómo hay que concebir la relación causal¹³. Así, yo creo que los juicios causales singulares no requieren recurrir a consideraciones normativas como estiman Perry y Barros sino que ellos son juicios de subsunción, esto es, son juicios mediante los cuales expresamos que el caso en cuestión puede considerarse una instancia de una generalización del modo en que ciertas condiciones *sine qua non* se conectan con un resultado dañoso o, lo que es lo mismo, una instancia de un caso paradigmático o canónico en el que ciertos resultados dañosos son traídos al mundo. Es verdad que para identificar cuáles son las consideraciones que definen la generalización o el caso paradigmático o canónico es preciso recurrir a lo que es previsible para un hombre razonable, a lo que es controlable por nuestra conducta y a la existencia de expectativas sociales que determinan qué es lo que debemos evitar entre todo aquello que podemos prever y controlar, pero estas consideraciones no son las que determinan la existencia de una conexión causal en cada caso particular. Para distinguir una de las condiciones *sine qua non* en un caso particular como la “causa” del resultado basta comprobar que dicha condición *sine qua non* es tenida por causa del resultado en la generalización o caso canónico o paradigmático en el que podemos subsumir el caso en análisis con absoluta independencia de si ella es una conducta que se pudo controlar por quien la

¹² Judith J. Thomson es partidaria de la misma idea. Así afirma: “en teoría moral usamos a menudo nociones causales, pero de ningún modo es plausible pensar que la causalidad sea en sí una noción moral” (“we often make use of causal notions in moral theory but it cannot at all plausible be thought that causality is itself a moral notion”). Véase Thomson, Judith J.: “Remarks on Causation and Liability”, 1990, p. 235.

¹³ Véase Rosenkrantz, Carlos: “Tres Concepciones de la Justicia Correctiva y de la Responsabilidad Extracontractual”, 1999, p. 175 y ss., y “La Justicia Correctiva y la Responsabilidad Extracontractual: Donde la Filosofía, la Economía y el Derecho se Encuentran”, 2005.

emprendió y de si este pudo prever su resultado. Más importante aún para nuestra discusión, con independencia de si existen expectativas o exigencias normativas de que dicha conducta no debería haberse realizado¹⁴.

Si la relación causal no es conceptualmente parasitaria de la culpa¹⁵ un sistema de responsabilidad estricta es conceptualmente sustentable en tanto puede pararse sobre sus propios pies. Pero, ¿es factible organizativamente, esto es, podemos vivir en el contexto de un sistema que la adopta como su principio general?

Aquí el problema que enfrenta la responsabilidad estricta es que como cuestión de hecho el derecho de la responsabilidad civil de los países que conocemos no nos imponen la obligación de compensar en todos los casos en que causamos daño a alguien —si usted causa u ocasiona¹⁶ la bancarrota de su competidor en el mercado no debe compensarlo— y, por el otro lado, si se nos impusiera la obligación de compensar todos los daños que causamos nuestra vida sería un pesadilla pues, como bien sostiene Barros, “no es imaginable una sociedad donde debamos responder de todas las consecuencias dañinas que se sigan de nuestras acciones y omisiones” (TRE, p. 455). ¿Existe alguna manera en que podemos defender a la responsabilidad estricta de este cargo? ¿Puede la responsabilidad estricta explicar este hecho de un modo que se articule con las convicciones sobre las que ella se asienta?

¹⁴ Hart y Honoré comparten la idea que desarrollo en el texto. Así, para estos autores los juicios causales son o ejemplifican “generalizaciones suficientemente generales como para cubrir una variedad de casos distintos”. Véase Hart, H. L. y Tony Honoré: *Causation in the Law*, 1985, p. 49.

¹⁵ Supóngase un caso como el que trata Barros (TRE, p. 396): un herido en un accidente es transportado a una clínica donde sufre una infección (presuntamente no susceptible de ser imputada a la negligencia de nadie) que lo lleva a la muerte. Barros cree que es posible imputar causalmente la muerte a quien causó con su negligencia el accidente. Barros podría preguntarse cómo es posible sostener que quien manejó produjo la muerte sin tener en cuenta si en este particular caso quien manejó lo hizo de un modo negligente. Después de todo, las muertes por infecciones hospitalarias no son “paradigmáticamente” traídas al mundo por accidentes automovilísticos. La respuesta a esta pregunta consiste, entiendo, en mostrar que el uso de mecanismos capaces de propulsión y generar fuerza inercial —los automóviles por ejemplo— son modos paradigmáticos en que uno causa accidentes y los accidentes son modos paradigmáticos en que sometemos a otros a riesgos hospitalarios, por ello, es posible llegar a la conclusión de quien conduce “causa” la muerte de aquel a quien atropelló.

