

ENRIQUE BARROS BOURIE

TRATADO DE  
RESPONSABILIDAD  
EXTRACONTRACTUAL



§ 3. FINES Y VALORES EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL<sup>35</sup>

**9. El sentido de la pregunta por los fines y valores.** a) La pregunta por los fines y valores de la responsabilidad civil tiene dos caras, que suelen confundirse. Ante todo, puede referirse a un método para *comprender* la lógica interna del régimen de responsabilidad civil; pero también suele ser planteada para *proponer* los fines que el ordenamiento debiera perseguir, lo que usualmente va asociado a razones para preferir uno u otro modelo de atribución de responsabilidad civil. Desde el primer punto de vista, los fines ayudan a la tarea hermenéutica de discernimiento práctico del derecho a efectos de su aplicación; desde el segundo, forman parte del discernimiento de políticas públicas en materia de responsabilidad (sea que su ejecución se atribuya al legislador o a los propios jueces).<sup>36</sup>

Tratándose de un ordenamiento complejo, que dispone de una base normativa compuesta por unas pocas reglas generales en el Código Civil, es inevitable que la pregunta por los principios y valores que subyacen tras el sistema de responsabilidad tenga un significado práctico determinante en el desarrollo *interno* de esta área del derecho de obligaciones. Los fines y valores son el elemento dinámico del sistema de responsabilidad, pues permiten discernir la regla correcta en el contexto institucional de una práctica doctrinaria y judicial. Por eso, en razón de esta lógica interna, no es un despropósito afirmar que una decisión es conforme a derecho aunque el caso no pueda subsumirse en una regla ya formulada.<sup>37</sup> De modo consistente con esta premisa, las instituciones judiciales están diseñadas para maximizar la posibilidad de que todo elemento relevante del caso judicial pueda ser objeto de un análisis que atienda a todas sus circunstancias.<sup>38</sup>

En contraste, el ordenamiento de la responsabilidad civil también permite analizar la responsabilidad civil desde una perspectiva *externa*, que atiende al estatuto de responsabilidad socialmente más eficaz. La pregunta por la eficacia de las reglas permite desarrollos analíticos muy sutiles a la luz del método económico, porque el derecho de la responsabilidad civil cumple una función preventiva, que se basa en una lógica de mercado, al establecer costos (que se expresan en el deber de indemnizar) a quienes desarrollan actividades que generen riesgos. Desde esta perspectiva, la pregunta relevante se refiere al sistema de responsabilidad más eficiente para lograr una adecuada ecuación entre los costos de prevención para evitar los accidentes y los daños que se evitan a consecuencia de estas precauciones.

b) En estas dos perspectivas analíticas se muestra el principal contraste de la filosofía moderna, entre la moral de lo *correcto*, que atiende a lo que

<sup>35</sup> Parte esencial de esta sección fue expuesta en Barros en Varas/Turner 2005.

<sup>36</sup> Sobre esta distinción, que resulta decisiva para discernir las principales doctrinas acerca de los fines del derecho de la responsabilidad patrimonial, Coleman en Postema 2001 183.

<sup>37</sup> Wittgenstein *Investigaciones filosóficas* 199; respecto de esta forma de descubrir en el derecho privado una regla no positivada de antemano, Barros 1984 78.

<sup>38</sup> Atria 2005 132.



se *debe* hacer en consideración a exigencias de justicia, y la moral *pragmática*, que atiende a los resultados de la acción para discernir lo que es más conveniente en el balance de costos y beneficios. Si se revisa la extensa literatura contemporánea acerca de los fines de la responsabilidad civil, se comprueban nítidamente estas dos líneas de argumentación.<sup>39</sup>

c) Aunque se adopte una perspectiva de derecho privado, que tiende a concebirlo como un ordenamiento que posee una lógica interna, cuestión bien explicada por la idea de justicia correctiva, 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.<sup>40</sup> Los fines y principios son directivas que permiten sopesar las diversas normas que pueden ser planteadas para resolver un conflicto y son criterios para el desarrollo jurisprudencial del derecho que suelen operar argumentativamente en diversas direcciones (como se muestra, por lo demás, en la naturaleza dialéctica del proceso judicial).

El ordenamiento de la responsabilidad civil se sostiene en normas legales de gran generalidad (artículos 2284, 2314, 2320 y 2329), que dejan entregado su desarrollo subsecuente a la jurisprudencia y a la doctrina. El ordenamiento de la responsabilidad civil ha crecido en innumerables institutos más concretos, que se muestran en una práctica judicial y dogmática que ha devenido progresivamente en más compleja (como se intenta mostrar en este libro). Un supuesto de racionalidad exige que esa práctica sea suficientemente autorreflexiva y abierta a los principios prácticos y valorativos que la orientan. Sólo así puede aspirar a ser inteligible y mínimamente coherente, aun estando conscientes de que siempre se trata de un estado de cosas provisorio y revisable.

d) En las secciones siguientes se intentará ordenar los fines de la responsabilidad civil a partir de dos ideas reguladoras. La primera persigue com-

<sup>39</sup> La discusión se ha desarrollado preferentemente en el medio jurídico de habla inglesa, aunque tiene sus raíces en las doctrinas de Aristóteles y de la escolástica sobre la justicia, en el personalismo ético de Kant y en el empirismo pragmático anglosajón (D. Hume, J. Bentham). En circunstancias que este no es un libro de filosofía del derecho, no pretendo aventurarme con originalidad en estos terrenos, de modo que me limito a hacer algunas referencias bibliográficas que me han resultado particularmente importantes. Entre ellas, me parecen relevantes en la afirmación del derecho privado como un orden fundado en la idea de justicia correctiva, Coleman 1992, Fletcher 1972, Gordley en Owen 1995 y Weinrib 1995; en el análisis instrumental (económico) de la responsabilidad, Holmes 1923, Calabresi 1970, Epstein 1999 (con la ventaja de ser un libro que desarrolla una exposición completa sobre el derecho de *torts*), Posner 1992 y Shavell 1987; las mejores exposiciones generales del derecho de la responsabilidad desde una perspectiva funcional me parecen Fleming 1985 y Kötz/Wagner 2006 (en este libro se sigue especialmente la edición anterior, Kötz 1991); para un enfoque pluralista, que asume que el estatuto de la responsabilidad cumple diversos fines (aunque críticos de algunas premisas ingenuas del enfoque económico), Cane 1996, Honoré en Owen 1995 y Honoré 1999. Véanse también las notas siguientes.

<sup>40</sup> Un análisis de los fines encontrados de la responsabilidad civil en Deutsch 2002 b; en general, acerca de la pluralidad de principios en el derecho civil, Esser 1956 113, Auer 2005 10.



prenderla como una práctica de adjudicación de responsabilidad que resulta inteligible a la luz de la antigua categoría aristotélica de la justicia correctiva, en tanto atiende a la relación entre dos partes que son tenidas por iguales, como es característico del derecho privado. La segunda asume una perspectiva instrumental y pragmática, típicamente de las políticas públicas, que entiende las reglas de responsabilidad civil como instrumentos de dirección de la conducta a efectos de obtener consecuencias deseables (en especial, la prevención de los accidentes en un grado socialmente óptimo).

