

CONTRIBUCIÓN EN 9 MOVIMIENTOS AL ESTUDIO DE LA CULPA EN EL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

“No será necesario declarar que este artículo (sólo contiene) ... una serie de tesis que presento indefensa al fair play meditativo de los lectores”.

- José ORTEGA Y GASSET¹

Primer movimiento: La culpa, ¿ya no es más el principio general en nuestro sistema de responsabilidad civil? Segundo movimiento: Apretadísima síntesis de la evolución de la culpa y su acogimiento en los códigos clásicos. Tercer movimiento: La culpa en el Código de Vélez Sarsfield. Cuarto movimiento: La culpa en el Anteproyecto de De Gásperi. Quinto movimiento: La culpa en nuestro Código Civil de 1987. Sexto movimiento: ¿Culpa “in abstracto” o “in concreto”? la concepción “tornasolada” de la culpa en nuestro Código Civil. Séptimo movimiento: Sobre la aplicabilidad de la fórmula de Hand en nuestro derecho. Octavo movimiento: La culpa profesional: ¿existe en nuestro Código? Noveno movimiento: La culpa y la responsabilidad civil como derecho esencialmente judicial.

Una de las paradojas más notables de la literatura jurídica resulta del hecho que, en no pocas oportunidades, los conceptos más importantes son los menos analizados y discutidos. Esta afirmación parece, indemostrable por lo evidente, al menos en cuanto a lo que se refiere al que es sin dudas el concepto-maestro del sistema de responsabilidad civil: *la culpa*.

Para muestra bien vale un botón: una de las obras (justificadamente) más prestigiosas que tenemos sobre la responsabilidad civil en nuestro continente es la del jurista argentino Jorge BUSTAMANTE ALSINA. De las más de 700 páginas que componen su magistral *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, sin embargo, poco más que 16 se dedican a desmenuzar el concepto de la culpa.² Algo similar ha ocurrido en nuestro país.³

Claro está que el descuido teórico de la culpa, otrora concebida como *sine qua non* de toda construcción normativa de la responsabilidad civil, se acrecentó y llegó a su apogeo a mediados del siglo XX con la aparición - invasión sería un término más gráfico - de las teorías “objetivas” en el campo de la responsabilidad civil, que repudiaban a la vieja negligencia y buscaban como factor de atribución a otras hipótesis,

¹ José ORTEGA Y GASSET, *Historia como Sistema*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001, pag. 83 (he introducido las palabras “sólo contiene”; la redacción original más abajo en el texto).

² Especialmente las páginas 337 a 352. Ver Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 9na. Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

³ En nuestro país, por otro lado, son muy pocas las páginas dedicadas a la culpa en sí; el maestro SILVA ALONSO le dedica 15 (profundas) páginas, de un total de 455 de su clásica exposición sobre las obligaciones en nuestro derecho (debiendo hacerse la salvedad que la obra del Prof. SILVA ALONSO abarca a *todo* el campo de la obligación y no sólo la responsabilidad civil). Ver su *Derecho de las Obligaciones*, Edit. Intercontinental, Asunción, 5ta. Edición, 1996. También le dedica unas páginas al tema el Prof. RÍOS AVALOS en su *Responsabilidad Civil en el Derecho*, Edit. Intercontinental, Asunción, 2005. Y ver la importante obra del Prof. Raúl TORRES KIRMSER sobre la responsabilidad de los médicos, citada *infra* en la n. 102.

entre ellas, la famosa teoría del “riesgo”. Tan es así que en su momento se pensó, incluso, que la culpa desaparecería del campo de la responsabilidad por daños, sobre todo en los años de florecimiento de las concepciones “socializadoras” del riesgo y del daño, que hoy parecen ser tan arcaicas o ingenuas como sus partidarios veían, paradójicamente, a la idea de la culpa misma.

