

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO  
DERECHO PRIVADO**

NOTAS SUGERIDAS POR LA RESEÑA DE C. ROSENKRANTZ AL  
*TRATADO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL*<sup>1</sup>\*

**Enrique Barros**

**E**l derecho de la responsabilidad civil establece las condiciones para que el daño sufrido por una persona deba ser reparado por quien lo ha provocado. Aunque la práctica del derecho es más diferenciada, existen en abstracto dos criterios básicos de atribución de responsabilidad: la *negligencia*, que sólo hace responsable por los daños atribuibles a una falta de cuidado de quien los provoca; y el *riesgo*, que da lugar a una responsabilidad estricta, cuya única condición es que el demandado haya sido agente causal del daño.

Rosenkrantz afirma que el TRE estaría ‘animado por la convicción de que la culpa o negligencia es el punto nodal en la empresa de la justificación de un régimen de responsabilidad civil’. Parece asumir que el objeto central del TRE sería *justificar* un régimen de responsabilidad por negligencia y no *comprender* cómo está efectivamente estructurada la responsabilidad civil

---

ENRIQUE BARROS BOURIE. Abogado. Doctor en derecho, Universidad de Múnchen. Profesor de la Universidad de Chile. Consejero del Centro de Estudios Públicos y de la Universidad Alberto Hurtado. Miembro del Instituto de Chile y presidente del Colegio de Abogados de Chile A.G.

<sup>1</sup> E. Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006).

\* En esta misma edición, *infra*, se publica el comentario de Carlos F. Rosenkrantz al *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (TRE), de Enrique Barros. (N. del E.)

*Estudios Públicos*, 112 (primavera 2008).

en el derecho moderno. Por eso, Rosenkrantz busca en el TRE una premisa filosófica fuerte, que sostendría la prevalencia moral de la responsabilidad por culpa; él mismo, a su vez, aprovecha de dar razones por un estatuto general de responsabilidad estricta.

Atendida la fuerte objeción que Rosenkrantz plantea respecto al enfoque filosófico, que en su opinión inspiraría todo el TRE, asumo que la muy generosa valoración que hace de la obra se refiere al desarrollo propiamente jurídico, que atiende al derecho vigente, chileno y comparado, pero aparece por completo sumergida en su reseña. No es extraño, porque tratándose de un estudio *de* derecho, se aleja de su particular atención por las teorías económicas y filosóficas *acerca* del derecho privado.

Conviene mantener bien separados estos planos. Por cierto, desde antiguo y hasta nuestros días, el derecho ha sido objeto de especulación por los grandes filósofos morales y de análisis por los científicos sociales más diversos. Pero al menos desde los juristas romanos, el derecho privado también ha sido objeto de un análisis interno, cuyo objeto es comprender y exponer el ordenamiento que rige la vida en sociedad, tal como se ha desarrollado históricamente por la legislación y la jurisprudencia, en interacción con las ideas y con las experiencias comparadas. Cuando se habla de cultivo del derecho, desde hace más de mil años, antes de que nacieran las universidades, se hace referencia a esta práctica de discernimiento del derecho privado que rige relaciones entre personas.

Rosenkrantz no dirige la palabra a esta tradición científica. Asume radicalmente un punto de vista externo, que mira incluso con desdén que la tradición propiamente jurídica pueda dar lugar a una justificación. Su análisis del TRE está marcado por la vocación profética de muchos cultores del análisis económico de las instituciones. En su caso, sin embargo, las razones económicas se suman a otras típicamente filosóficas para reforzar una opción muy fuerte por la responsabilidad estricta; tan fuerte es su punto, que arremete contra el TRE, como si este simple molino de viento fuese un arsenal de argumentos justificatorios sobre un criterio específico de atribución de responsabilidad, en vez de ser lo que pretende, esto es, un típico de libro de derecho.

En definitiva, aunque él mismo no sea proclive a entrar en estas consideraciones, las notas de Rosenkrantz plantean dos grupos muy diferentes de cuestiones. La primera es epistemológica, y se refiere a la justificación de un estudio *del* derecho; la segunda es normativa, y se interroga por la *justificación externa* de un sistema de normas, sin referencia alguna al derecho vigente en cualquier tradición jurídica.

Estimulado por las muy agudas observaciones de Rosenkrantz, en estas notas me referiré a las cuestiones conceptuales y normativas que están detrás de mi TRE (y, en mi opinión, de cualquier libro de derecho que tenga una pretensión semejante).

### **I. La responsabilidad estricta y por culpa no difieren desde el punto de vista del juicio moral al responsable**

A primera vista, la responsabilidad por culpa o negligencia está marcada por la calificación moral que atribuimos en el lenguaje corriente a estos conceptos. Por eso, conviene ante todo aclarar que desde el derecho romano clásico el concepto civil de culpa no es estrictamente moral, porque la responsabilidad civil no tiene un sentido retributivo<sup>2</sup>.

Aunque la referencia a la culpa lleva intuitivamente a asociar la responsabilidad civil a un juicio de reproche personal al responsable, en sentido civil atiende simplemente al incumplimiento de un patrón de conducta establecido por el derecho y no hace referencia a estado mental alguno<sup>3</sup>. La noción de culpa expresa las expectativas normativas objetivas que unos tenemos de respecto de otros en nuestro tráfico recíproco en la sociedad civil.

El primer criterio relevante para entender las relaciones obligatorias es la justicia correctiva, que asume una relación personal entre el autor del daño y la víctima basada en la igualdad<sup>4</sup>. El concepto civil de negligencia

---

<sup>2</sup> Es interesante a este respecto que la proposición de aceptar indemnizaciones punitivas o ejemplarizantes que superan el daño sufrido, por haber actuado el responsable en manifiesta desaprensión respecto del interés ajeno, por lo general no forma parte de una argumentación que recurra a una justificación retributiva, sino a una estrictamente pragmática, que atiende a los efectos preventivos que puede tener una regla de este tipo (así, Shavell, S.: *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, 243).

<sup>3</sup> Cane, P.: *Mens rea in Tort Law*, 2000, 533.

<sup>4</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, V. 4, cuya explicación de la justicia correctiva ha gozado de un extenso reconocimiento en la filosofía del derecho privado contemporánea (especialmente en E. Weinrib, *The Idea of Private Law*, 1995, 56); Aristóteles concibe la justicia correctiva como rectificación de la igualdad, en que 'el derecho sólo mira a la naturaleza del daño y trata a ambas partes como iguales, a la que comete la injusticia y al que la sufre', de modo que la tarea del juez es restablecer la igualdad quebrada. La idea aristotélica de justicia en una perspectiva histórica del derecho privado concurre especialmente con los modelos que siguen la tradición utilitarista, como el análisis económico; una sutil explicación de ese conflicto desde la tradición aristotélica en Gordley, J.: *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, 2006, 7 (i.a.). La desigualdad es el objeto de la justicia distributiva y resulta conveniente distinguirla de la justicia correctiva, porque aquella sólo secundariamente es tarea del derecho privado (E. Barros, "Lo Público y lo Privado en el Derecho", 2001, 5 [19]). Sobre el punto se vuelve someramente al final de estas notas.

supone la infracción por el responsable de un estándar abstracto y objetivo de competencia y de cuidado que protege a la víctima, que se expresa en el tipo de la ‘persona diestra y diligente’, del ‘buen padre de familia’, de la ‘persona razonable’; tratándose de empresas, el cuidado exigido es el que debe emplear una organización para prevenir razonablemente accidentes. La negligencia es entonces un parámetro de conducta que no atiende a nuestras fortalezas ni debilidades. Por eso, el inexperto responde civilmente de los daños que cause por su impericia al conducir, aunque no haya estado a su alcance actuar de otra manera. Eventualmente, su debilidad puede dar lugar a una excusa moral, pero ella resulta irrelevante desde el punto de vista jurídico<sup>5</sup>. Este criterio de negligencia, aunque se expresa en diferentes conceptos en las distintas tradiciones jurídicas, proviene del derecho romano y en todas ellas es funcionalmente análogo.

Por eso, la responsabilidad civil, sea estricta o por negligencia, sólo tiene por común requisito subjetivo la capacidad para decidir un curso de acción, pero no le resultan relevantes las demás calificaciones de la acción que supone el juicio de reproche moral<sup>6</sup>. De ello se sigue que la calificación de negligencia recae sobre la conducta y no sobre la persona de quien es hecho responsable. Ya el jurista romano Gayo da una explicación de este concepto estrictamente jurídico de culpa a propósito de un caso de accidente por estampida: el encargado de cuidar las mulas que carece de la destreza suficiente para someter a los animales incurre en responsabilidad por los daños provocados, aunque no haya sido capaz de evitar el accidente; y lo mismo vale si es demasiado débil para sujetarlas<sup>7</sup>. Dificilmente puede justificarse esa regla desde un punto de vista del juicio de reproche moral, aunque hay buenas razones pragmáticas y de justicia correctiva para aceptarla (TRE § 43).

Lo importante es que tanto la responsabilidad por culpa como la estricta no son correctamente entendidas a la luz de la justicia retributiva, que atiende al reproche, sino de la correctiva, que mira a la relación entre la víctima del accidente y el autor del daño. Entre ambas no existe, por consiguiente, una diferencia cualitativa sustancial desde el punto de vista moral. Ambas son en tal sentido objetivas<sup>8</sup>. Se trata simplemente de dos criterios para atribuir la responsabilidad por los resultados dañosos de nuestras con-

<sup>5</sup> Un sutil desarrollo de estas ideas en Honoré, T.: *Responsability and Fault*, 2002, 16.

<sup>6</sup> *Idem*, 32.

<sup>7</sup> *Digesto*, 9.2.8.1.

<sup>8</sup> Por eso, es impropio llamar ‘objetiva’ a la responsabilidad estricta: de aquella denominación se infiere, equivocadamente, que la responsabilidad civil por negligencia sería ‘subjetiva’ (TRE, § 298).

ductas: la responsabilidad por culpa exige como condición que la conducta no observe el estándar de cuidado que tenemos derecho a esperar, mientras la responsabilidad estricta nos hace más intensamente responsables de todas las consecuencias directas de nuestros actos.