El camino más tentador es asumir que ambas dimensiones son relevantes para la comprensión y desarrollo del derecho de la responsabilidad. Esa actitud suele ser ingenua, porque se trata de una discusión filosófica que durante siglos ha mostrado no tener puntos de compromiso.<sup>41</sup> Y aun aceptando que los hubiese, es difícil discernir cuáles preguntas deben ser respondidas en atención a un criterio de justicia y cuáles pragmáticamente. La experiencia muestra, sin embargo, que la radicalidad de la disputa *filosófica* acerca de la naturaleza del deber de indemnizar no se transmite a la práctica *jurídica*. Pareciera que es preferible una actitud pragmática en el sentido más general, porque si bien su estructura básica puede ser comprendida a la luz de la idea de justicia correctiva, en su desarrollo más detallado en materias críticas (como son la determinación del cuidado debido, de los daños por los cuales se responde, de la cercanía que debe haber entre el hecho del demandado y daño), se aceptan con naturalidad argumentos que atienden a las consecuencias que supone adoptar una u otra decisión.

En definitiva, todo indica que la *justicia correctiva establece una condición que debe satisfacer toda decisión en materia de responsabilidad*; sin embargo, con frecuencia decisiones alternativas son compatibles con criterios de justicia, lo que justifica un análisis pragmático, que atiende a las consecuencias.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> Ejemplar en este sentido, la crítica deontológica de Coleman 2003 a los supuestos normativos del análisis económico de Kaplow/Shavell 2002.

<sup>42</sup> En la práctica del derecho asumimos que siempre es posible efectuar un sopesamiento de bienes y usualmente cometemos el error de pensar que ello no plantea problemas lógicos significativos. Las dificultades de una elección en que participan preferencias concurrentes de distintas personas fueron esencialmente mostradas en Arrow 1963; dificultades análogas pueden plantearse cuando se trata de conceptos valorativos concurrentes para comprender una institución jurídica. Por eso, parece correcta la percepción de Weinrib 1995 95, en orden a que la argumentación debe adoptar una estructura unitaria, que él entiende que sólo puede provenir de la idea de justicia correctiva. En conciencia de estas dificultades, en este libro se asume que el derecho de la responsabilidad patrimonial *debe* ser coherente con postulados de justicia correctiva (porque, de lo contrario, abandona su pretensión justificatoria más elemental), sin perjuicio de que preguntas abiertas (que suelen ser muchas) requieran un análisis consecuencialista (como ocurre, por ejemplo, con la determinación en concreto de los deberes de cuidado). Sobre las dificultades de un pluralismo metódico en el derecho de la responsabilidad, incluyendo proposiciones para manejarlas, Chapman en Postema 2001 280. El enfoque aquí adoptado, que no es infrecuente en el derecho penal, supone que algunos principios operan como condiciones para atribuir responsabilidad (justicia correctiva) y otros como fines (disminuir las conductas indeseables); un desarrollo lúcido de esta idea en Honoré en Owen 1995 90.



a. *Justicia correctiva: la pregunta por la justicia en la responsabilidad patrimonial*

**10. La pregunta por la regla justa de atribución de responsabilidad.** a) La idea de justicia exige asumir un enfoque deontológico para justificar la responsabilidad patrimonial. La pregunta se refiere a las condiciones para que sea *correcto* atribuir responsabilidad a una persona por los daños que sufre otra.

La idea de justicia puede plantearse en distintos grados de generalidad. Puede asumir la dimensión de la sociedad en su conjunto, caso en el cual se pregunta por el orden básico de convivencia; o puede asumir la dimensión de la relación interpersonal del autor del daño con la víctima. La idea de justicia correctiva atiende a esta última dimensión.

b) En su sentido más general, la idea de justicia responde a una pregunta respecto del *orden político más equitativo*, esto es, se interroga por el orden básico de convivencia que mejor compatibiliza los bienes de la libertad, de la seguridad y de la igualdad. Este enfoque corresponde a la tradición contractualista desarrollada desde Hobbes hasta Rawls y concibe las relaciones privadas en la dimensión más general de la sociedad política. Atendido el nivel de abstracción en que el tema se plantea, la pregunta por las condiciones de la responsabilidad deviene eminentemente en una cuestión política, pues atiende a la dimensión más general de una correcta ecuación de libertad y de seguridad en el marco general de la distribución de bienes al interior de la sociedad.<sup>43</sup> Un modelo de esta naturaleza asume inevitablemente que la responsabilidad civil es el resultado de políticas públicas en materia de prevención y de distribución de riesgos. Se trata típicamente del modo de pensar del legislador racional, que se ve en la necesidad de componer intereses al interior de la sociedad. Es el caso, por ejemplo, cuando se decide establecer mediante una ley especial un régimen de responsabilidad en materia de daños al medio ambiente. La decisión debe valorar la seguridad, la manera como se afecta la libertad de emprender y, en definitiva, se adopta sopesando los resultados de una u otra alternativa reguladora en la dimensión del bien general.

c) En el otro extremo, la idea de justicia puede ser desarrollada atendiendo exclusivamente a la víctima o al autor del daño. Se tiene en vista a la víctima del accidente si se asume que el fin del ordenamiento de la responsabilidad civil es la *compensación* del daño que ha sufrido (*infra* N° 12); por el contrario, si a la responsabilidad se le atribuye un fin de *retribución* del mal causado, la mirada se dirige al autor del daño, y se intentará determinar las condiciones para formularle un juicio de reproche personal. Aunque ambas

<sup>43</sup> Es el enfoque de Keating en Postema 2001 52, quien construye un modelo de atribución de responsabilidad sobre la base de la 'persona razonable promedio', que a la manera de los participantes en el contrato relativo a las reglas constitucionales básicas, toma distancia respecto de sus propios intereses, a la manera de un observador externo capaz de discernir el valor que tiene la seguridad en la definición de las precauciones que aseguran frente a riesgos y que permiten la colaboración entre personas libres e iguales.



perspectivas suelen aparecer en el análisis de la responsabilidad patrimonial, presentan la dificultad de atender unilateralmente a la posición de una de las partes de la relación obligatoria, de modo que no dan una razón suficiente para que la víctima reciba compensación de *este* demandado o, al revés, para que el responsable deba indemnizar a *esta* víctima.

d) La idea aristotélica de la *justicia correctiva* ha sido redescubierta en los últimos años como el núcleo central de una justificación normativa y de una adecuada comprensión del derecho de la responsabilidad patrimonial, precisamente porque atiende a *la relación entre el autor del daño y la víctima*. En verdad, la idea de justicia correctiva ha devenido en el contrapunto del análisis económico de la responsabilidad, que pareció transformarse en una doctrina por completo dominante, especialmente en el derecho norteamericano, a partir de la década de 1970. Atendida la extensión y sutileza de la literatura relevante, parte esencial de esta sección se dedicará a mostrar los aportes y limitaciones de esa idea reguladora.