Sin embargo, el péndulo de las ideas, tan fluctuante siempre en la historia de las instituciones jurídicas, osciló de vuelta hacia la idea de la culpa a fines del siglo XX, cuando parecía evidente que el sistema socializante no funcionaría y, al decir del Prof. DÍEZ-PICAZO, era hora de dar unos cuantos pasos atrás para devolver racionalidad al sistema, y a la culpa, buena parte de su protagonismo perdido.⁴ En la medida que ello ocurría, iban apareciendo tratamientos reverdecidos de la vieja culpa, encontrándose nuevos matices y reflatando siglos de tradición jurídica que, a esa historia rica, sumaban un buen grado de razonabilidad y fino olfato jurídico. El monumental estudio de BADOSA COLL sobre la diligencia y la culpa (lastimosamente desconocido en nuestro medio) es, sin lugar a dudas, el mejor ejemplo de esta nueva ola de investigación jurídica sobre la culpa.⁵

Esta nueva ola, sin embargo, aún no ha bañado las playas de nuestra doctrina⁶, a pesar de que se trata de la piedra basal de todo el sistema de derecho de la responsabilidad civil. De ahí la paradoja que señalaba más arriba: es como si un cardiólogo practicara su *artis* sin delimitar previa y detalladamente la estructura y funciones biológicas del corazón, o si un físico condujera sus experimentos sin manejar la estructura elemental del átomo.

Esta situación se agrava todavía más con la vigencia del Código Civil Paraguayo de 1987, pues anteriormente al menos quedaba el consuelo de recurrir a obras argentinas. Pero el Código actual – autóctono – impone la necesidad de estudios frescos que analicen a las instituciones jurídicas desde la óptica de su nueva normativa, especialmente si se considera que el mismo posee una combinación pocas veces vistas de fuentes, por lo la mera cita al derecho italiano, o argentino o alemán, sin más cualificación, como usualmente se hace, no sirve. Nuestro Código contiene un verdadero *pastiche* de fuentes; en un mismo instituto jurídico se encuentran artículos provenientes de distintos sistemas, por lo que un estudio verdaderamente sistémico obliga a un nuevo análisis, que integre las distintas fuentes, y le de inteligibilidad al sistema, que no es igual ni al italiano, ni al alemán, ni al argentino: es paraguayo.

En suma, lo que se requiere es, en palabras del gran jurista escocés Neil MACCORMICK⁷, una “reconstrucción racional” de nuestro derecho; y en este caso, de la noción más importante que tiene el estudio de la responsabilidad civil: la culpa.

El objetivo de este ensayo es, pues, realizar esta tarea de reconstrucción racional de la culpa en nuestro Código Civil, como una contribución modesta que pueda ser de

⁴ No se puede recomendar demasiado la obra del Prof. DIEZ-PICAZO por la sabiduría y lo profundo de sus distintos análisis. Ver su *Derecho de Daños*, Edit. Civitas, Madrid, 1999.

⁵ Ver BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987; en la Argentina, ha sido verdaderamente señero y destacable el aporte de Alberto BUERES, al cual me iré refiriendo en las páginas que siguen. Una colección de sus trabajos en el excelente libro *Derecho de Daños*, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

⁶ Salvo las excepciones relatadas *supra* n. 3.

⁷ Neil MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2005.

utilidad para futuras obras doctrinarias y, quizás (o al menos así lo espero), para nuestros tribunales. Por ello, debo aclarar que aquí no habrá un tratamiento sistemático, exhaustivo y definitivo, sino problemático, parcial y tentativo. O, como diría ORTEGA Y GASSET en esa prosa insuperable que tenía y que se cita en el epígrafe, “no será necesario declarar que este artículo no es un tratado, sino, todo lo contrario, una serie de tesis que presento indefensa al *fair play* meditativo de los lectores”.⁸

La estructura del ensayo responde a 9 movimientos distintos, en los cuales nos plantaremos alguna cuestión e intentaremos dar esa respuesta parcial y tentativa, justamente para ofrecerla a “la meditación de los lectores”.

1. Primer movimiento: La culpa, ¿ya no es más el principio general en nuestro sistema de responsabilidad civil?

Quizás convenga empezar por un tópico que para muchos debería encontrarse al final de toda investigación sobre la responsabilidad civil en nuestro Código, habida cuenta que se trata de algo que hace a la estructura misma del sistema. Sin embargo, los malos entendidos que se han dado en la materia me obligan a iniciar el trabajo con la pregunta fundamental de si en nuestro Código Civil sigue siendo la culpa el principio general de la responsabilidad civil, cosa que en los sistemas del *civil law* a partir del célebre art. 1382 del *Code*⁹, ha sido sin dudas la regla.