Se comprueba así que la diferencia entre la responsabilidad estricta y por culpa está dada por los requisitos objetivos para atribuir responsabilidad, que en ningún caso poseen un sentido de reproche moral. Sin embargo, el lenguaje suele tender trampas peligrosas, lo que explica que incluso un jurista avezado en la filosofía analítica, como Rosenkrantz, incurra en el error de atribuir a la distinción entre ambos tipos de responsabilidad un significado que resulta excesivo a la luz de lo que está en juego.

Con lo anterior no quiero afirmar que no haya relación alguna entre el derecho y la moral. El derecho suele ser menos exigente que la moral (un famoso fallo inglés expresa que el deber moral de ayudar al vecino se reduce en el derecho al de evitar causarle daño<sup>9</sup>); en contraste, el derecho también puede ser más exigente, como se muestra en la objetividad de la culpa, que por razones pragmáticas y de justicia acorta camino para hacer efectiva la responsabilidad. Pero el derecho también tiene ventajas institucionales que le permiten ser soporte de principios morales: por un lado, su aparato de legislación y adjudicación permite precisar las reglas morales, cuyas condiciones de aplicación suelen ser más imprecisas; por otro, establece un estándar normativo común para todos, con un efecto de mediación entre percepciones diferentes acerca de lo útil y lo correcto, favoreciendo así la cohesión social<sup>10</sup>.

## II. Matices que pueden adoptar la responsabilidad por negligencia y estricta

Las teorías acerca de la responsabilidad tienden a ignorar distinciones que son muy importantes en la práctica. Es el efecto indeseado del nivel de generalidad en que esas teorías suelen plantearse. Sin embargo, desde un punto de vista funcional, los supuestos de la responsabilidad no constituyen alternativas discretas, sino presentan más bien un continuo. Dicho en el lenguaje de las humanidades, los modelos de atribución de responsabilidad admiten matices que resultan muy importantes para comprender el ordenamiento en su conjunto.

Más adelante se mostrará que la negligencia es un criterio general de atribución de responsabilidad, porque, por lo general, basta que un daño

<sup>9</sup> *Donoghue v. Stevenson*, [1932] AC 562, 580.

<sup>10</sup> Cane, P.: *The Anatomy of Tort Law*, 1997, 25.

sea atribuible a falta del cuidado ajeno para que haya lugar a la reparación. Sin embargo, hay grupos de casos en que la mera falta de cuidado (esto es, la simple negligencia) no es condición suficiente de responsabilidad. Así ocurre, por ejemplo, en materia de ciertos ilícitos económicos, donde usualmente se requiere haber actuado con *intención* o con *grave desconsideración*. Así, un comerciante no es responsable de los daños que sufre un competidor, a menos que incurra en los ilícitos calificados de competencia desleal o de abuso en la posición de mercado. Los comerciantes se deben entre sí cuidados muy diferentes del que debe el médico a su paciente o el fabricante de un producto a los consumidores. Simplemente ocurre que en diversos ámbitos de la vida no tenemos deberes recíprocos de cuidado. Así, el comerciante no puede ser hecho responsable de los efectos perniciosos que provoca en otro competidor a consecuencias de una competencia abierta y leal. Por eso, aunque por lo general haya buenas razones para entender que un daño debido a negligencia debe ser reparado, hay casos excepcionales en que la regla no resulta aplicable, porque es comúnmente aceptado (y es correcto que así sea) que haya relaciones en que sólo respondemos si actuamos con una especial malicia o desconsideración.

La responsabilidad por mera negligencia puede estar limitada por un requisito adicional de *antijuridicidad*. La antijuridicidad se muestra en la lesión a un derecho subjetivo (vida, salud, propiedad u honra, por ejemplo), en oposición a la lesión de un mero interés. En consecuencia, en los ordenamientos en que este requisito es exigido no basta que el acto negligente afecte un mero interés patrimonial o extrapatrimonial de la víctima (por ejemplo, la expectativa de beneficios patrimoniales que se siguen de un negocio frustrado<sup>11</sup>). El requisito de antijuridicidad pretende mantener la responsabilidad civil por negligencia dentro de límites más estrechos. Aunque no se trate de una práctica comparada generalizada, la circunstancia de que ordenamientos complejos establezcan este requisito *adicional* a la culpa muestra una nueva estación en la cadena de modelos alternativos de responsabilidad<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Así ocurre en el derecho alemán, donde la responsabilidad por negligencia sólo tiene lugar si se ha afectado la vida, la salud, la propiedad u otro derecho subjetivo (BGB, § 823); respecto de otros intereses, como es el daño puramente patrimonial que afecta las ganancias esperadas, sólo ha lugar a la responsabilidad si se ha actuado contra las buenas costumbres, esto es, con intención o grave desconsideración (BGB, § 826).

<sup>12</sup> TRE § 51. En un error de apreciación acerca del sentido del requisito de antijuridicidad en la tradición del derecho civil, que es lo relevante en el TRE, Rosenkrantz argumenta que la antijuridicidad compite con la culpa como criterio de atribución de responsabilidad. Su argumento asume que la antijuridicidad se mostraría en el daño que el agente no puede justificar, a diferencia de la culpa, en que la atribución de responsabilidad supone la infracción de un estándar de cuidado. Desde luego que en esta versión

El propio requisito de la culpa se gradúa naturalmente porque el cuidado debido es dependiente de la intensidad del riesgo, siguiendo el modelo del sujeto que actúa con prudencia y diligencia. Pero también admite importantes variaciones en materia probatoria. Por lo general, la víctima soporta la carga de probar los hechos que configuran la negligencia del autor del daño, lo que le supone un serio riesgo estratégico. Si el daño se ha producido con ocasión de procesos complejos que se encuentran bajo control del demandado, la prueba de la culpa puede ser una barrera infranqueable para el demandante. En diversos grupos de casos, esta situación de desventaja estratégica de la víctima resulta injusta, porque a pesar de cumplirse los requisitos de la responsabilidad, ésta no logra ser establecida en juicio, o la víctima desiste demandar, o se conforma con un acuerdo transaccional que cubre sólo parte de sus perjuicios. Por otro lado, la regla estimula en estos casos el comportamiento desaprensivo de los agentes de daño, porque la cifra negra de daños por los que no se responde incentiva a invertir bajo el óptimo en seguridad (como sea que éste se determine).

Por eso, cuando la experiencia enseña que un tipo de accidentes se debe por lo general a la culpa del agente de daño, resulta por eso razonable asumir *prima facie* que es atribuible a su negligencia: ‘dejad que los hechos hablen por sí mismos’, se dice en el *common law* para explicar esta presunción. El efecto de la presunción es que mientras no se acredite indicio en contrario, se tiene por responsable al demandado. Por lo demás, ocurre con frecuencia en estos casos que es precisamente el agente del daño quien está en mejores condiciones para presentar la prueba de los hechos<sup>13</sup>.

---

filosófica de la antijuridicidad del daño, el concepto es usado en el sentido de injusto o ilícito (*wrong*) que se le suele dar en la filosofía del derecho privado anglosajona. Aun en este caso, la idea de *wrong* suele no atender sólo al resultado dañoso de nuestros actos, sino expresarse en la idea de *wrongdoing*, que atiende a la conducta que provocó el daño (Coleman, J.: *Risks and Wrongs*, 1992, 329). Más adelante se discute la idea filosófica de ilícito (*wrong*), que Rosenkrantz introduce como argumento filosófico a favor de la responsabilidad estricta (*infra* § IV 2).

<sup>13</sup> A esa presunción por el hecho propio se agregan otras presunciones. La presunción de culpa por el hecho negligente de dependientes, que permite comunicar la responsabilidad a quien dirige y supervisa la actividad; en el TRE se argumenta en favor de una responsabilidad estricta del principal por las faltas incurridas por dependientes, lo que ha sido criticado por F. Pantaleón en su presentación del TRE (*Revista de Estudios de la Justicia*, 8 [2006], 213, [217]). Las presunciones de culpa por el hecho de las cosas suponen que el daño causado por una cosa o industria se debe a una negligencia de quien la tiene bajo su cuidado o la mantiene en operación, a menos que se muestre que el accidente pudo deberse a una causa ajena al control del demandado. Con distintas intensidades y por diferentes caminos, todas estas presunciones son reconocidas por sistemas jurídicos muy distintos.

La presunción de culpa por el hecho propio es funcionalmente muy cercana a un tipo calificado de responsabilidad estricta. El modelo puro de responsabilidad estricta tiene por condición la mera causalidad entre la acción o actividad humana y el daño. Así, si una embarcación derrama petróleo, la empresa que la explota es responsable de todos los daños provocados, con independencia de la causa del accidente (TRE § 319). Pero, además de esta responsabilidad estricta pura, basada en la mera causalidad, el derecho civil y el *common law* conocen una responsabilidad estricta calificada, que, sin atender a la conducta del agente, sólo da lugar a la reparación si el daño se debe a un defecto de una cosa o un servicio. Es el modelo que ha seguido en el derecho comparado la responsabilidad por productos defectuosos. Los límites entre esta responsabilidad estricta calificada por el defecto y la presunción de culpa por el hecho propio, que rige en el derecho chileno en materia de productos defectuosos, es más bien marginal: mientras el defecto se refiere a una calificación del resultado (*output*), la presunción infiere la culpa en la organización del proceso industrial, lo que en la práctica suele llevar a resultados equivalentes (TRE § 548).