**11. Decaimiento de la idea de justicia retributiva.** a) El sentido más arcaico de justicia responde al sentimiento de retribución. Las más antiguas legislaciones conocidas no distinguen los efectos patrimoniales y propiamente penales que se siguen de los ilícitos. Sin embargo, ya en los orígenes de la responsabilidad civil se encuentra la idea de sustituir la retribución penal por una compensación económica (*infra* N° 22 b). En ese preciso momento ya comienza el retroceso de la función puramente retributiva de la responsabilidad patrimonial.

b) Desde el punto de vista de la estructura de la responsabilidad, el decaimiento de la función retributiva se muestra en la evolución histórica del ilícito civil básico, como es la culpa o negligencia. Desde el derecho romano, el concepto civil de culpa tiene una connotación esencialmente objetiva (*supra* N° 6, *infra* N° 42), de modo que las condiciones subjetivas de la responsabilidad se reducen a las más elementales de la capacidad (que en algunos ordenamientos también está en retirada) y de la libertad de la acción.<sup>44</sup> En otras palabras, el derecho civil establece requisitos muy básicos para que el acto pueda ser atribuido subjetivamente al demandado; cumplidos esos requisitos elementales, el juicio de valor recae objetivamente en la conducta y no en la reprochabilidad moral del autor del daño. Bajo tales condiciones, la atribución de responsabilidad difícilmente puede ser entendida desde una perspectiva retributiva. En ello existe una diferencia de grado con el derecho penal, donde la culpabilidad es un juicio que tiene un componente subjetivo (aunque haya generalizado acuerdo en que la retribución no es su finalidad).

c) Por otro lado, si la responsabilidad civil cumpliera una función retributiva, el monto de la indemnización de perjuicios dependería de la intensidad de la culpa del demandado. Por el contrario, en el derecho moderno, en virtud del principio de reparación integral del daño, la vícti-

<sup>44</sup> *Infra* §§ 7 y 8.



ma debe quedar indemne de todo daño, con independencia de la gravedad del ilícito (*infra* N<sup>os</sup> 163 y 200).

Sin embargo, la función punitiva suele reaparecer bajo nuevas formas en el derecho civil. En algunos sistemas jurídicos se reconocen *indemnizaciones punitivas*, esto es, verdaderas penas civiles que soporta el responsable cuando su conducta es particularmente impropia. Con todo, la finalidad más reconocida de la indemnización como pena civil es de prevención general y no retributiva, pues pretende desincentivar la comisión de ilícitos particularmente graves (*infra* N<sup>o</sup> 198).

Asimismo, la práctica jurisprudencial chilena tiende a incorporar un elemento punitivo en la valoración del *daño no patrimonial*: en circunstancias que éste no tiene parámetros económicos de determinación, al momento de apreciarlo los jueces suelen incorporar, explícita o implícitamente, consideraciones que no atienden a la intensidad del perjuicio, sino a la gravedad del ilícito o a las capacidades económicas del demandado (*infra* N<sup>o</sup> 201).

**12. Fines compensatorios de la responsabilidad patrimonial.** a) A primera vista, todo indica que la compensación de las víctimas de los accidentes es un fin primordial de la responsabilidad civil. En efecto, por lo general, el juicio de responsabilidad civil tiene por objeto que se declare una indemnización, cuya medida es el daño sufrido.<sup>45</sup>

Con todo, aunque la pretensión del demandante sea obtener una compensación, de ello no se sigue que el sistema en su conjunto deba ser concebido a la luz de esa finalidad. La compensación de la víctima sólo tiene lugar cuando se cumplen las condiciones de la responsabilidad. Porque del mismo modo como la finalidad preventiva del ordenamiento no es evitar a cualquier costa que ocurran accidentes, tampoco la exigencia de justicia es asegurar a las víctimas compensación a todo evento, por el solo hecho de haber tenido el demandado alguna participación causal en el resultado dañoso. En verdad, el derecho de la responsabilidad civil se refiere por igual a las condiciones para dar lugar a la responsabilidad, como al fracaso de las pretensiones reparatorias.<sup>46</sup>

Esta explicación es consistente con la práctica de la responsabilidad civil en los ordenamientos contemporáneos. Sin embargo, hay matices que conviene aclarar, porque la idea de compensación como fundamento de la responsabilidad suele aparecer en dos extremos argumentativos, esto es, tanto en una doctrina libertaria de la responsabilidad (que expresa un individualismo radical) como en una doctrina que atribuye a la responsabilidad una función de socorro de la víctima (que conceptualmente la acerca al seguro privado y a la seguridad social).

<sup>45</sup> Así, se ha fallado que “nuestro derecho consagra el principio de la reparación integral o completa del daño, aplicable en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual” (Corte de Santiago 1.9.2003, GJ 281, 104); y que “la reparación del daño es el principal efecto que nuestro legislador asigna a la responsabilidad delictual o cuasidelictual” (Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2<sup>a</sup>, 83).

<sup>46</sup> Kötz/Wagner 2006 25.



b) Intuitivamente, el fin compensatorio de la responsabilidad da cuenta de la idea de justicia correctiva, porque conduciría a ‘anular’ los efectos dañinos producidos por una acción.<sup>47</sup> En verdad, la *doctrina de la anulación* no atiende a la relación entre la víctima y el autor del daño, sino unilateralmente a los intereses del titular de un derecho. Desde el punto de vista pasivo, significa que nos hacemos cargo de todas las consecuencias de nuestras acciones, positivas (apropiándonos de los beneficios) y negativas (respondiendo por las pérdidas). La responsabilidad es concebida como una derivación de la propiedad y de la titularidad sobre otros derechos: en la medida que el derecho es afectado, el mal da lugar *ipso iure* a la reparación.

Desde esta perspectiva radicalmente individualista, no es necesario indagar otras razones que la causalidad para que haya lugar a la responsabilidad, porque sólo de esa manera se garantiza la prioridad de los derechos. El resultado práctico sería una responsabilidad estricta generalizada. Más allá de las dificultades que plantea un estatuto general de responsabilidad estricta (*supra* N° 7 d), surge la dificultad adicional de que los accidentes usualmente suponen la intervención causal de diferentes personas, incluida la propia víctima, de modo que para atribuir la responsabilidad (o para excluirla) se requiere un criterio de discriminación entre las distintas causas, que una doctrina de tal generalidad no puede ofrecer; a menos que se entre en calificaciones para sopesar las distintas causas, que inevitablemente la acercarán a la noción de culpa.<sup>48</sup>

c) El fin compensatorio aparece también en la dimensión social de proteger a la víctima de un accidente. La consecuencia es que la compensación no es tenida por el *resultado* del juicio de responsabilidad civil, sino por su *finalidad*. Es interesante como G. Viney, la principal impulsora de este fundamento de la responsabilidad en la doctrina francesa contemporánea, plantea coloquialmente sus premisas: el fin primordial de la responsabilidad civil es ir en socorro de la víctima, de modo que la tarea del ordenamiento privado sería ir eliminando progresivamente excepciones, como las de culpa de la propia víctima o la de caso fortuito, que dificultan ese fin principal.<sup>49</sup>

Esta actitud genera severas dudas. Desde el punto de vista de la justicia correctiva, ignora por completo la posición del demandado, en la medida que tiende a atribuirle responsabilidad incluso por actos que están fuera de su control; y, desde el punto de vista general de los riesgos, establece un estatuto protector privilegiado para el pequeño grupo de víctimas que sufren daños atribuibles causalmente a otra persona.<sup>50</sup> Entre los muchos

<sup>47</sup> Esta idea fue formulada por Coleman, quien luego la ha criticado, porque no se hace cargo de la dimensión de correlatividad entre el hecho del demandado y el daño sufrido por la víctima, que es supuesta por la justicia correctiva (Coleman 1992 306).

<sup>48</sup> La idea de responsabilidad civil por resultados, sobre la base de una interpretación libertaria, en Epstein 1973; para una sintética nota crítica, Perry en Postema 2001 85.

<sup>49</sup> Viney 1997 335.

<sup>50</sup> Así se muestra en el enfoque comprensivo de Cane/Atiyah 1999, quienes analizan la responsabilidad civil como un subconjunto de los mecanismos legales para enfrentar riesgos.



riesgos que nos afectan (salud, empleo, propiedad), sólo algunos pueden ser calificados bajo reglas de responsabilidad (por expansivas que sean), de modo que si se entiende que el fin es la protección frente al infortunio, los caminos legales deberían ser mucho más comprensivos que el estatuto de responsabilidad.