La pregunta no es ociosa, porque nuestro Código ha incorporado, como gran innovación en materia de responsabilidad con respecto al Código de VÉLEZ y muchos otros códigos latinoamericanos, a la responsabilidad civil objetiva. Por ello, y como consecuencia de las directrices objetivistas de la responsabilidad civil, nuestro Código ha dedicado expresamente todo un Capítulo a la responsabilidad civil objetiva (denominada como “responsabilidad civil sin culpa”), como cabeza propia y autónoma de supuestos de indemnización de daños y perjuicios.

Este hecho innovador, sumado al prestigio que tenía la responsabilidad civil objetiva al momento de redactarse el Código, ha llevado a algunos a sostener una interpretación simplista según la cual “todo daño debe ser indemnizado, medie o no culpa”, ya que este último concepto ha dejado de ser – o así se argumenta – el principio general en la materia con la adopción expresa del legislador de la responsabilidad civil sin culpa. O, para ponerlo en otros términos, se asume a la ligera que al haber adoptado la responsabilidad objetiva, nuestro Código de alguna manera ha abandonado a la culpa como factor de imputación o que al menos esta ha venido a jugar el papel de un actor secundario en el sistema.

Esta interpretación estaría avalada aparentemente por (i) la deficiente redacción del art. 1833 del Código Civil (tautológico por donde se lo mire¹⁰), y además, (ii) el hecho que no se ha incorporado una disposición similar al art. 1109 del Código de

⁸ Ver n. 1, *supra*.

⁹ “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*”.

¹⁰ ¿Por qué tautológico? Pues la redacción del artículo en cuestión dice: “El que comete un acto ilícito queda obligado a reparar el daño”. Si vemos que el acto ilícito es todo acto culposo, antijurídico que causa un daño (art. 1834), surge claramente que el art. 1833 puede ser leído como todo “el que comete un daño queda obligado a reparar el daño” (si hay culpa y antijuridicidad).

VÉLEZ o al 1382 del *Code*, es decir, un artículo que establezca un principio o cláusula general del tipo: “*todo hecho del hombre que cause daño a otro por su culpa lo obligará a repararlo*”.¹¹

A pesar de estas ambigüedades que (lastimosamente) contiene nuestro Código, debe afirmarse con vehemencia que aún cuando se ha incorporado a la responsabilidad sin culpa, *ésta es excepcional y sólo debe regir en los casos expresamente previstos en la ley*.

Esta interpretación puede ser extraída no sólo del análisis literal de los textos pertinentes, sino también de cánones mínimos de racionalidad y funcionalidad del sistema de responsabilidad civil.

Literalmente: el art. 1833 del Código, a pesar de su ya apuntada redacción deficiente, señala no obstante en su segundo párrafo que “si no mediara culpa, se debe igualmente indemnización *en los casos previstos por la ley, directa o indirectamente*”. La redacción y contexto literal del artículo, a mi modo de ver, no dejan dudas sobre el carácter *excepcional* de la responsabilidad sin culpa.¹² Incluso, debería decirse aquí que ahí donde la responsabilidad por culpa se caracteriza manifiestamente por su carácter de *atipicidad*¹³ – por tratarse de una cláusula general que puede ser llenada en forma casi ilimitada – en cuanto a la responsabilidad objetiva existe un sistema *tipificado*: sólo en los casos expresamente previstos por la ley puede haber responsabilidad sin culpa.¹⁴

Teleológicamente: porque desde el punto de vista evaluativo es necesario que ello sea así; es decir, desde lo valorativo/axiológico es imperativo que el principio general sea el de la culpa, y no el objetivo. En caso contrario, cualquier persona, en cualquier momento, podría estar sometida a pechar con daños y perjuicios, sin importar el cuidado y diligencia que utilice en su vida (pues ni las más elevada y cuidadosa diligencia será suficiente para impedir que tenga que indemnizar todo daño que cause) lo que es, por un lado, algo sencillamente injusto¹⁵, y por el otro llevaría a tener ciudadanos verdaderamente *esquizofrénicos*, que no podrían llevar una vida social normal. Como dijo el famoso Juez inglés, Lord REID, en el *leading case* inglés *Bolton v. Stone*, en “las condiciones multitudinarias y azarosas de la vida moderna ni siquiera la persona más cuidadosa puede dejar de generar riesgos con sus acciones”.¹⁶ En estas