Aun dejando de lado algunas importantes distinciones en materia de causalidad, se comprueba que los modelos de la responsabilidad estricta y por culpa no son binarios en la práctica. El derecho privado ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad muy diferenciados. Las presunciones de culpa suelen presentar la ventaja de ser más sensibles a la diversidad de las situaciones y de admitir excusas de fuerza mayor, que no serían aceptables bajo una regla de responsabilidad estricta. A la inversa, en actividades peligrosas se suele imponer categóricamente el riesgo sobre el agente, lo que es justo, si se atiende a la relación personal entre ese agente que impone el riesgo excesivo y la víctima, y resulta eficiente desde el punto de vista preventivo; o lo que es funcionalmente análogo, se impone una presunción de culpa a quien realiza una actividad peligrosa. Lo importante es comprender que buena parte de las alternativas se han desarrollado jurisprudencialmente, sobre la base de distinciones nacidas de la experiencia y de la razón. Por lo mismo, resultan invisibles al resplandor de una teoría de responsabilidad demasiado abstracta e indiferenciada.

### **III. El derecho privado no está construido a partir de un punto nodal que le sirve de axioma normativo**

Los libros de dogmática jurídica, como es el TRE, se proponen comprender el derecho vigente a la luz de sus fuentes históricas, de sus fundamentos prácticos y de su aplicación jurisprudencial en el derecho nacional y



comparado. Por eso, en ellos concurren tareas diferentes. Ante todo, se analiza el derecho vigente a la luz de sus fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinarias, lo que hace de la ciencia del derecho una disciplina *dogmática*. Enseguida, propone un marco conceptual que permita discernir el derecho como un ordenamiento comprensible y relativamente coherente, poniendo sobre aviso de las inconsistencias lógicas y de sus compromisos valorativos. En tercer lugar, propone innovaciones doctrinarias donde se descubren vacíos, contradicciones o aberraciones lógicas o valorativas.

En otras palabras, los libros de derecho civil someten el derecho vigente a una revisión reflexiva y crítica, pero lo asumen como un ordenamiento que es efectivamente aplicado como directiva de conducta. En tal sentido, el derecho tiene un aspecto interno que expresa su obligatoriedad. No es lo mismo que una regularidad, que puede ser investigada estadísticamente; ni tampoco responde a un principio filosófico, por potente que sea. La mirada dogmática se produce *desde dentro* del sistema legal, porque su interés es comprender el derecho, y no reconstruirlo desde la nada<sup>14</sup>.

La ciencia jurídica (o como se le llame) da cuenta del derecho desde el punto de vista interno de un orden jurídico que ha crecido históricamente<sup>15</sup>. Por eso, la tarea de la doctrina jurídica es hermenéutica, en el sentido de un esfuerzo de comprensión motivada por preguntas prácticas<sup>16</sup>. Esa dimensión define también sus fines, métodos y restricciones.

Por otro lado, el estudio del derecho privado, tanto en la tradición del derecho civil como del *common law*, asume que le subyace un tesoro acumulado de experiencia y razón. La filosofía y el análisis económico del derecho pueden asumir la tarea *interna* de comprender y poner a prueba el derecho vigente, a la luz de ciertos principios morales o de paradigmas pragmáticos; por lo demás, toda dogmática reflexiva asume esos puntos de vista. Pero también pueden adoptar una posición *externa*, que niega al derecho toda autonomía. Así ocurre radicalmente en Marx, con su calificación del derecho como mera superestructura que refleja las relaciones de poder existentes en la sociedad; contemporáneamente, en una dimensión teórica

---

<sup>14</sup> Hart, H. L. A.: *The Concept of Law*, 1961, 55.

<sup>15</sup> Larenz, Karl y Wilhelm Canaris: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1995, 1.

<sup>16</sup> Gadamer, H. G.: *Wahrheit und Methode*, 1965, p. XVIII y 308; en este importante estudio sobre el método de las humanidades se muestra al derecho como paradigma de una disciplina hermenéutica, donde preguntas prácticas son comprendidas a la luz de una regla preexistente, a la que usualmente el caso recíprocamente plantea nuevas preguntas prácticas, que llevan a comprender la regla de una manera dinámica; desde la filosofía jurídica, Kaufmann, Art.: “Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung”, 1984 [1973], 65.

diferente de ancestros utilitaristas, el análisis económico pretende que todo el derecho sea entendido a la luz del principio de bienestar<sup>17</sup>.

El enfoque económico suele ser ilustrativo de una mirada externa y normativa, que propone desde afuera el sistema óptimo de responsabilidad<sup>18</sup>. Rosenkrantz ironiza sobre la simpleza de quienes se apegan a la experiencia doctrinaria y jurisprudencial. Por lo mismo, está fuera de su interés la parte propiamente jurídica del TRE, que persigue una comprensión razonada del derecho vigente. Su mirada se dirige a la doctrina filosófica que inspiraría la obra y que tendría a la culpa por el *punto nodal* de la responsabilidad civil.

La crítica proveniente del análisis económico, así como de cualquier teoría normativa *acerca del derecho*, resulta aplicable a cualquier libro de derecho que tenga objetivos semejantes al TRE. La ciencia jurídica es una práctica que tiene ciertas características propias validadas por la experiencia, de manera que evita teorizar en un vacío normativo.

Por lo mismo, el lugar que tiene la culpa en el derecho de la responsabilidad está dado por la *realidad normativa* del derecho moderno, donde es efectivamente el más general de los criterios de atribución de responsabilidad (infra § IV 1). Por eso, no debe extrañar que incluso juristas que tienen una predilección teórica por la responsabilidad estricta, cuando escriben libros que explican el derecho asuman que la negligencia es el estatuto más general de la responsabilidad<sup>19</sup>. En otras palabras, por buenas razones que existan para establecer estatutos de responsabilidad estricta respecto de ciertas actividades (infra § IV 4), de ello no se sigue que sea el régimen general y supletorio, ni que deba serlo.

En verdad, si la arquitectura del TRE estuviera dada por un cierto principio filosófico o económico externo al derecho, sería por definición un

<sup>17</sup> Este enfoque radical y revolucionario se afirmó a sí mismo como *imperialismo económico* en la época fundacional del análisis económico de las instituciones, que siguió a estudios pioneros, especialmente de R. Coase y G. Becker (Tullock, G.: “Imperialismo Económico”, 1980, 185).

<sup>18</sup> Sin embargo, como se ha señalado, algunas obras relevantes de análisis económico del derecho pueden adoptar una perspectiva interpretativa y no normativa, en tanto asumen que la tradición del derecho privado, especialmente la negligencia como condición de la responsabilidad civil, permite *comprender* el derecho vigente a la luz de criterios económicos de eficiencia en la maximización del bienestar (Landes, W. y R. Posner: *The Economic Structure of Tort Law*, 1987).

<sup>19</sup> Uno de los libros de derecho que más influyó en mi TRE es la espléndida obra de Epstein, R.: *Torts*, 1999; el autor dedica la parte central del libro a cuestiones de negligencia como condición de la responsabilidad (Cap. 5 ss.), a pesar de que su enfoque libertario y económico lo hagan preferir la responsabilidad estricta (Epstein, R.: “A Theory of Strict Liability”, p. 151; “A Clear View of the Cathedral: The Dominance of Property Rules”, 1997, 2091).

mal libro de derecho. En el desarrollo del derecho privado concurren diversos bienes y principios, que en parte son concurrentes entre sí y han contribuido a su conformación histórica. Desde un punto de vista práctico, el derecho privado no puede ser reducido a una determinada doctrina moral fuerte, porque su función es establecer reglas aún donde no hay acuerdo en el terreno de las ideas. El derecho de la responsabilidad civil tiene la función de lograr un compromiso razonable entre posiciones encontradas, con la ventaja de que lo hace teniendo a la vista conflictos reales<sup>20</sup>.

Rosenkrantz plantea la tarea de reescribir el derecho de la responsabilidad con fundamento en una cierta idea de eficiencia y en una teoría filosófica de la acción humana, que justificarían la responsabilidad estricta como el mejor régimen de responsabilidad. Su enfoque atiende a las ideas más que a la experiencia. Por eso, se ve en la necesidad de descubrir en el TRE un punto nodal, de carácter filosófico, del cual se seguirían las demás conclusiones. El problema es que se trata de un libro que por su naturaleza debe renunciar a un propósito tan insigne.

Por cierto que estas constataciones no significan falsear una teoría prescriptiva acerca de cómo *debiere ser* el derecho, que es contrafáctica por definición. Sin embargo, quien pretende un cambio radical en la cultura jurídica soporta al menos la carga de explicar cómo funcionaría en la práctica un sistema de responsabilidad desconocido hasta ahora, que en principio nos hiciera responsables de todos los daños que recíprocamente nos causemos.

#### **IV. La responsabilidad por negligencia es y debe ser el régimen general y supletorio de responsabilidad**

##### *1. La diferencia entre el régimen supletorio y el mejor régimen de responsabilidad*

En los pueblos más antiguos no parecen conocerse excepciones a la regla que obliga a reparar el daño atribuible a negligencia<sup>21</sup>. A su vez, en todos los ordenamientos jurídicos conocidos la culpa o negligencia es con-

<sup>20</sup> La exigencia extrema de coherencia que formula Rosenkrantz es ajena a la práctica argumentativa del derecho, donde las diversas interpretaciones posibles exigen una regla de prioridad (Alexy, R.: *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, 248), en que los argumentos encontrados se sopesan en consideración al asunto que exige decisión. Como se verá, es sintomático que Rosenkrantz diga que pretende fundar su alegato a favor de la responsabilidad estricta en un análisis económico, en el que en verdad no penetra, porque termina argumentando desde un punto de vista de una doctrina filosófica de la acción o agencia humana.

<sup>21</sup> Levmore, S.: "Rethinking Comparative Law: Variety and Uniformity in Ancient and Modern Law", 1986, 235, con referencias al derecho comparado moderno, así como al Código de Hamurabi, al Éxodo y al derecho consuetudinario mongolés.

dición suficiente para atribuir responsabilidad y, en cambio, no lo es el mero hecho de causar un daño. Por eso, el TRE simplemente expresa cómo está organizado el derecho de la responsabilidad civil<sup>22</sup>.