En verdad, es muy discutible que la compensación de la víctima sea tarea *per se* de la responsabilidad civil. Cuando la sociedad desea proteger a ciertos grupos vulnerables puede establecer regímenes de responsabilidad estricta, pero también tiene el camino de los *seguros obligatorios* (como ocurre con los accidentes del trabajo y los riesgos del tránsito) o de la *seguridad social*, que sí tienen por principal finalidad compensar los daños. Finalmente, si la víctima es aversa al riesgo, siempre está abierto el camino del seguro contra daños propios, que cubre los riesgos generales de la vida, cualquiera sea su fuente. En definitiva, el argumento de la seguridad de la compensación como criterio de atribución de una obligación indemnizatoria, tiende a disolver la pregunta por la responsabilidad del demandado respecto de la víctima (esto es, la relación de derecho privado entre ambos) en una cuestión muy distinta, relativa a los mecanismos institucionales para la protección frente a los riesgos generales de la existencia.<sup>51</sup> El efecto es que el derecho civil se transforma en un instrumento imperfecto del derecho social.

**13. La justicia correctiva como fin de la responsabilidad patrimonial.** a) El concepto de justicia correctiva tiene sus orígenes en la *Ética Nicomaquea* de Aristóteles.<sup>52</sup> El texto es de gran simplicidad, aunque no por ello superficial, y revela una comprensión refinada de la relación de derecho privado.

Aristóteles define el lugar donde la pregunta por la justicia correctiva resulta relevante: se plantea en los tratos mutuos, tanto voluntarios (contractuales) como involuntarios (extracontractuales). Lo característico de estas relaciones es la igualdad; es indiferente la riqueza y el mérito, pues el derecho sólo mira a la naturaleza del daño y a la injusticia cometida. Quien comete un injusto se apropia de lo que no le pertenece; esta apropiación ocurre aunque no se haya hecho más rico, porque ha actuado en atención al propio interés, sin considerar el ajeno. La justicia correctiva persigue restablecer la igualdad que ha sido rota por el ilícito: en circunstancias que la justicia correctiva asume que las partes de una relación de derecho privado son iguales, el papel del juez es llevar las cosas al punto medio, en que no hay ganancia ni pérdida injusta. En sede extracontractual, entonces, la acción tiene por objeto reparar el daño injustamente causado.

<sup>51</sup> En su clasificación de los costos de los accidentes, Calabresi llama secundarios a los costos de compensación (siendo primarios los daños que sufren las víctimas y terciarios los administrativos); lo que desde esa perspectiva aparece como costo, en la dimensión de la justicia distributiva aparece como *compensación*, estimando que los mejores mecanismos para procurarla son buscar el indemnizador solvente (*deep pocket*) y la responsabilidad estricta (Calabresi 1970 39).

<sup>52</sup> Aristóteles *Ética Nicomaquea* 5.4,1132 a.



b) La doctrina de la responsabilidad civil, caracterizada en las últimas décadas por un grado extremo de reflexividad, ha redescubierto en Aristóteles un paradigma para la comprensión 'interna' del derecho privado, que atiende exclusivamente a la relación entre las partes y no al orden social en su conjunto.<sup>53</sup>

Ante todo, la idea de justicia correctiva expresa la estructura formal de la argumentación en el derecho privado. A diferencia del trasfondo instrumental de las políticas públicas, que asumen que el derecho es un medio para obtener otros fines, en la idea de justicia correctiva concurren en una unidad de sentido el fin (la justicia en la relación privada) y el medio (el restablecimiento de la igualdad afectada por el acto injusto). Así, la justicia correctiva tiene la ventaja de ser una idea integradora de los elementos de la responsabilidad civil: el injusto, el daño y el derecho a la reparación.

Su función constitutiva de la relación de derecho privado se muestra en la idea de correlatividad entre el deber y el derecho que desarrolla Aristóteles.<sup>54</sup> En la situación típica, hay lugar a una relación obligatoria entre el responsable y la víctima; precisamente porque aquél ha infringido un deber causando un daño, esta última tiene el derecho a ser restablecida a la situación anterior. La idea aristotélica de que ambas partes de la relación son iguales en la injusticia se muestra en esta correlatividad de la relación jurídica entre las dos partes. El elemento constitutivo de la relación obligatoria no es el 'bolsillo profundo' o la estrategia de atribución de riesgos (como en el análisis económico), sino la peculiar relación que nace entre la víctima y el responsable.<sup>55</sup>

**14. Valor práctico de la idea de justicia correctiva en el sistema de la responsabilidad civil.** a) La crítica más fuerte a la idea aristotélica de la justicia correctiva proviene de la tradición analítica, especialmente de Kelsen. Éste sostenía que la justicia correctiva era una noción tautológica, que no

<sup>53</sup> La bibliografía en la materia es inabordable. Me parece que el libro más influyente en el rescate conceptual de la idea de *derecho privado* a la luz de la justicia correctiva es Weinrib 1995; particularmente interesante resulta el intento de Coleman de plantear la justicia correctiva en relación con la práctica de adjudicación judicial en materia de responsabilidad civil (Coleman en Owen 1995 69). Las compilaciones de Owen y Postema contienen excelentes contribuciones sobre la materia (Birks en Owen 1995, Christie en Owen 1995, Coleman en Owen 1995, Gordley en Owen 1995, Honoré en Owen 1995 y Chapman en Owen 1995; Coleman en Postema 2001, Perry en Postema 2001, Ripstein/Zipursky en Postema 2001 y Stone en Postema 2001).

<sup>54</sup> Weinrib 1995 142, Coleman en Postema 2001 184.

<sup>55</sup> Weinrib 1995 143; así expuesta, la doctrina de la justicia correctiva presenta notoria cercanía con el concepto hegeliano de una racionalidad interna al derecho privado (Hegel 1821 § 31). De hecho, un trabajo temprano de Weinrib se refiere al concepto de derecho privado en Hegel (Weinrib 1989). Un aspecto poco explorado de la justicia correctiva como elemento estructural de la relación de derecho privado se refiere a la función neutral que corresponde a la justicia en un estado de derecho, que se opone a una función que atiende a finalidades que trascienden el caso; al respecto, Atria 2005 135.



agregaba información práctica. En efecto, el juez, para definir el punto medio, necesita la medida de lo que se habrá de tener por justo, y ese criterio no es dado por la idea de justicia, sino que se da simplemente por supuesto.<sup>56</sup> En el fondo, se trataría de un concepto normativo vacío, carente de contenido semántico, porque no proporciona información acerca de lo que en concreto debe tenerse por justo.

b) En verdad, la idea de justicia correctiva se limita a establecer un horizonte comprensivo de las preguntas que plantea la responsabilidad patrimonial. En cierto sentido, sus razones se muestran en las justificaciones que emplean los jueces al dar lugar o rechazar la pretensión indemnizatoria, para lo cual argumentan con toda naturalidad en torno a la relación interna entre el ilícito y el daño como fundamento de la responsabilidad.<sup>57</sup>