¹¹ Como el caso del art. 1382 del *Code*, o el art. 1902 del Código Civil de España: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

¹² Mención aparte merece la parte final del artículo, verdaderamente críptico, cuando se refiere a “directa o indirectamente”; quizás deba interpretarse esto como la responsabilidad indirecta del propietario de la cosa riesgosa o similar. En puridad, las dos palabras están demás y nada agregan a la inteligibilidad del precepto.

¹³ Ver en general Guido ALPA y Mario BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, Milán, Giuffrè Editore, 1977.

¹⁴ No se me escapa el hecho que, dada la redacción 1846 y 1847 de nuestro Código, la responsabilidad objetiva es a su vez porosa e indeterminada (se limita a hablar de “riesgo”); es decir, no hay una lista taxativa de actividades cubiertas bajo dichas disposiciones (algo que hubiese sido deseable y que el *Anteproyecto* DE GÁSPERI preveía justamente, n. 18 y texto que acompaña). Pero este es un problema que no podré enfocar aquí, siendo conveniente, en cualquier caso, señalar que estos dos artículos deben ser utilizados con suprema cautela y restrictivamente, para evitar que se interprete, por ejemplo, que la “mandíbula” de un sujeto que mordió a otro es una cosa “riesgosa”, como se planteó en algún precedente jocoso en la Argentina hace unos años.

¹⁵ Ver el excelente y profundo trabajo del Prof. Stephen PERRY “The Impossibility of General Strict Liability” 1 *Can. J. L. & Jurisprudence* 148 1988.

¹⁶ Reportado en (1951) AC 850.

condiciones de la vida moderna, la imputación general por riesgo es sencillamente imposible. Y, a esto debe sumarse el hecho obvio que el derecho no puede cumplir la función esencial que cumple – la guía para el razonamiento práctico de las personas¹⁷ – si de antemano no puede determinarse con un grado razonable de certeza *en qué casos deberán indemnizar los daños que causen y en qué casos no*. El criterio de la culpa da una respuesta (la diligencia debida y los deberes exigibles), mientras que el objetivo o es impracticable (por la esquizofrenia que se mencionó recién) o es tan indeterminado y borroso (“cuando haya riesgo”) que en absoluto puede guiar el razonamiento práctico de las personas.

Todo esto había sido intuido, dicho sea de paso, con claridad por DE GÁSPERI en su *Anteproyecto*, en abono de las ideas aquí defendidas. En un Capítulo titulado “*De la responsabilidad por los perjuicios resultantes del empleo de fuerzas naturales*”, incluyó la responsabilidad objetiva por riesgo, derivada del (en aquel entonces) moderno Código de las Obligaciones de Polonia. DE GÁSPERI justificaba su innovación en los siguientes términos:

Acaso no sea éste el sitio propio para exponer la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva que, desde su admisión jurisprudencial en la segunda mitad del siglo XIX en materia de accidentes ferroviarios; de incendios provocados por chispas escapadas de una locomotora; por daños causados con el humo de una usina, en todos los cuales fueron condenadas las compañías a responder del daño a pesar de la excusa de no haber incurrido en culpa y de haber observado todas las precauciones para evitar el daño; y posteriormente, desde su fundamentación doctrinal por MATAJA en Alemania, ORLANDO en Italia, por JOSSERAND, SALEILLES, GENY, CAPITANT, DEMOGUE, etc. en Francia, según los cuales toda actividad que implica un riesgo, expone a herir intereses que deben ser indemnizados a la víctima, eximida de la carga de la prueba de la culpa que crea el riesgo...