El principio se limita a expresar que a falta de un estatuto especial, la responsabilidad por culpa tiene un carácter residual. Alguien que estima preferible un régimen de responsabilidad estricta puede vivir tranquilo con ese principio, porque se limita a afirmar que, por lo general, la negligencia que causa daño es antecedente suficiente para atribuir responsabilidad. Le basta aceptar que las ventajas de un régimen de responsabilidad estricta debieren traducirse en su expansión a nuevas situaciones de riesgo o actividades. El principio es lógicamente compatible con una realidad en que la responsabilidad por culpa sea el océano remanente en un archipiélago muy poblado por estatutos de responsabilidad estricta<sup>23</sup>.

Por lo demás, lógicamente la responsabilidad por culpa comprende a la responsabilidad estricta, porque no hay hipótesis en que se responda por negligencia y no se habría respondido bajo un estatuto de responsabilidad estricta. En circunstancias que lo inverso no es correcto, es natural que no sea la responsabilidad estricta el estatuto más general.

Por otro lado, la experiencia comparada muestra que reglas de responsabilidad estricta y las presunciones de culpa pueden cubrir riesgos muy extendidos, como, por ejemplo, la responsabilidad por actividades peligrosas, del empresario por el hecho del dependiente, por productos defectuosos o por accidentes del tránsito (como suele ocurrir en Europa, a diferencia de los EE.UU. y la mayoría de los países americanos, incluido Chile, donde la responsabilidad por accidentes es por culpa).

Una premisa intermedia de cualquier teoría normativa sobre la responsabilidad civil supone, por consiguiente, distinguir la pregunta por el mejor régimen de responsabilidad, de acuerdo a los parámetros externos que se estimen relevantes (económicos, contractualistas, libertarios, de justicia social, comunicativos o cualesquiera otros), de la pregunta acerca de cuál de los criterios de responsabilidad debe regir por defecto, como regla supletoria. Puede ocurrir que un criterio de atribución de responsabilidad tenga ventajas teóricas y prácticas respecto de diversos tipos de riesgos y, sin embargo, sea insensato como régimen general de responsabilidad. Esta idea básica se sostiene en el TRE: que si bien la responsabilidad estricta se justifica por muchas razones respecto de ciertas actividades o posiciones jurídicas (TRE §§ 7 y 310), no es un razonable estatuto supletorio y general (§§ 39 y 313).

<sup>22</sup> Carbonnier, J.: *Droit Civil*, 2004, 2258.

<sup>23</sup> Éstas eran las predicciones que hace cuarenta años formulaba Calabresi, G.: *The Costs of Accidents (A Legal and Economic Analysis)*, 1970, Cap. VI, acerca del anunciado desarrollo de la responsabilidad estricta que marginalizaría al criterio de negligencia.

## 2. Acción humana y responsabilidad civil

Aunque Rosenkrantz niega que exista (o deba existir) una prohibición general de causar daño, cuestión en que no podemos estar más de acuerdo, el problema surge cuando el argumento en favor de una responsabilidad estricta general es llevado a sus conclusiones lógicas. En efecto, afirmar la inexistencia de esa prohibición no plantea dificultad alguna si el estatuto supletorio es la responsabilidad por negligencia. En esta última, el deber de indemnizar proviene de haber ejercido la libertad de una manera que no considera los intereses de los demás. Por eso, cualquiera sea el concepto que se adopte de la acción humana, el incumplimiento de los deberes de cuidado recíproco es por lo general razón suficiente para imponer responsabilidad. Así se entiende que el derecho vigente acepte como regla general y supletoria que el daño debido a negligencia dé lugar a responsabilidad.

Por el contrario, un hipotético estatuto generalizado de responsabilidad estricta conduce lógicamente a un deber general de no causar daños. Como mostró Kelsen hace casi un siglo, la consecuencia jurídica prevista por una regla que establece una sanción respecto de una conducta tiene por correlato lógico la infracción al deber jurídico de realizar la conducta inversa<sup>24</sup>. Por eso, si estamos obligados a reparar todos los daños que se siguen de nuestra conducta, se infiere lógicamente la regla que nos prohíbe causar daños<sup>25</sup>. Tal regla, sin embargo, es difícilmente compatible con una idea de responsabilidad asociada a la acción de una persona, como reconoce el propio Rosenkrantz. La infracción de un deber supone que al autor del daño puede serle atribuida una cierta elección; y es bastante obvio que no pertenecen a la elección las consecuencias de la conducta que exceden el ámbito de previsibilidad del agente<sup>26</sup>.

Es sintomático que el concepto de acción humana (*agency*) sea introducido por Rosenkrantz después de afirmar la prioridad de lo colectivo en el análisis económico del derecho. Luego de plantearse dialécticamente si es posible defender la primacía de la individualidad, da el paso hacia una posición filosófico moral libertaria para justificar que la responsabilidad es-

---

<sup>24</sup> Kelsen, H.: *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, 1960 (1953/1934), 80.

<sup>25</sup> El problema es particularmente intenso para Rosenkrantz, porque en una doctrina instrumental del derecho, como es el análisis económico, el incentivo sanción se asocia a un deber de realizar la conducta contraria a la que es sancionada, de la manera que lo muestra Kelsen.

<sup>26</sup> Weinrib, Ernst: *The Idea of Private Law*, 1995, 180.

tricta también es preferible en el terreno del individualismo moral. Es claro desde hace un buen tiempo que una posición libertaria tiende a justificar la responsabilidad estricta<sup>27</sup>. De hecho, el concepto de acción humana que propone Rosenkrantz sigue típicamente ese concepto, en cuanto asume que una persona tiene completo dominio de sí misma, por lo que debe hacerse cargo de los males que se siguen de su acción, del mismo modo que se apropia de los beneficios. Lo único determinante para atribuir responsabilidad, desde esta perspectiva, es si el daño es atribuible a la acción ajena. En otras palabras, del colectivismo implícito en el análisis económico del derecho (en cuanto es el bien de la comunidad el criterio de valoración de una norma), Rosenkrantz salta en su justificación al extremo opuesto libertario (que fortalece los derechos de propiedad en sentido amplio y el señorío sobre nuestras acciones, para lo cual la responsabilidad estricta es un medio)<sup>28</sup>.

Es interesante, en este contexto, que si la relación obligatoria es analizada desde la perspectiva de la justicia correctiva, se sitúa la cuestión en un terreno jurídico intermedio entre la atención a la individualidad del autor del daño y a la comunidad en su conjunto. La justicia correctiva no es individualista, porque toma igualmente en serio la posición del autor del daño y de la víctima; pero tampoco es colectivista, porque adopta la forma del derecho privado, cuya función esencial es encontrar reglas que ordenen relaciones entre partes, sin referencia inmediata al resto de la comunidad. El principio en juego es la reciprocidad de la relación, de manera que la responsabilidad tiene por antecedente general la actuación del demandado y las expectativas que podía hacerse el demandante acerca de esa actuación que resultó dañosa.

El derecho civil es muy flexible al establecer las condiciones de la responsabilidad. La responsabilidad civil se extiende desde situaciones en que se exige la intención abusiva (como en la competencia desleal) hasta la atribución de todos los riesgos de una actividad (como en las actividades sujetas a responsabilidad estricta). Lo significativo es que la responsabilidad por negligencia, es razón muy general para atribuir responsabilidad jurídica en nuestras relaciones recíprocas, mientras la estricta es una regla que actúa sobre la base de circunstancias especiales que justifican un mayor

<sup>27</sup> Epstein, R.: *A Theory of Strict Liability*, 1973, 151.

<sup>28</sup> El salto lógico se explica porque Rosenkrantz, a pesar de sus invocaciones a la coherencia, tiene una preferencia en extremo fuerte por una regla general de responsabilidad estricta. Por eso, en su apasionado y brillante alegato recurre indistintamente a argumentos utilitaristas de segunda generación (análisis económico del derecho) y libertarios (teoría de la 'agencia'), que no son precisamente coherentes desde el punto de vista de la teoría moral.

grado de responsabilidad<sup>29</sup>. Una manera de mostrar la diferencia entre la responsabilidad por culpa y estricta es posiblemente atendiendo a las ideas de *elección y circunstancias*<sup>30</sup>.

### 3. *Dificultades de construir un sistema general en que la ilicitud está determinada por solo el hecho del daño*

Rosenkrantz argumenta que la ilicitud (antijuridicidad) no nace de un juicio de desvalor de la conducta del agente de daño, sino directamente del resultado dañoso. Bajo esta premisa, seríamos responsables de las consecuencias de nuestras más diversas acciones con prescindencia de si actuamos de manera correcta o incorrecta. Si se aceptan algunas excusas, como también sostiene Rosenkrantz, tendrían que probarse por quien causó el daño. Mientras uno no se descargue (queda abierto con qué argumentos), es tenido por responsable de todo daño. Esa regla haría que pasáramos una parte importante de nuestras vidas excusándonos de que los daños causados no son antijurídicos.

Un deber de reparación tan amplio nos haría responsables, al menos en principio, de conductas que son perfectamente compatibles con nuestras formas de vida más corrientes. Por eso, no es responsable quien es más veloz en conseguir la última entrada para un concierto, afectando el interés de quien viene después; ni el gerente de una empresa por el solo hecho de haberse seguido pérdidas a los accionistas a consecuencias de sus decisiones; ni el comerciante que desplaza a un competidor, porque logra ofrecer sus productos a mejor precio; ni el periodista que informa un hecho que afecta el prestigio de una persona; ni el atraso que causamos, a consecuencias de la congestión, con un accidente que impide a otra persona llegar a tiempo para postular a un buen trabajo. Al final de cuentas, bajo una regla general de responsabilidad estricta responderíamos de daños que en nuestras expectativas recíprocas más cotidianas solemos reconocer que deben ser soportados por quien los sufre<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Es interesante que la primera justificación de la responsabilidad estricta en el derecho moderno se refiera a las actividades peligrosas, a cuyo respecto Luis de Molina (jurista y teólogo del siglo XVI) sostuvo que uno era responsable porque no podía emprender tal actividad peligrosa sin la intención correlativa de pagar por cualquier daño que produjere (referido en Gordley, J.; *Foundations of Private Law*, 2006, 205).

<sup>30</sup> Coleman, J.: "Tort Law and Tort Theory. Preliminary Reflections on Method", 2001, 207.