En definitiva, la mejor contribución de la idea de justicia correctiva es para comprender y hacer reflexiva, a la vez, la práctica de la responsabilidad patrimonial. Permite hacer inteligible su estructura básica a la luz de un concepto que resulta consistente con la manera de argumentar y decidir de los jueces. Pero también hace posible racionalizar esa práctica, porque siempre envuelve una pregunta respecto de lo que es correcto en casos como el que se debe decidir, llevando a atender a la relación en su conjunto. La idea de justicia correctiva asume que existe una correlatividad entre los elementos básicos de la responsabilidad, esto es, el hecho humano y el daño sufrido por la víctima.<sup>58</sup> Por lo mismo, su práctica concreta no tiene por antecedente una idea abstracta que se aplica por mera derivación. Por el contrario, lo interesante es que esa práctica haya llegado a ser diferenciada y compleja sin que haya estado orientada por un propósito o directiva externa, sino caso a caso, resolviendo innumerables preguntas concretas (como las que se desarrollan en este libro), cuya estructura común viene dada porque la víctima de un daño pide que se declare su derecho respecto de quien lo provocó. Por eso, la idea de justicia correctiva da forma a una tarea, más que proveer de un listado de conclusiones lógicamente derivadas.

c) Así y todo, al darle estructura de sentido al ordenamiento de la responsabilidad civil, la idea de justicia correctiva también contribuye a la *seguridad jurídica*. De hecho, la concepción del derecho civil como un sistema abierto, que tiene un núcleo de sentido, pero que es adaptable a la luz de nuevos casos, que son resueltos en el sentido del ordenamiento, se ha mostrado como un compromiso más equilibrado con el bien de la seguridad que los giros interpretativos, de base puramente conceptualista (como la inferencia de que el Código Civil siempre consideró la reparación del daño moral, porque el artículo 2329 se refiere a 'todo daño'; o el cambio copernicano del derecho francés luego que después de un siglo la jurisprudencia 'descubrió' que el artículo 1384 no establecía una presunción de culpa, sino una responsabilidad estricta por el hecho de las cosas).

<sup>56</sup> Kelsen 1957 132.

<sup>57</sup> Especialmente lúcido en este punto, Stone en Postema 2001 171, con interesantes referencias al límite que tienen las justificaciones en Aristóteles y en Wittgenstein.

<sup>58</sup> Coleman en Postema 2001 184.



**15. La idea de justicia correctiva y los sistemas de responsabilidad.** La idea de justicia correctiva establece un fundamento general para la responsabilidad por negligencia, porque la más elemental de las razones para que alguien sea tenido por responsable de los daños que provoca es su infracción a un deber de cuidado. También orienta la indagación de la regla correcta en materias más concretas de la responsabilidad, como la intensidad del deber de cuidado, la carga de la prueba o la compensación de culpas. A la inversa, también puede ayudar a discernir en qué situaciones la responsabilidad estricta es preferible a la fundada en la negligencia (como, por ejemplo, cuando el riesgo creado por cierta actividad es anormal o excesivo). En circunstancias que la discusión de estas materias supone tener la perspectiva general de la responsabilidad por negligencia, se ha optado por postergar su análisis hasta el capítulo dedicado a la responsabilidad estricta (*infra* § 36).

b. *Concepto instrumental de la responsabilidad patrimonial*

**16. La responsabilidad como instrumento de dirección del comportamiento.** a) La concepción del *derecho privado como instrumento para la consecución de fines* ha penetrado la conciencia jurídica, alterando los caminos tradicionales de la dogmática. En el último tiempo, las intuiciones originarias del utilitarismo y de un pragmatismo básico (Bentham, Von Jhering, Holmes) han sido refinadas y los fines han devenido en más precisos, gracias a los aportes del análisis económico del derecho, que concibe las instituciones jurídicas a la luz de los supuestos prácticos de la economía del bienestar.

Desde un punto de vista instrumental, el derecho de la responsabilidad civil puede ser visto como un conjunto de incentivos (y desincentivos) que permiten orientar el comportamiento hacia fines socialmente deseables por medio de la amenaza de sanciones coactivas. Esta dimensión es consistente con los postulados más fuertes del positivismo jurídico, especialmente de Kelsen, para quien “considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada”.<sup>59</sup>

Mientras para el positivismo jurídico la naturaleza técnica del derecho está abierta a la consecución de cualesquiera fines, las doctrinas instrumentales que se sustentan en la economía de bienestar dan contenido a esos fines y construyen una propuesta normativa (Kelsen diría ‘política’) para orientar su desarrollo.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Kelsen 1934 72.

<sup>60</sup> No es extraño el tardío descubrimiento que partidarios del análisis económico han hecho de Kelsen (Posner 1995 250), porque la doctrina jurídica positivista concibe al derecho de una manera radicalmente instrumental, pero, a la vez, vacía de contenido. De este modo, se abre el espacio para redefinir la orientación política del derecho, de la mano de la única doctrina instrumental que tiene relevancia práctica en este tiempo (el análisis económico basado en la economía de bienestar). El positivismo jurídico aparece, por un lado,



b) El análisis instrumental del derecho tiene una tradición que se vincula a la filosofía utilitarista (especialmente a partir de Bentham); pero atendido el desarrollo analítico que ha alcanzado la economía, hoy está ampliamente dominado por el *análisis económico del derecho*, que postula que el derecho privado debe ser considerado como una variable de la función general de maximización de la riqueza, que, a su vez, resulta ser la medida del bienestar social.

En un análisis de este tipo, el *concepto de riqueza* que debe ser maximizado se extiende a todos los bienes patrimoniales y no patrimoniales, esto es, tengan o no valor económico. El instrumento para obtener este fin de maximización es el conjunto de reglas coactivas que crean los incentivos para que las personas, en la prosecución coordinada de sus propios intereses provoquen efectos positivos para el bienestar general.<sup>61</sup>

c) El enfoque económico del derecho tiene un aspecto *positivo* (teórico o descriptivo) y uno *normativo* (que propone cómo debe ser el sistema de responsabilidad civil).

La teoría económica pretende ser, ante todo, una disciplina *positiva*.<sup>62</sup> Algunos de los más significativos especialistas en la disciplina del análisis económico del derecho sostienen que el derecho privado ha desarrollado reglas eficientes, que se pueden explicar genealógicamente a la luz de la racionalidad económica. En el fondo, intentan explicar el desarrollo jurisprudencial del derecho (al menos en el *common law*) a la luz de la economía, bajo el supuesto explícito de que los jueces usarían intuitivamente conceptos económicos desde mucho antes de que se formulara una doctrina sistemática en la materia.<sup>63</sup> En este libro se mostrará que esta hipótesis parece correcta en algunos institutos claves de la responsabilidad civil

---

como antídoto contra la tradición que hace inteligible el derecho privado a la luz de la doctrina no instrumental de la justicia correctiva, y, por otro, como una teoría instrumental pero vacía respecto del derecho, que deja espacio para el proyecto político del movimiento de *Law & Economics*. Sobre esta sorpresiva (pero explicable) simbiosis entre el análisis económico del derecho y el positivismo jurídico de Kelsen, *infra* N° 21.

---

<sup>61</sup> Particularmente lúcido es el desarrollo de estos conceptos en Posner 1990, capítulos 12 y 13.

<sup>62</sup> La teoría económica persigue ser una ciencia positiva del comportamiento en la medida que pretende una explicación de la conducta de las personas sobre la base de un modelo básico de decisión racional. El trasfondo de la capacidad predictiva de la teoría está dado por el modelo del sujeto racional, que persigue satisfacer sus intereses en el mayor grado y al menor costo posibles. Pero no es este el sentido en que aquí resulta relevante la pretensión positiva de la teoría económica; se trata de explicar el derecho privado vigente a la luz de directivas que responden a una racionalidad económica.

