

**PRESENTACION DEL “TRATADO DE RESPONSABILIDAD
EXTRACONTRACTUAL” DEL PROF. DR. ENRIQUE BARROS B.**

Por Prof. Dr. Fernando Pantaleón
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

--I--

El Tratado de Responsabilidad Extracontractual del profesor Enrique Barros es, sin duda, una obra excelente. Y conste que empleo el adjetivo “excelente” en un sentido mucho más estricto que aquel con el que la generosidad del Dr. Barros califica de “excelentes” algunos de los trabajos españoles que cita en sus nutridas notas a pie de página. El Tratado del Dr. Barros es, en verdad, una obra excelente; y el poder participar en esta presentación es, para mí, un verdadero halago de la fortuna.

Tuve la suerte de conocer al Profesor Barros en una visita anterior a Chile promovida por el Dr. Andrés Jana. Y recibí ya entonces esa profunda impresión que produce el contacto con una persona sabia: plenamente sabia, como sólo lo son los sabios desprovistos de toda soberbia.

Más tarde, la fortuna me sonrió de nuevo al permitirme mantener un fecundo intercambio intelectual en materias de responsabilidad extracontractual, en especial la responsabilidad del Estado, con otro discípulo del profesor Barros: el Dr. Juan Carlos Marín.

Y la fortuna me ofreció, en fin, su mejor halago cuando los profesores Barros y Marín pensaron en mí para participar en esta presentación: en la presentación de un libro que es, sin duda alguna, el mejor tratado sobre responsabilidad extracontractual que conozco en lengua española. Y en lengua francesa, y en lengua italiana, y con gran probabilidad, en otras muchas lenguas.

En el dorso del libro se lee: “*Este tratado es una obra jurídica excepcional, llamada a convertirse en un clásico de la literatura jurídica chilena*”. En mi modesta opinión, el adjetivo “chilena” sobra. Permítanme una pequeña maldad: si el libro del profesor Barros estuviese escrito en inglés, sería inmediatamente saludado en medio mundo como una obra de referencia indispensable en materia de *Law of Torts*. Estando, como está, escrito en español (y por cierto, en un excelente español), eso tardará más en ocurrir: “*Veritas temporis filia*”; aunque el Tratado constituye ya una buena prueba más de la importancia jurídica de dominar la lengua española.

--II--

Dicho lo anterior, se comprenderá la íntima satisfacción me que ha producido comprobar que el profesor Barros y quien les habla compartimos plenamente la esencial concepción de la responsabilidad extracontractual como una modesta institución de Derecho Privado, llamada a actuar la exigencias de la justicia correctiva entre los concretos dañantes y los concretos dañados; frente a la extendida y más ambiciosa concepción de la responsabilidad extracontractual como una poderosa herramienta de Ingeniería Social, que debería cumplir —se nos dice—, por un lado, una función de prevención de las conductas ineficientes y, por otro lado, una labor de pulverización del *stock* social de daños, de conformidad con las exigencias de la justicia distributiva. Tras muchos años reflexionando sobre esta materia, tengo la convicción de que la llamada “crisis de la responsabilidad extracontractual” ha sido provocada por el empeño en hacerla cumplir funciones preventivas y redistributivas que está muy mal diseñada para satisfacer; y con devaluación de los instrumentos del Derecho Público que están perfectamente adaptados para desempeñar las referidas funciones: el Derecho Penal y Administrativo-Sancionador, de una parte, y el Derecho Fiscal y el Derecho de la Seguridad Social, por la otra.