Si el fundamento de la teoría del riesgo es, como su nombre lo dice, la contingencia o proximidad de un daño, no se comprende que la ley protectora del obrero empleado en trabajos peligrosos, extienda sus efectos a labores no ocasionadas a la inminencia del daño, como son las de agricultura la ganadería, canteras, construcción, conservación y reparación. La admisión del riesgo, como fundamento de la responsabilidad de la empresa, es una concesión hecha a despecho de la idea de la culpa que históricamente no pudo ser desalojada de su dominio en el Derecho Civil, sino bajo la presión de los cambios radicales que las condiciones del trabajo y la seguridad de la vida han experimentado con la aparición de la gran industria a mediados del siglo pasado.¹⁸

Al tiempo de aceptar la necesidad de incorporar la teoría del riesgo creado, DE GÁSPERI lanzó dos ideas fundamentales que mucha doctrina ha pasado por alto: (a) la primacía de la culpa, aún cuando se acoge la teoría del riesgo, pues la responsabilidad objetiva tiene carácter de excepcional; y (b) la tipificación legal de los supuestos de responsabilidad por riesgo (esto último es algo que lastimosamente no fue tenido en cuenta por nuestro Código, que prefiere la formulación imprecisa de los arts. 1846 y 1847).

Así, DE GÁSPERI citaba con beneplácito a JOSSERAND, al afirmar que “sin duda, la responsabilidad objetiva no destronará jamás a la responsabilidad subjetiva. No es

¹⁷ Ver Joseph RAZ, *Practical Reason and Norms*, OUP, Oxford, 1992, y John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, OUP, Oxford, 1980.

¹⁸ Luis DE GÁSPERI *Anteproyecto de Código Civil*, Edit. El Gráfico, Asunción, 1964, pag. 785 (en adelante citado meramente como “*Anteproyecto*”).

deseable que la noción del riesgo suplante a la de la culpa”.¹⁹ Y concluye su razonamiento el notable jurista paraguayo diciendo que

*tal es la razón por la cual, traída la noción del riesgo a un Código estructurado sobre la noción romana de la culpa, como fundamento de la responsabilidad de los actos ilícitos, debe ser encerrada en una fórmula concreta que permita reducir el campo de su aplicación a sólo aquellas actividades que por estar movidas por fuerzas naturales, como el vapor, el gas, la electricidad, el agua, etc. son, en cierta medida, incontrolables en el peligro que, en un momento dado, pueden ofrecer a las personas que la dirigen.*²⁰

Se ven claramente pues los perfiles que debe tener la regulación de la responsabilidad objetiva: debe ser excepcional y siempre determinada expresamente por la ley.

A la luz de todo esto, no debe sorprender que concuerde con autores como DIEZ-PICAZO y PANTALEÓN PRIETO en España, MAZEAUD-TUNC y LETORNEAU-CADIET en Francia, TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA en Argentina, entre muchos otros, en el sentido de que la culpa fue y sigue siendo el principio general de atribución de responsabilidad civil, y la idea de responsabilidad por riesgo constituye una excepción (y por tanto, de interpretación restrictiva).²¹

Por ello, si estamos ante la partícula elemental de la responsabilidad civil, conviene delinear sus delimitaciones conceptuales básicas. A ellos me abocaré en lo que sigue en este ensayo.

2. Segundo movimiento: Apretadísima síntesis de la evolución de la culpa y su acogimiento en los códigos clásicos

No se puede realizar un estudio sobre la culpa si no se hace, aunque sea en forma exageradamente breve, un recuento de su genealogía jurídica. Aquí podré hacer sólo una apretadísima síntesis – un bosquejo apenas²² - de cómo se llegó al concepto-maestro del actual derecho de responsabilidad civil; empezando por Roma, pasando luego por la tarea constructiva (y muchas veces olvidada) de los juristas medievales y finalmente la decisiva influencia de la escuela moderna de derecho natural, los tres ejes principales sobre los cuales gira la historia de la figura.

¹⁹ Ver el *Anteproyecto*, pag. 785.

²⁰ Vide *Anteproyecto*, pag. 785.