<sup>63</sup> Esta teoría es desarrollada particularmente en Landes/Posner 1987. A la hipótesis subyace la idea de que seguimos ciertas prácticas que son valiosas (porque aumentan el bienestar), aunque usualmente por malas razones (porque las tenemos por conformes con algún ideal de justicia); particularmente ácido en criticar este trasfondo teórico, Coleman en Postema 2001 189 y, muy especialmente, Coleman 2003 37.



(por ejemplo, en la construcción judicial del modelo de diligencia y en la presunción de culpa en la responsabilidad por el hecho propio).<sup>64</sup>

Pero el enfoque económico ha llegado a ser conocido especialmente como una doctrina *normativa* en un sentido fuerte acerca del derecho privado. El propósito principal de la disciplina sobre el análisis económico del derecho no ha sido explicar o comprender el derecho vigente, sino establecer criterios para cambiarlo. Mientras la dimensión jurídica tradicional del derecho ha sido mirar hacia atrás, hacia la regla que dirigía la conducta del demandado cuando realizó el hecho, el enfoque económico mira hacia adelante, hacia los incentivos que el derecho debe imponer, en la forma de reglas de responsabilidad, para lograr como efecto un comportamiento socialmente óptimo.

d) La diferencia del enfoque económico con el de la justicia se muestra en la manera como se mira la relación entre el autor del daño y la víctima. Para el análisis económico, lo ya ocurrido representa económicamente 'costos hundidos', que no son socialmente recuperables; mal que mal, la indemnización de perjuicios es una mera transferencia de riqueza.<sup>65</sup> Su atención esencial está puesta hacia adelante, porque el propósito es influir en que la regla que se formule a nivel legislativo o judicial establezca los incentivos correctos de conducta. En esencia, lo determinante del instrumento (técnico) del derecho radica en la eficacia de la sanción indemnizatoria para la orientación futura del comportamiento, porque impone un costo implícito a todos quienes desarrollen una actividad, lo que influirá en la manera como las personas decidirán en adelante sus cursos de acción.

**17. Nivel óptimo de prevención de daños.** El fin más inmediato del derecho de la responsabilidad civil es la *óptima prevención de accidentes*. La complejidad de la definición de este óptimo de prevención deriva de que la vida humana tiene fines múltiples, ninguno de los cuales puede ser considerado sin relación con los demás. Por eso, desde un punto de vista instrumental, la finalidad de las reglas de la responsabilidad civil no es evitar a toda costa que se produzcan accidentes, sino impedirlos en la medida que los costos que producen esos accidentes excedan los costos asociados a su prevención.<sup>66</sup> Por eso,

<sup>64</sup> La hipótesis parece también verificarse en la norma del artículo 2327 del Código Civil, sobre responsabilidad por el hecho de animales fieros, proveniente del derecho romano.

<sup>65</sup> En ello radica una diferencia esencial con el enfoque de la justicia correctiva (Coleman en Postema 2001 186).

<sup>66</sup> Calabresi 1970 35. Calabresi distingue tres grupos de costos de los accidentes: el más esencial es el *costo primario*, representado por los daños que sufren las víctimas (daños corporales del herido en un choque, incendio de una plantación por las chispas que saltan de una máquina de ferrocarril); si se ha fracasado en prevenir el costo primario, el fin prevalente de la responsabilidad civil será reducir el *costo secundario*, cual es proveer a la compensación de las víctimas (sobre la compensación como fin de la responsabilidad a la luz de la justicia correctiva, *supra* N° 12); finalmente, un sistema racional de responsabilidad civil debe hacerse cargo de la tarea de disminuir los *costos terciarios*, consistentes en los costos administrativos asociados al sistema de responsabilidad (costos de información, profesionales, de transacción para llegar a acuerdos contractuales y otros semejantes). Los costos de prevención son esencialmente los dirigidos a evitar los costos primarios.



actividades industriales riesgosas y, una vez que el proyecto está funcionando, quede sujeto a las regulaciones pertinentes. Si de la infracción a estas regulaciones se sigue daño, la responsabilidad civil actúa como mecanismo de prevención general al imponer un costo indemnizatorio o de restitución del medio ambiente dañado (*infra* § 55).

**19. La responsabilidad estricta y por negligencia desde una perspectiva instrumental. Referencia.** a) A pesar de que el enfoque normativo es común a todas las corrientes del análisis económico del derecho, hay diferencias en la manera como es valorada la responsabilidad por negligencia.

Algunos estiman que es más eficiente un sistema de responsabilidad por culpa.<sup>70</sup> Destacan que la negligencia supone la inobservancia del cuidado debido, esto es, aquel cuidado que podemos exigir de quien desarrolla una actividad; a su vez, ese debido cuidado no puede ser concebido sino en función del nivel óptimo de prevención. Por eso, una regla que atribuye la responsabilidad por hechos culposos sería, por definición, la regla más eficiente socialmente, porque la noción de culpa reconduce al nivel óptimo de cuidado. La culpa, bajo este enfoque, es la variable decisiva para definir precisamente el grado de prevención socialmente deseable. De ello se sigue que la actuación diligente, en observancia del cuidado debido, cumpliría por definición con el nivel de prevención que conduce a un equilibrio óptimo entre el costo de evitar los accidentes (medidas de prevención o costos precautorios) y los riesgos que la actividad supone (costos del daño accidental provocados por la respectiva actividad).

Según otra corriente, que parece dominante, las razones económicas hablan por el establecimiento de estatutos de responsabilidad estricta en áreas más bien amplias de la actividad humana, porque radica la responsabilidad en quien está en mejores condiciones de evitar los daños.<sup>71</sup>

En definitiva, el problema práctico que subyace tras el análisis económico es que más allá de su significativo valor analítico para discernir las reglas óptimas de conducta en función de su utilidad (eficiencia), rara vez se sostiene en evidencia empírica. Así, la discusión continúa aún en un terreno más bien especulativo tiempo después de ser planteada vigorosamente en la década de 1960.

b) Como se ha adelantado, no es este el lugar para la exposición de los argumentos que se suelen dar en favor de la responsabilidad estricta, porque suponen un contrapunto entre ésta y la responsabilidad por culpa. Por eso, la discusión acerca de los méritos relativos de los regímenes de responsabilidad será postergada para el momento en que pueda ser desarrollada sobre una base más informada (*infra* § 36).

<sup>70</sup> Posner 1992 156.

<sup>71</sup> El texto más característico y la justificación más comprensiva de esta posición es Calabresi 1970; el análisis más simple en Shavell 2004 179, 184.



**20. Excurso: Funcionalidad económica de un concepto no instrumental del derecho privado.** a) La disciplina de derecho y economía o análisis económico del derecho es generalmente asociada al concepto pragmático e instrumental del derecho, que se ha reseñado esquemáticamente en los párrafos anteriores. La fuente del análisis económico ha sido la teoría del bienestar, que juzga todas las decisiones públicas desde el punto de vista de las consecuencias que de ellas se siguen para la maximización de la riqueza, entendida como la suma del valor de los bienes económicos y no económicos afectados por la decisión.<sup>72</sup> Y el modelo de comportamiento implícito que subyace al sistema de estímulos jurídicos es el *homo oeconomicus*, que se expresa en el individuo racional y maximizador de su propio bienestar.<sup>73</sup>

Hay, sin embargo, también una dimensión más amplia para juzgar las relaciones entre la economía y el derecho privado. En oposición a la doctrina instrumental, podría hablarse de una doctrina social que concibe al *derecho como la estructura básica que da forma al orden espontáneo del mercado*.<sup>74</sup> Según Hayek, para que el derecho cumpla su función esencial en el desarrollo progresivo de la economía, debe ser concebido como un orden normativo que no persigue fines externos a la relación de derecho privado entre las partes. La idea de justicia correctiva aparece en una nueva dimensión: no sólo es un criterio de justificación interna de la decisión judicial, sino es el criterio funcional que permite al derecho cumplir su tarea de dar un marco normativo a las interacciones al interior de la sociedad civil. Sólo de ese modo el derecho puede cumplir la función insustituible de hacer posible el desarrollo espontáneo de un orden social que aprovecha al máximo las capacidades y el conocimiento dispersos en la sociedad.<sup>75</sup>

La interacción fluida entre el derecho y la 'gran sociedad' civil no es compatible con normas que impongan una cierta dirección a la conducta, lo que plantea la prioridad funcional de las reglas que se limitan a estable-

<sup>72</sup> Sobre esta idea de maximización de la riqueza, Posner 1990, capítulos 12 y 13; una breve reseña en Posner en Owen 1995 99; una reseña de las dificultades que plantea el supuesto asumido por el enfoque económico de que el bienestar es un bien analíticamente simple en Coleman 2003 20.