¹⁶ Cuando A dispara a B un tiro en el pecho, A “causa” el daño de B. Cuando A arroja a B debajo de las vías de un tren que conduce C y que pudo haberse detenido si hubiera sido manejado de un modo más prudente, “ocasiona” o, más claramente, “da ocasión a que otro cause” el daño de B. Causar y ocasionar daños son dos modos distintos de causar. Para “ocasionar” un daño es preciso que otro lo cause. La distinción entre “causar” y “ocasionar” ha sido sistematizada por Hart y Honoré en *Causation in the Law*, 1985.

Yo creo que es posible entender y explicar los casos en que el derecho de la responsabilidad civil nos libera de la obligación de compensar a pesar de que hayamos causado el daño y los casos en que los sistemas jurídicos que conocemos exigen como condición para la existencia de dicha obligación que quien causó el daño haya incurrido en la violación de un estándar de cuidado, usando referencias a consideraciones relativas al valor de que existan prácticas, instituciones o reglas que funcionan en beneficio de nuestra capacidad de elegir en el futuro y de desarrollar nuestra agencia. Efectivamente, la razón por la que usted no debe compensar a un competidor en el mercado, digamos B, a pesar de haberle causado la bancarrota¹⁷ es que si usted fuera obligado a compensar a B, el mercado no existiría como tal, porque nadie se arriesgaría a intentar producir mejor y más barato si cuando falla debe cargar las pérdidas del caso y cuando tiene éxito debe compensar a aquellos cuya bancarrota ocasiona. Si el mercado es una institución valiosa que mejora la vida de todos porque expande el ámbito en el que podemos ejercer nuestra agencia, podemos justificar una limitación al alcance del principio que predica que compensemos todos los daños que causamos dejando los daños donde caen en algunas circunstancias, porque ello es requerido por el mismo objetivo que justifica el que debamos compensar los daños que causamos, más precisamente, el objetivo de que todos vivamos en los términos de nuestras decisiones.

Del mismo modo, si aceptamos la responsabilidad estricta como el principio “general y supletorio” de la responsabilidad civil, podemos explicar que se exija la culpa como prerrequisito de la obligación de compensar en todos aquellos casos en que dado el tipo de daño de que se trata, todos, la víctima del daño incluida, podrían expandir el ámbito donde pueden ejercer su agencia si, por ejemplo, los recursos que gastaríamos en organizar un sistema de responsabilidad en el que todos debemos compensarnos por todos los daños que causamos fueran dejados libres y dedicados por cada uno (o por todos) a hacer aquello que cada uno considera mejor.

Incidentalmente quiero destacar que no todos los daños son producidos por acciones individuales que pueden ser concebidas como de la autoría de una persona o de un conjunto de personas determinadas. Peter Schuck¹⁸ ha defendido, por ejemplo, la existencia de lo que él llama “causa-

¹⁷ Existen muchos argumentos para acreditar que quien desplaza a un competidor dentro de las reglas del mercado no “causa” el daño que éste pudiera sufrir. De todos modos, como quiero mostrar las razones que explican la limitación de la obligación de compensar y que ellas no son contradictorias con los valores que sustenta la responsabilidad estricta, no quiero ni, según entiendo, necesito explicar dichos argumentos.