²¹ Félix TRIGO REPRESAS – Marcelo LÓPEZ MESA, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Tomo I, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2004, pag. 799. Y los demás autores citados ahí; especialmente relevante las palabras del Prof. CASIELLO: “la culpa – aunque la complementen ahora nuevos recursos o soluciones que contribuyen de excelente manera a la cobertura de los daños, sigue siendo el principio general y “fondo común” en esta problemática. Y por eso mismo, tiene fuerza expansiva, y “vocación” de universalidad” desde que, probada que fuere, será aplicable en todos los supuestos, hechos o acontecimiento en que se quiera reparar daños injustos. Los otros elementos o factores de atribución de responsabilidad siempre serán, por su naturaleza, de excepción, aun cuando de hecho tengan una aplicación más frecuente y cuantitativamente numerosa en esta ardua tarea de borrar entuertos” (pag. 798).

²² El lector interesado deberá recurrir al magnífico y clásico estudio de ROTONDI, “Dalla “Lex aquilia” all’art. 1151 cod. civ.” *Ricerche storico-dogmatiche*, en Riv. Dir. Comm. 1917, I, p. 256 y sgts.; más recientemente, el erudito y extraordinario trabajo de Francesco PARISI, “*Alterum non laedere*: An intellectual history of civil liability”. 39 Am. J. Juris. 335 1994, importante (entre otras muchas cosas) por poner de relieve la influencia decisiva de la filosofía aristotélica y luego tomista en la formación del concepto.

Un error usual es creer que el principio de la culpa, como factor general de imputación de daños y perjuicios, ha existido desde tiempos inmemoriales – empezando como siempre en el derecho civil por Roma. Un estudio de la cuestión, incluso el más somero, demuestra lo contrario. La idea de que existía un principio general de imputación por culpa era algo absolutamente desconocido en el derecho romano:

Lo que sorprende (en el derecho romano) desde un comienzo es que no se encuentre, ni en materia delictual ni en materia contractual, un texto legal de alcances generales, que establezca el principio de que quien causa un daño a su prójimo, en determinadas condiciones, debe repararlo.²³

La idea del principio general de la culpa es producto de una larga y compleja evolución social, económica y de ideas, y recién se concretaría en la forma que conocemos con la escuela moderna del derecho natural y los albores del iluminismo. En el derecho romano no existía, por consecuencia, la idea de indemnización por culpa como criterio general.²⁴

No obstante, no es menos cierto que Roma dejó diversos textos – algunos legales, otros pertenecientes al *Digesto* – que luego serían utilizados y racionalizados para dar forma al moderno sistema de la responsabilidad civil. El caso más fácil es el de la célebre *Lex Aquilia*, que es la suerte de “abuela” de todo el sistema de responsabilidad civil, y que establecía un régimen altamente *tipificado* y simple de reparación de daños. Por otro lado, las opiniones de los jurisconsultos contenidas en el *Digesto* (especialmente el mencionaban distintos casos de responsabilidad – contractual y también extracontractual), así como también la semilla de la idea de la culpa y del criterio del *bonus paterfamiliae* (“el deudor y el ciudadano deben comportarse como ese modelo abstracto manda, como un buen *quirites*”). Pero estos textos diseminados bajo ningún punto de vista podían ser considerados como una “teoría” de la culpa, o una estructura conceptual unificada.

Por ello, aún cuando no es demasiado lo que el derecho romano puede decirnos sobre la idea de la culpa tal cual nosotros la entendemos, no es menos cierto que esos fragmentos primigenios fueron el cimiento sobre el cual se construyó posteriormente la noción que hoy manejamos. En este proceso de construcción existieron especialmente dos momentos decisivos: (i) la racionalización medieval efectuada por los glosadores y posglosadores, y (ii) la concluyente contribución de la escuela moderna del derecho natural.

(i) Con el fenómeno de recepción del derecho romano y la aparición de las escuelas medievalistas de los glosadores y posglosadores (entre el año 1100 y 1250, aproximadamente), se da la primera etapa de construcción del sistema. En un trabajo extraordinario y altamente dificultoso – y además, muy pocas veces reconocido, en una

²³ H. MAZEAUD- L. MAZEAUD- A. TUNC, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Ediar, Buenos Aires, 1962, vol. I-1, pag. 39.