<sup>73</sup> No es el lugar para discutir la crítica que la ciencia empírica del comportamiento económico formula al modelo de racionalidad del *homo oeconomicus* y de su importancia en el derecho privado; al respecto, una referencia más precisa en *infra* N° 67.

<sup>74</sup> El origen de esta doctrina se encuentra en la fructífera interacción de economistas y juristas (especialmente Ludwig von Mises y Franz Böhm) en la llamada escuela austriaca, cuya ruta fue proseguida especialmente por Friedrich von Hayek y Ernst Mestmäcker. Son pensadores europeos que vivieron el desafío del totalitarismo y desconfían del Estado como agente instrumental de dirección social. Rechazando el utilitarismo, que sirve de antecedente a la moderna economía de bienestar, estos autores invocan la tradición de Adam Smith, que enseñaba derecho y economía, y cuyo mayor aporte ven precisamente en haber descubierto la interacción entre la mano oculta del mercado y la muy visible mano ordenadora del derecho (Mestmäcker 1986 59).

<sup>75</sup> Un apasionado desarrollo de estas ideas en Hayek 1973/79 I 1.



cer lo que una persona debe hacer cuando su conducta puede dañar a otros. Son reglas de justicia que no necesariamente han sido formuladas, pero que son discernibles en el contexto de una relación interpersonal<sup>76</sup> y que permiten determinar los límites de lo lícito y definir las consecuencias que se siguen de su infracción. En definitiva, un discernimiento de la lógica del desarrollo espontáneo de la sociedad civil supone evitar un concepto puramente instrumental del derecho, y atender, por el contrario, a criterios de justicia, entendidos como predicados de las acciones humanas y no del orden social en su conjunto.<sup>77</sup>

b) La mejor manera de ilustrar la radical diferencia de enfoques entre la doctrina instrumentalista sobre derecho y economía y la teoría del derecho como estructura básica de los órdenes espontáneos se muestra en la manera como Posner y Hayek, respectivamente, se enfrentan con la teoría del derecho de Kelsen.

Para Hayek, el positivismo jurídico es el camino a la pérdida de la tradición del derecho civil, porque lo transforma en un instrumento de políticas públicas impuestas por actos de decisión (*taxis*); se trata de un concepto de derecho que inevitablemente afecta el funcionamiento fluido del orden espontáneo, porque lo interfiere mediante decisiones oportunistas. Las normas que resultan de estas intervenciones son adoptadas en un marco de información necesariamente imperfecto, con el resultado de que no se pueden prever sus efectos indeseables (externalidades negativas). Pero, más allá de esta cuestión epistemológica (referida a los límites del conocimiento), el concepto instrumental de la norma jurídica subvierte el principio jurídico de la libertad, que tradicionalmente ha caracterizado al derecho privado y le permite desarrollar la función ordenadora, pero no impositiva (*nomos*), a que se ha hecho referencia.<sup>78</sup>

En contraste, Posner ha descubierto en Kelsen la teoría del derecho que mejor se aviene al radical instrumentalismo de la escuela de *law and economics*.<sup>79</sup> En la medida que el concepto positivista de derecho es libre de todo contenido y carece de vinculación con una idea de valor, deja abierto el camino para una adjudicación judicial pragmática. De ese modo, se abre espacio para una forma de pensar instrumentalista en el ámbito judicial (que es la preocupación práctica esencial de Posner). El complemen-

<sup>76</sup> Hayek 1973/79 II 33.

<sup>77</sup> En uno de sus textos más penetrantes, Hayek sostiene que el test propio del derecho (privado) es el de la *injusticia*, porque aunque carecemos de criterios positivos para valorar lo justo, sí los tenemos para juzgar lo injusto. La idea de injusticia permite, en su opinión, el desarrollo progresivo del derecho sobre la base de correcciones al derecho hasta ahora vigente, desarrollándose, de este modo, un cuerpo de reglas progresivamente más complejo, que está sujeto a un proceso continuo de revisión crítica. Hayek vincula esta idea a la doctrina kantiana (donde se acepta el test de injusticia como complemento del principio formal del imperativo categórico) y al principio de 'falibilidad' de K. Popper (Hayek 1973/79 II 42).

<sup>78</sup> Hayek 1973/79 II 48.

<sup>79</sup> Posner 1995 250.



to natural de la racionalidad económica en el derecho es una teoría del derecho que abandone toda pretensión de que exista una forma propiamente 'jurídica' de pensar. Así, queda entregada al juez la responsabilidad de decidir sobre los problemas legales sin referencia a misteriosas formas de razonamiento legal.<sup>80</sup> Al asumir que esta racionalidad debiera ser instrumental, Posner termina calificando a Kelsen como un 'positivista pragmático', cuyo mayor infortunio habría sido vivir antes que el movimiento de *law and economics* descubriera el camino, que antes permanecía cerrado, para completar el vacío que dejaba una teoría pura de lo jurídico.<sup>81</sup>

c) Todo indica que el derecho privado tiene una forma de pensar articulada, que se resiste a ser radicalmente instrumentalizada. Por otro lado, sin embargo, las intervenciones legislativas en áreas específicas de responsabilidad (accidentes del tráfico, medio ambiente, accidentes del trabajo) muestran que el derecho contemporáneo presenta una complejidad mayor que la deseada por el radicalismo filosófico de Hayek.

En la práctica, la actividad jurisdiccional es mediadora entre la universalidad de la ley y el caso particular al cual esa ley deba ser aplicada<sup>82</sup>. Por eso, la disputa de paradigmas que ha sido referida en este párrafo se produce en la práctica de una manera menos dramática. El derecho privado, mal que mal, es un orden de convivencia cuya estructura básica tiene ya más de dos mil años y, como plantea Hayek, ha cumplido su función de ser el sustento de una sociedad que se funda en el respeto recíproco y en la libertad. En gran medida, la función social del derecho privado es la parte sumergida del iceberg, que hace posible el florecimiento superficial de la sociedad civil. Por eso, la pretensión de la escuela de *law and economics* de refundar radicalmente los supuestos del derecho privado, a partir de una racionalidad instrumental, que ignora conscientemente el deber judicial de observancia de la ley y la forma histórica de *pensar* el derecho, tiene mucho de ingenuidad y pesadilla.