<sup>31</sup> Rosenkrantz tiene claro que el límite de la responsabilidad estricta está dado por la *causalidad*. Para mantener la pureza de su argumentación a favor de una responsabilidad estricta general y sin calificaciones, niega que la causalidad tenga en el derecho civil un sentido descriptivo (que exige que el hecho del responsable sea condición necesaria del

A su vez, si somos responsables de todos los daños, no hay razón para que no se cuenten los beneficios colaterales que causamos a los demás con nuestra actividad. Nuestros emprendimientos suelen irradiar beneficios hacia muchas personas, porque el valor de nuestra acción es comunicable. Reconociendo que en el derecho no es lo mismo hablar de daños que de beneficios, si el solo hecho del daño diere lugar a responsabilidad, está cerca el argumento de que también tengamos derecho a ser retribuidos por el bien que provocamos causalmente con nuestro actuar. Surgiría así una especie de cuenta corriente recíproca que en algún momento se tendría que saldar. Pero un mundo así no resulta muy vivible, a pesar de que un concepto abstracto de racionalidad podría recomendarlo.

Frente a los innumerables casos en que carece de sentido imponer una responsabilidad estricta, Rosenkrantz señala uno muy extraño, en que la responsabilidad por culpa no parece dar una respuesta adecuada. Es interesante que el caso no muestre una situación en que la culpa no sea criterio suficiente de responsabilidad (que es lógicamente lo que correspondía mostrar), sino, al revés, se refiera a una situación en que resulta intuitivamente justo que haya reparación y, sin embargo, no se satisface el requisito de la culpa o negligencia como condición para dar lugar a esa responsabilidad. Conviene detenerse en su calificación, precisamente porque Rosenkrantz lo cita como paradigma de la insuficiencia de la culpa. Es el caso del excursionista que en estado de necesidad penetra a una casa en la montaña, destruyendo la puerta para hacerse de comida que no logra encontrar en su interior<sup>32</sup>. No puede atribuirse culpa al montañista, porque actúa en un estado de necesidad; por otro lado, tampoco encuentra la comida que buscaba, de modo que no obtiene un beneficio injustificado que pueda dar lugar a restitución. En casos de estado de necesidad está excluida la responsabilidad por daños, pero usualmente procede un remedio restitutorio por el valor de aquello en que se benefició (TRE § 82). En este caso,

---

daño) y otro normativo (que se refiere al límite de la responsabilidad por consecuencias mediatas del daño, cuestión que es importante en la exposición del requisito en el TRE § 242). Comparto con Rosenkrantz la idea de que la causalidad es relevante en la responsabilidad estricta y por culpa; sólo que en la primera lo es más, precisamente porque no existe el límite de la culpa. La imprecisión del concepto de causa que se requiere en un sistema generalizado de responsabilidad estricta se muestra en la enorme dificultad que tiene Rosenkrantz para articular la idea de que hay ciertos ‘daños sociales’ o ‘socialmente causados’ que no darían derecho a reparación; queda la duda acerca de los instrumentos que se podrían ofrecer al juez para efectuar en concreto una calificación a partir de supuestos tan vaporosos, a pesar de tratarse de un aspecto por completo crucial del modelo, como es servir de límite a la responsabilidad.

<sup>32</sup> El caso aparece referido en Feinberg, Joel: *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, 1980, 230.



sin embargo, el dueño de la cabaña parece carecer de esa acción, porque no obtuvo beneficio que deba restituir. Por eso, tampoco cabe aplicar en principio las reglas aceptadas de enriquecimiento injustificado<sup>33</sup>.

Casos nuevos o inusuales han provocado el desafío de desarrollo del derecho privado. En torno a nuevos casos, como el del montañista, los jueces deben crear una nueva regla en las fronteras del derecho de obligaciones, que no tenga el efecto de subvertir un ordenamiento que ha soportado la prueba de miles de otros casos. En el *common law* se ha establecido desde antiguo el ilícito formal de *trespass* que es precisamente un caso de responsabilidad estricta definido por la sola circunstancia de entrometerse en propiedad ajena<sup>34</sup>; y en la tradición del derecho civil se ha ido desarrollando una acción restitutoria que tiene por antecedente la intrusión en un derecho de otro y que es insensible a todo juicio de valor respecto de la conducta del irruptor<sup>35</sup>. Por otro lado, aunque se concluya que en este caso extremo de intromisión voluntaria (aunque justificada) es justo que el montañista repare el daño causado a la puerta de la cabaña, de ello no se sigue una regla general de que debemos indemnizar la lesión a cualquier interés económico o moral que causemos a otros en nuestras interacciones cotidianas. Por otro lado, lo más probable en un caso de ese tipo es aceptar una acción restitutoria (por el costo de reponer la puerta) y no una indemnizatoria (que, por ejemplo, se extienda al lucro cesante por no haberse podido arrendar la cabaña durante algunos días).

El caso tampoco muestra que la negligencia no sea fundamento suficiente de la responsabilidad. Precisamente hay casos en que las mejores razones son para que haya lugar a la responsabilidad aun en ausencia de negligencia, por lo que en todos los sistemas jurídicos existen actividades o riesgos que suelen estar sujetos a reglas de responsabilidad estricta. El problema radica en que a diferencia de lo que ocurre con la negligencia, son

---

<sup>33</sup> Cabe, con todo, una calificación. El estado de necesidad es excusa para hacer un acto de intrusión en un bien de un tercero; pero esta excusa provisional, basada en la necesidad, no excluye que el estado de necesidad pueda dar lugar a responsabilidad si se debe a negligencia el hecho de haberse puesto en esa situación de irrumpir en lo ajeno causando daño. Por consiguiente, el caso en verdad se plantea cuando el excursionista se ha visto expuesto a la situación de necesidad por circunstancias que no sean atribuibles a su propio descuido.

<sup>34</sup> Weir, P.: *Tort Law*, 2002, 122, con énfasis en la analogía propietaria que tiene el ilícito de intromisión (*trespass*) en el *common law*.

<sup>35</sup> Basozabal, X.: *Enriquecimiento Injustificado por Intromisión en Derecho Ajeno*, 1998, 94; sobre la concurrencia de acciones de responsabilidad y de restitución, donde se corrige el planteamiento del TRE § 60, Barros, E.: “Restitución de Beneficios Obtenidos por Intromisión en Derecho Ajeno, por Incumplimiento Contractual y por Ilícito Extracontractual”, conferencia en Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008 (de próxima publicación).

incontables las situaciones en que no es sensato que el mero hecho del daño sea condición suficiente de su reparación; tampoco hay experiencia que muestre la viabilidad de un régimen de responsabilidad de ese tipo<sup>36</sup>.

El modelo de responsabilidad que propone Rosenkrantz nos haría vivir en un mundo en que a cada paso nos aparecerían acreedores inopinados. La razón para que la responsabilidad por negligencia sea en *todos* los sistemas jurídicos el régimen residual de responsabilidad reside simplemente en su sensatez como regla de razón práctica: es consistente con la justicia correctiva, porque nadie puede usar su libertad de una manera que resulte desconsiderada de los demás; cumple una suficiente función preventiva, porque el debido cuidado atiende al modelo de una persona prudente y razonable, que sopesa debidamente los riesgos de su actividad; finalmente, mirada desde el punto de vista de la vida en sociedad, equilibra adecuadamente los bienes de la libertad y la seguridad.

La responsabilidad civil siempre tiene por antecedente el resultado dañoso (TRE § 1), pero de ello no se sigue un juicio sobre los demás requisitos para imponerla<sup>37</sup>. Precisamente porque el resultado dañoso no es antecedente suficiente para atribuir responsabilidad, la imposición de una obligación de reparar el daño requiere de ciertas condiciones o requisitos adicionales: en la responsabilidad por culpa, que la conducta resulte contraria a una máxima de cooperación; en la responsabilidad estricta, usualmente, que se materialice un riesgo particularmente intenso, que deba ser calificado por los jueces (como suele ocurrir en el *common law*) o por el legislador y los jueces (como ha ocurrido en las más diversas jurisdicciones del derecho civil).

#### 4. Sin embargo, la responsabilidad estricta suele ser la regla más justa y eficiente

Se puede asumir entonces que toda responsabilidad civil es por resultados. Sólo que la responsabilidad por negligencia agrega un elemento extra, como es la culpa, esto es, ‘la disposición hostil o poco colaboradora

<sup>36</sup> En Chile conocemos un ejemplo paradigmático del fracaso de establecer un criterio de mera antijuridicidad del resultado para dar lugar a la responsabilidad estricta del Estado. Por muchos años se sostuvo una doctrina de la responsabilidad del Estado, supuestamente de origen constitucional, que se fundaba en la idea de antijuridicidad del daño. En la práctica, sin embargo, siempre se aceptó que la mera circunstancia de que alguien cayera en una vereda o se le impusiere por la Administración una carga ambiental no era suficiente para que el daño fuera indemnizable. La fuerza de la experiencia ha llevado a que la jurisprudencia afirme que la Administración sólo responde por falta de servicio, esto es, por no prestar oportuna y correctamente el servicio que *debe* prestar, que es un estándar análogo a la culpa. La regla contraria produciría un caos distributivo, a menos que fuera calificada de tal manera que la antijuridicidad del daño terminara siendo semejante a la descarga de una responsabilidad por negligencia (TRE § 337).

<sup>37</sup> Honoré, T.: *Responsability and Fault*, 2002, 78.

de quien causa el daño’, mientras la responsabilidad estricta se aplica por el solo hecho de acaecer ‘un riesgo especial de daño del tipo que efectivamente ha ocurrido’<sup>38</sup>.

En definitiva, la culpa sanciona una elección que supone no considerar a los demás en los propios planes de acción (y, por eso, parece ser coherente con el concepto kantiano de acción humana); la responsabilidad estricta se aplica a quienes asumen riesgos excesivos o desarrollan ciertas actividades en que es justo y eficiente que el agente internalice los costos de su emprendimiento<sup>39</sup>. La diferencia radica en que respecto de cada grupo de casos sujetos a esa responsabilidad estricta se requiere un motivo adicional a la mera causalidad entre la acción y el daño.