¹⁸ Véase Schuck, Peter: “Dos Cuestiones Causales: Daños Masivos y Causas Sociales”, 2005.

ción social”, esto es, una manera de causar “remota, difusa, multifacética”, determinada “por el funcionamiento de grandes instituciones sociales como el gobierno y por prácticas sociales de gran extensión como las complejas relaciones de la economía moderna”. Yo no estoy de acuerdo con su caracterización. A mi criterio estamos en presencia de “causación social” cuando podemos describir un resultado como causalmente vinculado con un conjunto de acciones de uno o más agentes indistinguibles entre sí, entre las que se encuentra la acción de la víctima, que no se hayan relacionados por una intención común y no ocupan roles o posiciones en prácticas o instituciones que los vinculan. Muchos de los daños que producimos son, de acuerdo con esta definición, “socialmente causados”. Ahora bien, los daños producidos por causación social, llamémoslos los “daños sociales”, no pueden ser adjudicados con los mismos principios que los daños causados por acciones individuales sencillamente porque en estos casos será imposible reconstruir una cadena causal que nos permita imputar el resultado a la acción de una persona o de un conjunto de personas determinadas. En estos casos la responsabilidad estricta no puede servirnos como guía, sencillamente porque no podemos, usando nuestras categorías causales, determinar quién ha causado el daño (el mismo inconveniente existe para la responsabilidad por culpa en tanto ella también exige como prerequisite conexión causal entre el daño y el demandado). Por lo tanto, otros principios deben guiar la adjudicación. Hay muchos aspirantes, pero por razones que no puedo explicar aquí yo creo que estos casos son mejor resueltos por consideraciones de eficiencia (por un lado, el uso de estas consideraciones aquí no viola nuestra “individualidad” ya que no hay manera de decidir que el resultado es el producto de lo que nosotros hicimos y, por otro lado, son especialmente pertinentes dado que estos daños parecieran producidos por un “colectivo o comunidad” del que nosotros somos parte).

IX. Barros y la integridad

Si lo que digo en los párrafos precedentes es correcto, y podemos limitar el alcance de la responsabilidad estricta y explicar las circunstancias donde la culpa es impuesta como un prerequisite de la obligación de compensar recurriendo, en ambos casos, a consideraciones relacionadas con la importancia de nuestra agencia, existe una razón adicional de integridad para defender la responsabilidad estricta *vis a vis* la forma de entender el derecho civil que Barros nos ofrece en TRE.

Ronald Dworkin ha defendido la idea que, más allá de la justicia, una de las virtudes inmanentes de un sistema jurídico es su integridad¹⁹, esto es, su aptitud para ser presentado como la encarnación de un principio o de un conjunto de principios no sólo coherentes entre sí sino, además, susceptibles de ser defendidos por valores básicos que se refuerzan mutuamente.

La manera en que Barros ve a la responsabilidad civil no despliega esta virtud. Efectivamente, Barros es un pluralista que ve a la responsabilidad civil como una disciplina jurídica que exige composiciones y transacciones entre distintos ideales. Así, para Barros el mejor régimen de la responsabilidad extracontractual es el que combina consideraciones de justicia correctiva y de eficiencia. Para Barros la responsabilidad por culpa se inspira en el ideal aristotélico de la justicia correctiva que requiere la violación de un estándar de cuidado para dar origen a la responsabilidad mientras que las “excepciones al principio *casum sentit dominus*” (TRE, p. 450), que Barros también reconoce, se justifican no mediante referencias o por las particulares necesidades de los estándares de cuidado en ciertas circunstancias sino, por el contrario, en la necesidad de buscar reglas que acerquen la solución al “óptimo de prevención de los accidentes” (TRE, p. 451). Lo importante, dice Barros, es “atender a las consecuencias”, tal que en “materias críticas [...] se aceptan con naturalidad argumentos que atienden a las consecuencias que supone adoptar una u otra decisión” (TRE, p. 35).

Más aún, el pluralismo de Barros no puede establecer su propio equilibrio interno pues la manera en que los casos deben decidirse, esto es si son regulados por la justicia correctiva o por la eficiencia, debe ser a su vez determinado por consideraciones pragmáticas. Así, Barros dice que “es preferible una actitud pragmática en el sentido más general porque si bien [la] estructura básica [del derecho de la responsabilidad] puede ser comprendida a la luz de la justicia correctiva [...] en materias críticas [...] se aceptan con naturalidad argumentos que atienden a las consecuencias que supone adoptar una u otra decisión” (TRE, p. 35). El que Barros recurra a la “actitud pragmática” para establecer el balance entre justicia y eficiencia disequilibra el juego entre estos ideales porque la actitud pragmática es justamente la actitud característica de los partidarios de la eficiencia, por lo que su uso determinará una composición con mucha eficiencia y poca justicia correctiva. En definitiva, tal como dije en la sección V cuando hice referencia a los argumentos pragmáticos que ofrecía Barros para resistir el embate del AED, en el contexto de la responsabilidad extracontractual los argumentos pragmáticos sólo permiten victorias pírricas pues son susceptibles de ser desestabilizados cuando el cálculo de costos e intereses es tal

¹⁹ Véase Dworkin, Ronald: *Law's Empire*, 1986.

que recomienda soluciones distintas a las que recomienda adoptar la perspectiva de quien daña y de quien es dañado.