Partiendo de esta plena comunidad de pensamiento, a nadie podrá extrañar que manifieste mi acuerdo esencial con las ideas maestras del Tratado del Dr. Barros, con las claves de bóveda de su construcción de la responsabilidad extracontractual. Por limitarme a las que considero vertebrales:

1. La concepción “objetiva”, “impersonal” o, si se quiere, “social” de la culpa civil, frente a la concepción “subjetiva”, “personal” o, si se quiere, “moral” de la culpa penal. La culpa civil no requiere un juicio de reprochabilidad.
2. La clara reticencia del profesor Barros a la importación de la figura de los “*punitive damages*”, e incluso frente a las propuestas de adosar un ingrediente punitivo a la indemnización del daño moral.
3. La esencial y radical diferenciación que el Dr. Barros realiza entre los sistemas de previsión o seguridad social y el sistema de la responsabilidad extracontractual. Y todavía más, su defensa de la idea de que los seguros privados de responsabilidad civil deben quedar al margen del juicio de responsabilidad: de que la llamada “responsabilidad por asegurabilidad” es una insensatez.
4. La frontal oposición del profesor Barros a la tesis de la responsabilidad objetiva general del Estado; tesis que, a mi juicio, constituye la mayor de las aberraciones que la doctrina administrativista española ha conseguido exportar a este lado del Atlántico.

5. En fin, y más en general, la negativa del Dr. Barros a generalizar la responsabilidad objetiva o estricta: su negativa a considerar la mera “creación de un riesgo” como un criterio de imputación de responsabilidad jerárquicamente equiparable al criterio de la “culpa”.

Sin duda, desde su plena conciencia de que la responsabilidad extracontractual es una institución esencialmente monárquica; que no permite una suerte de consulado entre la “culpa” y la “creación de un riesgo”, en el que sin duda éste último criterio acabaría siendo el “primer cónsul”.

Y sin duda, también, desde la plena conciencia del Dr. Barros de que la monarquía de la culpa no exige necesariamente:

- a) Ni el ostracismo de la responsabilidad civil objetiva; que resulta perfectamente defendible, en una pura lógica de justicia correctiva, en los casos de creación de riesgos extraordinaria y anormalmente elevados (anormalmente, en el sentido de que no son “*common usage*”).
- b) Ni el imponer sistemáticamente al perjudicado la carga estratégico-procesal de la prueba de la culpa del dañante.

--III--

Naturalmente, podría continuar largo tiempo en esta misma línea, señalando muchas otras cuestiones en las que, no sólo coincido plenamente con los planteamientos del Dr. Barros, sino que he aprendido mucho de las enseñanzas que ofrece su Tratado, y no sólo sobre la responsabilidad extracontractual. Pero llegados a este punto, alguno de ustedes pensará: si quien nos está hablando está completamente de acuerdo en todo con el profesor Barros, es que no se trata del mismo profesor Pantaleón. Y me permitirán que mi profunda admiración por el Tratado que aquí presentamos no me lleve a defraudar por completo a esa parte del público. Algunas discrepancias, por tanto:

(A) Por supuesto, coincido con el Dr. Barros en que, en sistemas de responsabilidad civil extracontractual de cláusula general, como lo son el español y el chileno, frente al alemán o el portugués, no aporta nada útil introducir un requisito de “antijuridicidad” distinto del de la culpa, justamente concebida con la infracción de un deber objetivo de cuidado. Pero, entre los elementos definidores de los deberes de cuidado por parte de los Tribunales, me hubiera gustado ver también el de naturaleza del interés protegido: que quedara claro, por ejemplo, que, también en un sistema de cláusula general, los que el profesor Barros llama

“daños puramente patrimoniales” no tienen el mismo nivel general de protección que los daños a las personas o a la propiedad.

(B) Es, sin duda, modélico el tratamiento que el profesor Barros realiza de las difíciles cuestiones de causalidad e imputación objetiva o normativa. En cambio, no puedo coincidir con la inclinación que me parece haber detectado en él a admitir la resarcibilidad de la “pérdida de oportunidades”. Comprendo que resulta especialmente tranquilizadora en los casos difíciles de responsabilidad profesional, en especial de médicos y abogados. Pero, por poner un ejemplo: si alguien hiere negligentemente a un caballo pura sangre que, por razón de esas heridas, no puede correr en una carrera en la que, de acuerdo con el estado de las apuestas, tenía un 20 por 100 de ganar el primer premio, no se me alcanza ninguna razón de peso para que aquella persona debiera indemnizar al dueño del caballo en 20 por 100 del importe del primer premio.