²⁴ De hecho, toda generalización – v.gr. la noción genérica de obligación, o de contrato, o de acto jurídico o derecho real – es radicalmente ajena a la mente jurídica romana, y fue producto de una larga evolución histórica (especialmente, el iluminismo jurídico y la *begriffschule* alemana). Al respecto el fantástico e ineludible libro de F. H. LAWSON, *A common lawyer looks at the civil law*, Univ. of Michigan Press, 1953, Ann Arbor.

notable injusticia²⁵ – estos juristas llegaron a sentar las bases de un sistema armónico, a partir de los distintos fragmentos que el *Digesto* había otorgado. De esta multiplicidad de bases de construcción del sistema, por lo demás, surgió asimismo el problema conocido de la “clases de culpa” o más comúnmente, la “teoría de la prestación de la culpa”.

La cuestión se traducía en que, en algunas situaciones fácticas – recuérdese, no había el principio general – los textos exigían la diligencia *quam in suis* (“como en la cosa propia”), en otras exigían la más leve culpa, en otras la culpa grave o lata, en otros casos el dolo, y así sucesivamente. De esta forma, los juristas medievales al armonizar el sistema, se vieron forzados a intentar a dar inteligibilidad a los múltiples textos, y así llegaron a concebir varios tipos de culpas, hasta llegar a una clasificación más racional. El caso más célebre (incluso ridiculizado en su momento por su exagerado puntillismo) fue el de BARTOLO, quién llegó a concebir la existencia de hasta seis clases de culpas:

*BARTOLO DE SAXOFERRATO, fundado en las ideas de parte de la Glosa, y en especial, en las de Pedro BELLAPERTICA, propició una clasificación pentapartita, en la cual el dolo al parecer, era una versión de la culpa, aunque de todos modos se diferenciaba de la culpa estricta. BARTOLO mencionaba la culpa altísima (dolo manifiesto), la culpa latior (dolo presunto), la culpa lata, la culpa levis (el hombre diligente) y la culpa levísima (el hombre diligentísimo) – en BELLAPERTICA comienza a utilizarse el modelo de hombre o de los hombres.*²⁶

Esta teoría de distinción en las distintas clases de culpa, que con el pasar de los años finalmente quedó en tres (la culpa lata, leve y levísima) guarda relevancia especialmente cuando veamos, en el siguiente Movimiento, que VÉLEZ la desechó expresamente en su art. 512 de su Código, que a la postre llegaría a nuestro derecho a través del art. 421 del Código Civil.

(ii) Sobre estas ideas de los glosadores y postglosadores, a su vez, trabajaron los juristas de la escuela de derecho natural moderno, que fueron los forjadores de la idea de la culpa tal cual ingresó ella a los códigos decimonónicos, noción que es la que nosotros conocemos hoy.

Quizás el hecho más trascendente en esta materia se produce con la obra de Hugo GROCIO, “masivamente influyente”²⁷ en éste y muchos otros temas. En su famosa obra *De jure belli et pacis*, GROCIO estableció el concepto de la tripartición de las fuentes de las obligaciones en *pacta*, *maleficia* y *lex*, y delineó en forma más clara y primigenia el principio general de *pas de responsabilité sans faute* (“no hay responsabilidad sin culpa”).

El *pacta* se asemejaría al contrato, la *lex* a la ley como fuente del derecho, y *el maleficia* al acto ilícito; en cuanto a éste último, GROCIO había previsto que el mismo se da cuando por la culpa se produce un daño.

²⁵ Es estudiado cuidadosamente por BADOSA COLL, n. 5 *supra*, y también en el extraordinario trabajo de Francesco PARISI, n. 22, *supra*.

²⁶ BUERES, n. 5, *supra*, pag. 341-2, siguiendo a BADOSA COLL.

²⁷ Como lo apunta el Prof. John FINNIS, si bien para él ello constituye en cierto sentido un retroceso al menos en comparación con las enseñanzas de la escuela clásica del derecho natural (ver J. FINNIS, “Natural Law: The Classical Tradition”, en Jules COLEMAN – Scott SHAPIRO, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, OUP, Oxford, 2002, pag. 5).