A favor del establecimiento de regímenes de responsabilidad estricta se han formulado argumentos económicos y filosóficos. La justificación *filosófica* más fuerte expresa que en ejercicio de nuestra libertad de acción debiéremos hacernos cargo por igual del azar dañoso de nuestros emprendimientos que de los beneficios que se siguen para quienes los realizan<sup>40</sup>. A estos argumentos me he referido en la sección anterior, pero más bien para desechar una regla general de responsabilidad estricta. Sin embargo existen razones de justicia para defender la responsabilidad estricta en diversos tipos de circunstancias (al respecto, TRE §§ 307 s.). A los argumentos filosóficos se agregan otros económicos, que Rosenkrantz enuncia en general en su defensa de la responsabilidad estricta, pero que por conocidos no necesita explicitar (una reseña en TRE § 310).

De hecho, pienso que esos argumentos son muy fuertes en ciertos grupos de casos: respecto de actividades peligrosas (según el argumento pionero de F. de Molina<sup>41</sup>); en la responsabilidad del empresario por el hecho del dependiente (materia en que F. Pantaleón, en una dirección opuesta a la de Rosenkrantz, me imputa promover un abandono del principio de la culpa presumida<sup>42</sup>); en actividades cuya intensidad puede mode-

---

<sup>38</sup> Honoré, T.: *Responsability and Fault*, 2002, 27; es el autor que, en mi opinión, entrega la más convincente explicación de las semejanzas y diferencias entre la responsabilidad por culpa y estricta.

<sup>39</sup> *Idem*.

<sup>40</sup> La idea de un sistema general de responsabilidad estricta se remonta a autores franceses del primer tercio del siglo pasado, que dieron lugar a la *doctrina del riesgo*, cuya tesis fundamental es que quien genera un riesgo en desarrollo de una actividad debe responder de los daños producidos (una referencia crítica en Planiol, M.: *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 1926, 292). Es interesante que la doctrina se asocia especialmente a emprendimientos económicos que generan riesgos y no a cualquier actividad humana.

<sup>41</sup> Nota 4, *infra*.

<sup>42</sup> Pantaleón, F.: “Presentación del Tratado de Responsabilidad Extracontractual de Enrique Barros”, 2006, 217.

larse (atendido que el nivel de actividad y no sólo la prudencia son factores de riesgo<sup>43</sup>; y en situaciones en que quien es hecho responsable ha tenido bajo su control el resultado (como en productos defectuosos).

Sin embargo, el propio análisis económico de la responsabilidad suele plantear argumentos a favor de la responsabilidad estricta más matizados de los que asume Rosenkrantz. En primer lugar, la responsabilidad por negligencia cumple una función preventiva clarísima al establecer un criterio prudencial de cuidado como condición de la pretensión indemnizatoria. Segundo, las ventajas abstractas que efectivamente pueda tener la responsabilidad estricta, que son reconocidas en el TRE (§§ 308, 310), no consideran las demás circunstancias típicas que justifican preferir en concreto el régimen más apropiado. Tercero, no hay evidencia empírica en torno a los efectos preventivos efectivos de ambos sistemas de responsabilidad; así ocurre, por ejemplo, con la aparente indiferencia preventiva en materia de accidentes del tránsito entre países con estatutos de responsabilidad estricta (Europa, en general) y jurisdicciones donde rigen estatutos de responsabilidad por culpa (como en Chile y en gran parte de América, incluidos los EE. UU.). Cuarto, porque la responsabilidad estricta también debe recurrir a correctivos cercanos a la culpa, al hacerse cargo, por ejemplo, de la relevancia de la intervención de la víctima en la ocurrencia del daño o de la extensión de la reparación de daños subsecuentes<sup>44</sup>.

Finalmente, no deben olvidarse los matices que pueden presentar las condiciones de la responsabilidad civil. La responsabilidad estricta en sentido más puro no admite excusa alguna, ni siquiera la intervención de fuerza mayor. Distinta es la responsabilidad por defectos del producto, y sólo un paso más allá de esta última, la responsabilidad por culpa presumida del agente del daño (*supra* § II). Aunque las excusas son diferentes, en todos los casos a la víctima le basta probar que el daño se debió a la acción ajena. Así, mientras en la responsabilidad estricta en sentido puro sólo se acepta por excusa que el daño ocurrió fuera de la esfera de riesgo cautelado por la regla, en la responsabilidad estricta calificada se admite probar que el daño no se debió al defecto del producto y en la presunción de culpa, el agente actuó con diligencia. En otras palabras, habiendo razones para alterar el régimen general de culpa probada, el derecho privado ha desarrollado alternativas que presentan matices que determinan las excusas admisibles.

---

<sup>43</sup> Shavell, S.: *Economic Analysis of Law*, 2004, 193; tomado en Posner, R.: *El Análisis Económico del Derecho*, 1998 (1992).

<sup>44</sup> Shavell, S.: *Economic Analysis of Law*, 2004, nota 2, 248.

## V. ¿Es razonable una doctrina del derecho privado sin derecho?

El análisis económico del derecho privado ha asumido un enfoque normativo y uno interpretativo. En la primera dimensión se propone un modelo para la creación de reglas de conducta que maximicen el bienestar; en un concepto más comprensivo, se ha dicho que el objetivo es maximizar la riqueza, que se entiende comprensiva de todos los bienes, materiales e inmateriales<sup>45</sup>. El segundo enfoque intenta una radiografía interpretativa del ordenamiento de la responsabilidad civil desde el punto de vista económico; aunque los jueces del *common law* no hayan contado con la mediación del refinado esquema analítico de la doctrina económica, se asume que habrían actuado intuitivamente bajo una racionalidad económica<sup>46</sup>.

El análisis económico normativo se focaliza en la eficiencia de las reglas como incentivos para provocar los efectos sociales deseados, por medio de la interacción en el mercado de sujetos que toman en cuenta esos incentivos en sus decisiones. La responsabilidad civil es un terreno fértil para este método, porque las reglas tendrían la función de provocar un nivel socialmente óptimo de accidentes, en la medida que los costos de evitarlos logren un punto de equilibrio con los costos que supone su ocurrencia.

El enfoque económico es alérgico a otros criterios que la maximización de la riqueza. La antigua relación dialéctica entre libertad y felicidad es definitivamente resuelta en favor de esta última. A lo más, la libertad es subsumida entre los diversos elementos de un concepto amplio de riqueza. Sin embargo, precisamente porque el método económico es neutro ante los fines, carece de instrumentos de comparación. Todo deber pasa a ser necesariamente accidental, porque no está determinado por su propia dignidad, sino por su calidad de instrumento para lograr ciertos bienes<sup>47</sup>.

Las dificultades del análisis económico han sido largamente discutidas, aunque por cierto no con la misma pasión con que ha sido defendido<sup>48</sup>. Su mayor problema es la soberbia, que expresa una insensibilidad ante la realidad, usual entre quienes proclaman un método que supone borrón y

<sup>45</sup> Posner, R.: *The Problems of Jurisprudence*, 1990, Cap. 12 s.

<sup>46</sup> Posner, R.: *Economic Analysis of Law*, 1972, 98; William, Landes y Richard Posner: *The Economic Structure of Tort Law*, 1987, 1.

<sup>47</sup> Un ejemplo muy rudo en este sentido, en Shavell, S.: *Economic Analysis of Law*, 2004, 636; la justicia de una regla de negligencia es tratada como un problema de gusto (*taste*), que puede ser medido como componente de la función de bienestar.

<sup>48</sup> La crítica conceptualmente más profunda al análisis económico desde la perspectiva de la función que desempeña el derecho privado en la economía y la sociedad, en la tradición que va desde A. Smith hasta Hayek, en el lúcido ensayo de madurez de Mestmäcker, E. J.: *A Legal Theory without Law*, 2007, que inspira la pregunta que encabeza esta sección y muchos de estos comentarios.

cuenta<sup>49</sup>. El efecto es ignorar el capital cultural que significa un ordenamiento diferenciado, que ha sido capaz de adaptarse a los cambios económicos y culturales; y que si se le analiza de acuerdo con sus consecuencias, ha sostenido una sociedad de libertades y de progresivo aumento de la prosperidad.

Por otra parte, el modelo ataca la noción misma de derecho privado, al desplazar la racionalidad desde la libertad de los actores, que despliegan su actividad en un marco de reglas de justicia que atienden a *su* relación obligatoria, hacia la técnica de las regulaciones, que típicamente atiende a fines colectivos y es típico del derecho administrativo<sup>50</sup>. El verdaderamente inteligente es quien diseña los estímulos en la forma de reglas que imponen sanciones o premios, y sólo secundariamente quien racionaliza esos incentivos al momento de decidir su curso de acción. En definitiva, el desafío práctico que plantea el análisis económico normativo es reescribir el derecho a la luz de una *forma de pensar* instrumental.

En la práctica, con ello se resiente el principio de sujeción al derecho, porque todos los actores del sistema legal, incluidos los jueces, son llamados a actuar como reguladores, sin sujeción a una regla de derecho determinada. Es sintomático que los daños ya ocurridos sean para el análisis económico costos hundidos. En consecuencia, la solución óptima no mira hacia atrás, como ocurre con la regla de justicia que atiende a la relación entre la víctima y el autor del daño, sino hacia adelante, ideando la regulación que puede prevenir en un nivel óptimo los accidentes. El enfoque usual del análisis económico hace que el derecho de la responsabilidad devenga en una política pública de prevención de accidentes cuya ejecución queda esencialmente entregada a los jueces<sup>51</sup>.

En contraste, la idea de justicia correctiva o conmutativa permite interpretar la práctica social que es el derecho de la responsabilidad en una dimensión típica de derecho privado<sup>52</sup>. Por eso, la regla suele expresar una

<sup>49</sup> La pretensión expansiva del análisis económico en Tullock, G.: "Imperialismo Económico", 1980, que es el texto de una de las conferencias inaugurales del Centro de Estudios Públicos.