(C) Aunque el libro del Dr. Barros es un Tratado de Responsabilidad Extracontractual, su lectura revela el gran dominio que el autor tiene también de la responsabilidad contractual, que, con seguridad, dará pronto nuevos frutos escritos. Ante esa perspectiva, me gustaría convencerle de que, en su tratamiento de los aspectos sustantivos del concurso entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual (porque con su tratamiento de los aspectos procesales de dicha cuestión coincido plenamente), reconsiderase la tesis de que, como regla, debe permitirse al perjudicado la posibilidad de optar por las reglas de la responsabilidad extracontractual, salvo que ello comporte (y cito literalmente) *“preferir una norma contractual que carecería de sentido si la opción fuera admisible”*.

Yo no alcanzo a ver otra utilidad práctica para hacer uso de la opción por las normas de la responsabilidad extracontractual que no sea, cabalmente, la de preterir o evitar una norma contractual que, bien las partes, bien el legislador, quisieron diferente a la norma correlativa de la responsabilidad extracontractual. Cuestión distinta es que esa norma no les guste a los Jueces o a los abogados que permiten o utilizan la opción precisamente para defraudarla. Es sabido, por ejemplo, que los Jueces alemanes admitieron la opción por la responsabilidad extracontractual, sobre todo, para escapar de la vieja regla legal, sin duda poco sensata, de la irresarcibilidad del daño moral contractual; y también, para no tener que aplicar ciertos plazos de prescripción de acciones contractuales, en especial las de vicios ocultos, que con razón se consideraban injustamente breves.

Tengo para mí que el permitir la opción por la responsabilidad extracontractual no es sino una manifestación más de la tesis de que el fraude de ley es un poderoso instrumento para la reforma oculta de normas legales que se consideran ya indeseables. Y es una tesis que personalmente me gusta. Pero me gustaría que resultara bien claro que la posibilidad del perjudicado de optar por el régimen de la responsabilidad extracontractual se defiende, precisamente, para dar a los operadores jurídicos una vía de reforma oculta de norma de responsabilidad contractual inadecuadas.

(D) El profesor Barros parece aceptar sin reservas que la responsabilidad del empresario por los daños causados por sus dependientes debe ser una responsabilidad objetiva o estricta: una responsabilidad vicaria. Y se trata, sin duda, de una opinión muy generalizada, incluso entre los juristas de países cuyos Códigos la diseñan como una responsabilidad por culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

Modestamente pienso que, una vez que se rechaza (como parece hacerlo el profesor Barros) la concepción de la responsabilidad del empresario como una general responsabilidad objetiva por riesgo-empresa (al modo como la propugnaron Trimarchi, en Italia, o el primer Calabresi, en los Estados Unidos de América), no hay ninguna razón sólida para distinguir los daños causados por las conductas de los dependientes de cualesquiera otros derivados del funcionamiento de la empresa, aplicando también a los primeros el criterio de la “culpa en la organización”. No alcanzo a comprender por qué el empresario tiene que responder del mal funcionamiento de sus empleados más estrictamente que responde, por ejemplo, del mal funcionamiento de sus máquinas.

--IV--

Se habrá constatado que se trata de discrepancias de menor cuantía dentro de un océano de coincidencias esenciales. Terminaré, pues, como comencé. El Tratado de Responsabilidad Extracontractual del profesor Barros es una obra excelente y excepcional, que, como tal, sin duda dará los mejores frutos: por acción y por omisión. Sus frutos por acción serán los muy numerosos trabajos que, tomando ese Tratado como lectura de referencia, desarrollarán en el futuro el tesoro de ideas que encierra. Sus frutos por omisión serán los todavía más numerosos trabajos que, gracias a Dios, no publicarán ya aquellos “rifleros” que se habrían seguido permitiendo escribir sobre la responsabilidad extracontractual, si el Dr. Barros no hubiera establecido, desde ahora y para siempre, un estándar de calidad tal alto.

Porque el profesor Barros es, como antes dije, un sabio adornado por la cualidad de la modestia. Pero su pluma no es modesta. Su pluma es rigurosa, exigente, desafiante incluso. Su pluma no es modesta. Y en ello, sin duda, reside su orgullo. Y por ello, sin duda, merece nuestra admiración y nuestra gratitud.