La responsabilidad estricta, en cambio, puede defenderse en el tribunal de la integridad, pues ella fluye de ideales que también explican por qué en ciertas circunstancias es preciso limitar la responsabilidad estricta y usar otros principios o regímenes para resolver quién debe hacerse cargo de los daños que han caído en cabeza de alguien. Tal como sostuve en la sección precedente tanto las limitaciones al alcance de la obligación de compensar como los dominios en los que deben regir principios subsidiarios como el de la culpa pueden, todos ellos, ser explicados en referencia a la necesidad de preservar nuestra agencia e incrementar las posibilidades de su ejercicio. Además, puede presentarse como un principio imposible de desestabilizar dado que todos los criterios aceptados por la concepción que define son internamente consistentes en tanto todos ellos responden al mismo ideal.

X. Conclusión y *laudatio*

TRE desarrolla un principio de filosofía jurídica en el que yo no creo y lo defiende de un modo que cae presa de críticas que yo considero imposibles de superar. Sin embargo, como dije en la introducción, TRE es un libro maravilloso. Conjuga de un modo sencillamente admirable un número increíble de conocimientos de distintas disciplinas —especialmente del derecho y la filosofía—, echando luz sobre todas ellas de una manera en que pocos libros de derecho que yo conozca lo han antes hecho. TRE será de una enorme utilidad para todos a quienes les interese el derecho o la filosofía, para quienes practiquen derecho o lo enseñen, para quienes aboguen o juzguen, para quienes viven en Chile o en cualquier otro lugar donde el derecho impera. En síntesis, confieso que estoy dispuesto a incurrir en el error a cambio de todo lo personalmente necesario para escribir el libro que Barros Bourie ha escrito.

REFERENCIAS

- Brudner, Alan: *The Unity of the Common Law*. Berkeley: University of California Press, 1995.
- Dworkin, Ronald: *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- Gardner, John: "Obligations and Outcomes in the Law of Torts". En Peter Cane y John Gardner (eds.), *Relating to Responsibility: Essays for Tony Honoré*. Oxford: Hart Publishing, 2001.
- Hart, H. L. y Tony Honoré: *Causation in the Law*. Clarendon Press, segunda edición, 1985.
- Perry, Stephen: "The Impossibility of General Strict Liability". En *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 1, N° 2 (July 1988).

- “The Moral Foundations of Tort Law” . En *Iowa Law Review*, Vol. 77 N° 2 (1992).
- Rosenkrantz, Carlos: “Tres Concepciones de la Justicia Correctiva y de la Responsabilidad Extracontractual”. En *Lecciones y Ensayos*, Vol. 67/68, 1999.
- “La Justicia Correctiva y la Responsabilidad Extracontractual: Donde la Filosofía, la Economía y el Derecho se Encuentran”. En C. Rosenkrantz (comp.), *La Responsabilidad Extracontractual*. Barcelona: Ed. Gedisa, 2005.
- Schuck, Peter: “Dos Cuestiones Causales: Daños Masivos y Causas Sociales”. En C. Rosenkrantz (comp.), *La Responsabilidad Extracontractual*. Barcelona: Ed. Gedisa, 2005.
- Thomson, Judith J.: “Remarks on Causation and Liability”. En J. J. Thomson, *The Realm of Rights*. Harvard. University Press, 1990.
- Weinrib, Ernest: *The Idea of Private Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- Zimmerman, Michael: “Rights, Compensation and Culpability”. En *Law and Philosophy*, Vol. 13, 1994.

Palabras clave: derecho civil; responsabilidad extracontractual; responsabilidad estricta; responsabilidad por culpa; análisis económico del derecho; dogmática jurídica; filosofía del derecho. □