<sup>50</sup> No debe extrañar que R. Posner, un brillante teórico de derecho y economía, haya descubierto su *alter ego* en H. Kelsen, el teórico del derecho bajo el paradigma de las regulaciones típico del derecho público (TRE § 20).

<sup>51</sup> Una cuestión usualmente ignorada en el análisis económico del derecho es el rol efectivo que le corresponde a la responsabilidad civil como instrumento de prevención y de distribución de riesgos; aunque todo indica que es por completo sobredimensionado (Cane, P.: *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 2002, 387).

<sup>52</sup> Rosenkrantz repara en la crítica del TRE al cálculo de la negligencia que realizó el juez L. Hand (*U.S. v. Carroll Towing*), en cuya virtud se actúa con negligencia si el costo invertido en precaución es inferior al costo de accidentes descontado por la probabilidad de que ocurran. Esta fórmula presenta la dificultad de no considerar debidamente la relación

explicación naturalmente razonable para las partes: ‘usted víctima tiene derecho a ser indemnizada y usted conductor del auto que la atropelló tiene que pagar esa indemnización, porque infringió un deber de cuidado al no observar la preferencia en un paso de cebra’. La diferencia se muestra en que seguramente no le resultaría aceptable al autor del daño que un juez le señale como único o principal argumento ‘usted es condenado a indemnizar para que la sociedad se vea beneficiada con una regla que aumenta el bienestar general’.

La ventaja de la justicia correctiva radica precisamente en que lleva a pensar la responsabilidad civil como una relación de derecho privado, sin consideración, al menos provisional, de otros fines. Pero la idea de justicia correctiva no encierra un programa normativo, sino simplemente pone la atención en la relación entre partes, que obliga a ir tratando de igual manera casos iguales y a introducir matices donde se requiera. Tampoco supone la primacía de la individualidad, como parece inferir Rosenkrantz de cualquier enfoque que no atienda a las consecuencias; por el contrario, el derecho privado es esencialmente relacional, porque, como se ha mostrado, atiende precisamente al vínculo entre quien participa en la gestación del daño y la víctima.

Es efectivo, como afirman los críticos, que la justicia correctiva no permite argumentar la solución correcta para muchas preguntas reales o hipotéticas que plantea la vida de relación. Pero el derecho privado sí lo hace, de modo que la mejor manera de juzgar la justicia de una regla es mirando lo que ocurre en la práctica de adjudicación judicial, donde los casos han puesto a prueba las reglas y han obligado a encontrar soluciones a preguntas que antes no se planteaban del mismo modo. La comprensión del derecho a partir de la idea de justicia correctiva procura entender la lógica normativa que subyace al derecho vigente<sup>53</sup>. Nos ayuda a descubrir en las propias prácticas sus fundamentos.

En contraste, las teorías económicas acerca del derecho suelen sobrevalorar las capacidades de la razón especulativa para resolver en abstracto preguntas prácticas. En gran parte, porque también son insensibles a la forma cómo las normas rigen nuestro comportamiento efectivo en una

---

entre el autor del daño y la víctima (TRE § 67). Los costos de prevención aceptables están dados por el valor que el autor del daño atribuye a su actividad, porque de ello depende cuánto está dispuesto a pagar por los accidentes que se produzcan. La relación del autor del daño con la víctima es oscurecida por la ecuación (Coleman, J.: “Tort Law and Tort Theory. Preliminary Reflections on Method”, 2001, 206).

<sup>53</sup> Cane, Peter: “Corrective Justice and Correlativity in Private Law”, 1996, 471.

sociedad que tiene instituciones jurídicas asentadas<sup>54</sup>. Por eso, la pretensión de aunar ciencia y técnica tiene límites próximos, incluso en un área del derecho privado particularmente proclive a ser pensada en términos de estímulos eficientes para lograr óptimo de prevención, como es la responsabilidad civil.

Conviene, en general, alertar acerca del recurso desnudo a argumentos filosóficos (utilitaristas o de otro orden) para resolver cuestiones jurídicas concretas. El resultado previsible es una serie interminable de argumentos y contraargumentos, no sólo entre quienes privilegian distintos enfoques filosóficos, sino al interior de una misma manera de pensar (como ocurrió desde temprano en el enfoque económico del derecho, entre quienes sostenían que el modelo regulatorio más eficiente para optimizar los costos de los accidentes era la responsabilidad por negligencia<sup>55</sup> y quienes sostenían las ventajas de la responsabilidad estricta<sup>56</sup>).

El derecho privado supone un cierto compromiso que contribuye a la concordia y a la comunicación, que se va construyendo sobre una base analógica más que categorial. Reemplazar el saber acumulado por una teoría abstracta, por una especie de esperanto jurídico de base racional, es una de las empresas constructivistas más delirantes que se puedan imaginar. El valor de las instituciones radica en gran parte en que nos evitan precisamente la carga de discernir y justificar cada regla de convivencia<sup>57</sup>.

Un ejemplo doméstico, que plantea Rosenkrantz, muestra cómo funcionan en la práctica las instituciones. Si marido y mujer disienten en sus preferencias y él quisiera ir siempre al cine y ella al teatro, lo usual será que haya un período largo de tensiones y de negociaciones, explícitas o implícitas (bajo el supuesto de que cada cual respeta la autonomía y el interés del otro). A la larga tenderá a haber una forma de convivencia en que los intereses de unos y de otros estarán incorporados en una práctica justa, en la medida que cada cual pueda entenderla como respetuosa de los intereses de ambos, y eficiente, porque permite razonablemente que cada cual obtenga sus fines en un espíritu de colaboración. Ocurrirá que surgen argumentos o nuevos puntos de vista para modificar la práctica, pero entretanto la

<sup>54</sup> Eidenmüller, H.: *Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderung durch Behavioural Law and Economics*, 2005, 216, con la conclusión de que el análisis de la conducta efectiva de quienes estamos sujetos a instituciones obliga a mediatizar el análisis puramente instrumental o, alternativamente, incorporar en el cálculo económico la forma efectiva de actuación del derecho, según los criterios de la economía conductual (224).

<sup>55</sup> Posner, R.: "A Theory of Negligence", 1972, 29 (31).

<sup>56</sup> Como Calabresi, G.: *The Costs of Accidents (A Legal and Economic Analysis)*, 1970.

<sup>57</sup> Gehlen, A.: "El Hombre y las Instituciones", 1973 [1961], 94.



práctica contribuye a la convivencia armónica. En contraste, si no logran desarrollar una práctica aceptable, es probable que en esa pequeña comunidad no reine la concordia.

Aún mayor es la probabilidad de que el resultado considere todos los intereses en juego, si la práctica incluye la actuación de jueces, que miran con la distancia que exige la justicia la posición de cada parte. El derecho privado contiene compromisos entre el interés del acreedor y del deudor, del comerciante y del consumidor, de quien causa un daño en relación con la víctima. Por eso, es razonable buscar la justificación al interior de la práctica, aunque ello signifique luego ponerla en discusión, en vez de seguir el camino inverso que ignora la sabiduría acumulada que proporciona esa práctica<sup>58</sup>.

El resultado de una doctrina prescriptiva, que se limite a señalar cómo debe ser pensado el derecho, amenaza derivar en un vulgarismo subjetivista, como el que se vivió en etapas tardías del derecho romano y, en general, en épocas de decadencia del derecho. La experiencia muestra la dificultad de obtener acuerdo acerca del criterio prescriptivo que debiere dirigir la búsqueda de la norma correcta en cada caso<sup>59</sup>; y aunque el acuerdo fuere encontrado, es probable el disenso acerca de la mejor regla que se sigue de ese principio normativo. Por eso, una doctrina jurídica de la responsabilidad civil requiere de un formalismo metodológico, que asegure la autonomía necesaria respecto de otros fines, para concentrarse en mirar a las partes como sujetos de una relación que es propiamente de derecho privado<sup>60</sup>.

En la autolimitación del juez y del experto en derecho que no actúan en un espacio intelectual libre de restricciones radica el secreto del derecho privado como ordenamiento casi invisible de la sociedad civil. Por lo mismo, los dramáticos cambios de paradigma, como los soñados en los setenta

---

<sup>58</sup> Coleman, J.: "Tort Law and Tort Theory. Preliminary Reflections on Method", 2001, 196.

<sup>59</sup> Una magnífica relación de las teorías interpretativas y prescriptivas sobre el derecho de la responsabilidad en Goldberg, J. C. P.: "Twentieth Century Tort Theory", 2007, 514. El autor distingue, además de lo que denomina el enfoque tradicional, teorías de la compensación-intimidación, de la responsabilidad de la empresa, económica preventiva, de la justicia social contractualista, libertarias, de la reciprocidad y de la justicia correctiva (con referencias bibliográficas). Ante tantos enfoques teóricos diferentes, el autor termina señalando que 'lo que necesitamos y no encontramos en las teorías de la responsabilidad (*torts*) del siglo veinte es una teoría que esté realmente fundada en el derecho de la responsabilidad civil; una que haga tanto sentido como el que resulta de las prácticas y principios del derecho de la responsabilidad como lo encontramos' (581).

<sup>60</sup> Éste es el punto central desarrollado, en su reseña del TRE, por Atria, Fernando: "La Relevancia del Derecho Civil (A Propósito de Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*)", 2006, 219, donde desarrolla una justificación del formalismo en el método jurídico iusprivatista.

desde la perspectiva del análisis económico y de los estudios críticos del derecho, son inusuales en el derecho. Podría afirmarse, como suelen predicar los apóstoles del análisis económico del derecho, que el juez debiere despreciar el derecho establecido y siempre fallar *ex nihilo* lo que es útil (o lo que es justo). Pero ese sería un sistema jurídico que desconocemos, donde los jueces no están obligados por el *derecho* sino precisamente por una *forma de pensar*.