Sin embargo, este escepticismo respecto de lo que hace algunos años Tullock llamó el 'imperialismo económico',<sup>83</sup> no impide mirar el derecho privado como un orden abierto a la influencia del medio ambiente social y político y sujeto a la prueba de la razón (incluso instrumental, como típicamente se muestra en la legislación). El resultado no será tan puro como quisiera el formalismo, que entiende al derecho privado como un ordenamiento autorreferente, construido sólo a partir de la idea de justicia correctiva; pero se hará cargo de que la conformación del orden más básico de la sociedad (como el que cotidianamente rige las relaciones entre las personas) sea una empresa en la que intervengan consideraciones de dife-

<sup>80</sup> Kelsen 1934 171.

<sup>81</sup> Posner 1995 265, 270.

<sup>82</sup> Atria 2005 141, asumiendo que "esa idea contiene la promesa más admirable del derecho: que podemos gobernarlos a nosotros mismos *en la medida que el legislador deriva su potestad de los ciudadanos* y al mismo tiempo tratarnos como fines, no como medios".

<sup>83</sup> Tullock 1980.



rente naturaleza.<sup>84</sup> En verdad, la idea de justicia correctiva recorre el derecho de la responsabilidad civil, pero difícilmente puede explicar reglas de responsabilidad cuyo fin sea el logro de ciertos bienes institucionales, como ocurre con la libertad de expresión (*infra* N° 373) u otras metas sociales, como ocurre, por ejemplo, con las reglas legales y administrativas que persiguen la protección ambiental (*infra* N° 578).

*c. Fines distributivos de la responsabilidad patrimonial*

**21. Instrumentos distributivos del riesgo de daño.** a) El concepto de justicia distributiva tiene su origen también en Aristóteles, en uno de los pasajes más oscuros de su *Ética a Nicómaco*.<sup>85</sup> Según Aristóteles, la justicia distributiva se relaciona con la proporción que existe entre el todo y cada una de sus partes. Su perspectiva, por consiguiente, es más general que la justicia correctiva, pues mientras ésta atiende a la relación entre la víctima y autor del daño, la justicia distributiva atiende a la desproporción entre la víctima afectada por el accidente y quienes están en una situación análoga de riesgo y no soportan daño alguno. Esta diferente estructura muestra de qué manera la justicia distributiva es esencialmente un problema de derecho público, cuya función es precisamente la relación entre el todo (la sociedad) y sus partes (las personas).<sup>86</sup>

A la luz de la justicia distributiva, la responsabilidad civil debe corregir la aleatoriedad con que se distribuye la carga de ser víctima de un accidente, poniendo el acento en la forma más equitativa de hacer dicha distribución entre todos los candidatos a sufrir el daño. En tal sentido, esta especie de justicia invoca la solidaridad para con las víctimas de accidentes, corrigiendo la suerte con que se distribuyen los daños. Su fundamento, por consiguiente, es el mérito: bajo consideraciones de justicia distributiva se atiende a la relación de la víctima con un conjunto de personas que no resultan afectadas por daño alguno, a pesar de tener el mismo mérito para haber sufrido el accidente.

En consecuencia, desde la perspectiva de la justicia distributiva, se pretende evitar la desproporción entre los costos asumidos por las víctimas de accidentes (los intoxicados con un alimento defectuoso, por ejemplo) y el conjunto inmensamente mayor de víctimas potenciales (que, comúnmente, somos todos los demás).

<sup>84</sup> Particularmente interesantes, y prometedoras de desarrollos posteriores, me parecen a este respecto las observaciones de Deakin en Birks 1997 294.

<sup>85</sup> Aristóteles *Ética Nicomaquea* 5.3,1131 b.

<sup>86</sup> El derecho público dispone de medios (subsidios, expropiaciones) para que las políticas distributivas o de interés general soporten los estándares constitucionales de la proporcionalidad y de la exigibilidad; aunque el derecho privado cumple una función distributiva muy básica sus instrumentos para la consecución de intereses generales son limitados (Leuschner 2005 245).



b) El régimen de responsabilidad estricta puede cumplir instrumentalmente efectos distributivos. Aunque también concurren razones de justicia correctiva, tiene una función distributiva, por ejemplo, la responsabilidad estricta establecida en la mayoría de los ordenamientos (pero no en Chile) para los daños causados por productos defectuosos, en cuya virtud basta que el daño provenga de un vicio del producto, para que el fabricante resulte responsable. El fabricante debe asumir el costo de los eventuales accidentes que genere su actividad, y al traspasar ese costo al precio de los productos, todos los consumidores (esto es, las potenciales víctimas) pagan por la cobertura del riesgo que amenaza a todos ellos por igual, pero que se materializa aleatoriamente sobre unos pocos. Resulta evidente el efecto distributivo de una regla de responsabilidad estricta (y, en un sentido más débil, de las presunciones de culpa).

c) La mayor *dificultad* con que tropieza la definición de la responsabilidad civil a la luz de la justicia distributiva es que tiende a contradecir lo que exige la justicia correctiva para la relación entre el autor del daño y la víctima. En efecto, a la luz de la justicia correctiva la pregunta es '¿por qué el demandado debe correr con costos que no le son atribuibles en su relación con la víctima?'.

En verdad, los modelos más directamente dirigidos a la distribución del costo de ciertos riesgos, son el seguro social y el seguro privado obligatorio. Éstos conducen derechamente a la *socialización del riesgo*, sea por vía pública, como ocurre cada vez que las víctimas son indemnizadas por el Estado con recursos recolectados por medio de impuestos, o por vía privada, mediante el establecimiento de la obligación de contratar un seguro de daños a terceros para desarrollar determinada actividad, como es el caso de la circulación de automóviles.

En el extremo, el sistema de seguros puede ser de tal modo comprensivo de los riesgos, que en la práctica llegue a excluir el sistema de responsabilidad civil. Es lo que ocurrió en Nueva Zelanda, donde en 1975 se instauró un sistema estatal de seguros para los accidentes de tránsito, que se hace cargo de los daños con absoluta prescindencia de la idea de responsabilidad.<sup>87</sup> Los inconvenientes de un sistema de esta naturaleza son los inherentes al alejamiento de los principios normativos del derecho privado que caracterizan al estado de bienestar. Se debilita el sentido de que cada cual debe prevenir los propios riesgos. Es la suave domesticación paternalista que desplaza a la responsabilidad personal, a que se refieren algunos antropólogos,<sup>88</sup> cuyo efecto es la funcionalización del riesgo que aleja del discernimiento de lo correcto y produce efectos preventivos adversos.<sup>89</sup>

<sup>87</sup> Kötzt 1991 71; para un análisis crítico, desde el punto de vista de la prevención óptima, del seguro de daños independiente de la culpa en el derecho neozelandés, J. David Cummins, Richard D. Phillips y Mary A. Weiss, "The Incentive Effects of No-Fault Automobile Insurance," en *Journal of Law and Economics* 2001 427.

<sup>88</sup> Gehlen 1973 76.

<sup>89</sup> Honoré en Owen 1995 93.



En contraste, sin embargo, la racionalidad práctica nos indica que el legislador actuaría con ceguera si no establece correctivos de justicia distributiva donde no se puede dejar a la víctima entregada a su suerte.<sup>90</sup> Ahí está el origen de la práctica universal de establecer sistemas de seguros obligatorios por accidentes del trabajo y de vehículos motorizados (así como para establecer sistemas generales de seguridad social). Por cierto que los sistemas de responsabilidad civil estricta también satisfacen esta finalidad distributiva. Pero existiendo el camino de los seguros, parece preferible que la responsabilidad estricta sólo sea introducida cuando *también* se justifica por razones de justicia correctiva (*infra* N<sup>os</sup> 307 y siguientes), reservando el seguro social o el privado obligatorio para los demás casos.