Por otro lado, la idea de justicia establece orientaciones, pero es también muy abstracta para conducir sin más a una regla. Su función es más extensa como orientación para *comprender* la lógica interna del ordenamiento civil, que como directiva para *resolver* casos concretos. En este último sentido, la justicia actúa esencialmente como límite a lo injusto. De ello se sigue que en muchos casos puede resultar justa más de una solución. De ahí que cumplidos los requerimientos básicos de justicia correctiva, resulta evidente que el derecho atiende a otros fines prácticos. Por eso, hay espacio para que otros bienes puedan ser satisfechos mediante el ordenamiento civil; así ocurre con los efectos preventivos y distributivos, que en ciertas circunstancias pueden hacer preferible la responsabilidad estricta.

Por eso, el derecho de la responsabilidad civil incluye consideraciones típicamente pragmáticas. La culpa se define desde antiguo en relación al estándar de la persona prudente y razonable, que tiene un cierto grado de aversión al riesgo. Y en la medición del riesgo influyen necesariamente factores cuantitativos, como son la intensidad del daño que puede acaecer, la probabilidad de que ocurra, los beneficios recíprocos que la actividad produce para la comunidad y los costos de prevención. Con las reservas antes referidas acerca de los límites entre responsabilidad jurídica y moral, la propia culpa puede ser construida con ayuda de una especie de aritmética de la prudencia. En el fondo, el enfoque económico moderno ha replanteado con mayor rigor analítico prácticas argumentales que tienen antiguos ancestros en la cultura jurídica.

Ya el derecho romano distinguió, por ejemplo, entre la tenencia de animales bravíos, que no producen beneficio para el cultivo o cuidado de un predio, y animales útiles a esos fines. El Código Civil chileno reconoce esta diferencia, estableciendo una responsabilidad estricta por los daños causados por los primeros y una responsabilidad por negligencia presumida respecto de los segundos (artículos 2326 y 2327). Es obvia la explicación económica de la regla, porque la razón entre la utilidad y el riesgo es diferente en uno y otro caso, lo que hace socialmente eficientes ambas normas<sup>61</sup>. Y

---

<sup>61</sup> Por cierto que estas reglas también pueden ser explicadas a la luz de principios de justicia correctiva, en la medida que, sin consideración a otras razones, se puede asumir que debe ser reparado el daño que resulta de someter a los demás a un riesgo excesivo.

por cierto que la regla también pasa la prueba de la justicia correctiva, como ya se mostró por la escolástica española.

A pesar de estas razonables consideraciones pragmáticas, conviene tener presente que un sistema de derecho privado autónomo respecto de otros fines, en un nivel más general, cumple una función que incrementa el bienestar. Existe una tradición económica, que nace con Adam Smith y que pasa por Hayek, en que se reconoce al derecho privado una función autónoma como condición para que pueda funcionar debidamente una economía y una sociedad basadas en la cooperación espontánea. El enfoque propuesto en esa tradición es precisamente mirar el derecho a la luz de la idea de justicia correctiva. En otras palabras, hay también razones para pensar que un ordenamiento de ese tipo es más eficiente, considerado en su conjunto, que una suma de prescripciones oportunistas que carecen de racionalidad intrínseca<sup>62</sup>.

En suma, toda solución propiamente jurídica debe pasar la prueba de la justicia correctiva, porque simplemente no es correcto imponer responsabilidad por daño a una persona si no hay una justificación de derecho privado para que esta última sea hecha responsable frente a la víctima. Por eso, aunque sea socialmente útil por razones de amedrentamiento atribuir la responsabilidad de un accidente ambiental a una cierta empresa, no resulta aceptable hacerlo si el daño no es consecuencia de su actividad. Y algo semejante vale para los daños punitivos, si son concebidos como intimidación hacia el futuro, pero que no se justifican en la relación entre el autor del daño y la víctima (TRE § 198).

La justicia correctiva tiene la ventaja de hacer inteligibles los conceptos básicos de la responsabilidad civil. Ante todo, plantea la pregunta por la correlatividad entre el autor del daño y la víctima, que es constitutiva de la relación civil de responsabilidad. Enseguida, alude a la idea de equidad en un doble sentido: atiende a las diferencias entre grupos de casos (lo que explica la diferenciación alcanzada por los criterios de atribución de responsabilidad); y llama a vincular la idea de responsabilidad con otros principios e instituciones sociales básicas<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Éste es el aporte más significativo de F. von Hayek a la teoría del derecho (especialmente en *Derecho, Legislación y Libertad*, Vol. I, *Normas y Orden*, 1978 [1973]; una crítica al concepto instrumental de derecho por disfuncional al mercado, siguiendo a F. von Hayek, en Mestmäcker, E. J.: *Legal Theory without Law*, 2007. Algunas ideas críticas acerca de la funcionalidad económica de un concepto puramente instrumental del derecho privado en TRE § 20.

<sup>63</sup> Coleman, J.: "Tort Law and Tort Theory. Preliminary Reflections on Method", 2001, 183.

Precisamente si se atiende a la lógica interna de la práctica de adjudicación judicial chilena y comparada, las preguntas del derecho de la responsabilidad civil no pueden ser enfrentadas con un modelo de una arquitectura de perfecta claridad. Simplemente ocurre que el derecho privado no responde a un designio, como al que adhiere Rosenkrantz. Si bien el ordenamiento de la responsabilidad civil se apoya en el principio de la libertad personal, ésta se encuentra objetivada por un concepto general de diligencia; y si bien la justicia correctiva es un límite a la atribución de responsabilidad, deja espacio abierto para otras consideraciones. Por lo mismo, la práctica no satisface una exigencia demasiado fuerte de integridad<sup>64</sup>.

Los desafíos llevados al límite, como lo hace provocativamente Rosenkrantz, tienen la virtud de forzar a hacer explícitos algunos supuestos que con frecuencia se mantienen latentes. Es lo que bajo su estímulo he intentado hacer en estas notas.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R.: *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1978.
- Atria, Fernando: La Relevancia del Derecho Civil (A Propósito de Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*). En *Revista de Estudios de la Justicia*, 8 (2006).
- Barros, E.: “Lo Público y lo Privado en el Derecho”. En *Estudios Públicos*, 81 (2001).  
 ——— *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.  
 ——— “Restitución de Beneficios Obtenidos por Intromisión en Derecho Ajeno, por Incumplimiento Contractual y por Ilícito Extracontractual”. Conferencia en Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008 (de próxima publicación).
- Basozabal, X.: *Enriquecimiento Injustificado por Intromisión en Derecho Ajeno*. Madrid: Civitas, 1998.
- Calabresi, G.: *The Costs of Accidents (A Legal and Economic Analysis)*. New Haven: Yale University Press, 1970.
- Cane, P.: *The Anatomy of Tort Law*. Oxford: Hart, 1997.  
 ——— *Mens rea in Tort Law*. En *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000.  
 ——— *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*. Edimburg: Butterworths, 2002.  
 ——— “Corrective Justice and Correlativity in Private Law”. En *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 16 N° 3 (1996).
- Carbonnier, J.: *Droit Civil*. T. II. Paris: Quadrige/PUF, 2004.
- Coleman, J.: *Risks and Wrongs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

<sup>64</sup> Cane, P.: *The Anatomy of Tort Law*, 1997, nota 10, 208.

- “Tort Law and Tort Theory. Preliminary Reflections on Method”. En G. Postema (ed.), *Philosophy and the Law of Torts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- Eidenmüller, H.: *Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderung durch Behavioural Law and Economics*. Juristenzeitung, 2005.
- Epstein, R.: *Torts*. New York: Aspen, 1999.
- “A Theory of Strict Liability”. En *Journal of Legal Studies*, 2 (1973).
- Epstein, R.: “A Clear View of the Cathedral: The Dominance of Property Rules”. En *Yale Law Journal* (1997).
- Feinberg, Joel: *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*. Princeton: Princeton University Press, 1980.
- Gadamer, H. G.: *Wahrheit und Methode*. Tübingen: Mohr, 2ª edición, 1965.
- Gehlen, A.: “El Hombre y las Instituciones”. En *Ensayos de Antropología Filosófica*. Santiago: C. Cienfuegos, 1973 [1961].
- Goldberg, J. C. P.: “Twentieth Century Tort Theory”. En *Georgetown Law Review*, 91 (2007).
- Gordley, J.: *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Hart, H. L. A.: *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.
- Honoré, T.: *Responsability and Fault*. Oxford: Hart, 2002.
- Kaufmann, Art.: “Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung”. En Art. Kaufmann, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*. Köln: Carl Heymanns, 1984 [1973].
- Kelsen, V.: *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*. Traducción de M. Nilve de la edición francesa. Buenos Aires: Eudeba, 1960.
- Landes, W. y R. Posner: *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1987.
- Larenz, Karl y Wilhelm Canaris: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer, 1995, 3ª edición.
- Levmore, S.: “Rethinking Comparative Law: Variety and Uniformity in Ancient and Modern Law”. En *Tulane Law Review*, 61 (1986).
- Mestmäcker, E. J.: *A Legal Theory without Law*. Tübingen: Mohr, 2007.
- Pantaleón, F.: “Presentación del Tratado de Responsabilidad Extracontractual de Enrique Barros”. En *Revista de Estudios de la Justicia*, 8 (2006).
- Planiol, M.: *Traité Élémentaire de Droit Civil*. T. II. Paris: LGDJ, 1926.
- Posner, R.: *Economic Analysis of Law*. Boston, 1972, 1ª edición.
- “A Theory of Negligence”. En *Journal for Legal Studies*, 1 (1972).
- *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1990.
- *El Análisis Económico del Derecho*. Traducción E. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1998 [1992].
- Shavell, S.: *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge (Mass.): Belnack/ Harvard University Press, 2004.
- Tullock, G.: “Imperialismo Económico”. En *Estudios Públicos*, 1 (1980).

Von Hayek, F.: *Derecho, Legislación y Libertad*, Vol. I, *Normas y Orden*. Madrid: Unión, 1978 [1973].

Weinrib, E.: *The Idea of Private Law*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1995.

Weir, P.: *Tort Law*. Oxford: Clarendon, 2002.

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