*El delito es un acto u omisión que por su propia naturaleza es antijurídico que se encuentra prohibido en alguna ley...Entre los delitos que dan lugar a compensación está los que lesionan la vida humana o la integridad corporal, los que atentan directamente contra la libertad personal que se denominan iniuriae, los que lesionan el honor que son llamados difamación y aquellos que van contra la propiedad.*²⁸

Esta doctrina esbozada por GROCIO fue seguida por los continuadores de la escuela moderna del derecho natural entre quienes se destacan PUFFENDORF, THOMASIO, entre otros, todos ellos de decisiva ascendencia sobre los eventuales autores de los códigos clásicos.²⁹

Pero lo más importante para este estudio es el seguimiento del tema que hacen los franceses, que son los inspiradores de las doctrinas del *Code*, especialmente DOMAT y POTHIER, fuertemente influidos por GROCIO.

La obra de DOMAT puede ser considerada la fuente casi directa del art. 1382 del *Code*³⁰, tronco del cual se desprendieron posteriormente las demás ramas del árbol de la responsabilidad civil en el derecho continental. Entre otras cosas, decía DOMAT que

Toutes les pertes et tous les dommages, qui peuvent arriver par le fait de vuelque personne, sois imprudente, légéreté, ignorante de ce qu'on savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent etre, doivent etre réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu.

*(todas las pérdidas y todos los daños, que pueden producir los actos de las personas, por imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que debe saber, u otras culpas parecidas, deben ser reparadas por quien ha actuado con culpa).*³¹

POTHIER, siguiendo las enseñanzas no sólo de los iusnaturalistas y DOMAT, sino de también de los juristas medievales, reconoce a la culpa como principio general y a su vez se acoge a la doctrina de prestación de las culpas, y distingue culpa lata (o grave), la culpa leve y la culpa levísima. En sus propias palabras: la culpa lata consiste en “no poner en el asunto ajeno el cuidado que las personas menos cuidadosas y más estúpidas no dejan poner en sus propios asuntos”. La segunda la leve, y siempre en sus palabras: “el cuidado ordinario que las personas ponen en sus propios asuntos” y la levísima: “no poner el cuidado que las personas más atentas ponen en sus asuntos”.³²

Finalmente, el Código Civil francés acogió en forma inmortal todas estas ideas en su art. 1382, matriz de la codificación clásica en materia de responsabilidad civil: “*Todo hecho del hombre que causa un daño a otro, obliga aquél por cuya culpa se ha producido, a repararlo*”. Es imposible no ver la influencia de DOMAT y los demás autores iusnaturalistas aquí.

Por otro lado, a la culpa en sí se la juzgaba en forma abstracta, en base al parámetro objetivo del “buen padre de familia”, noción que había derivado también de

²⁸ Citado por DIEZ-PICAZO, n. 4, *supra*, pag. 77.

²⁹ Al respecto, el trabajo ya citado de PARISI, n. 22, *supra*, contiene abundantes referencias históricas sobre esta evolución histórica.

³⁰ Ver, por ejemplo, Giovanna VISINTINI, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, 2 Tomos, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2000, pag. 8 (además de inspirar, las páginas de DOMAT son el “soporte conceptual” del *Code* en la materia).

³¹ Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1777), liv. III, tit. V.

³² DIEZ-PICAZO, n. 4, *supra*, pag. 77 y sgts.

viejos textos romanos ya mencionados. Para determinar si había existido o no “culpa”, debía preguntarse si se había actuado como lo hubiese hecho un buen padre de familia en dicha situación.

Estas ideas – el principio general de la culpa y la noción del buen padre de familia como parámetro de juicio – pasaron a un importante número de los códigos clásicos además del *Code*, entre ellos el Italiano de 1865, el español, y también los latinoamericanos. Entre estos últimos sobresale, por su posterior aplicación en nuestro país, el argentino de VÉLEZ SARSFIELD.

Sin embargo, como se verá en el siguiente movimiento, VÉLEZ no siguió a pie juntillas aquí a su antecesor francés.

3. ***Tercer movimiento: La culpa en el Código de VÉLEZ SARSFIELD***

El art. 1109 del Código Civil argentino – derecho positivo por 110 años en nuestro país – disponía en forma casi idéntica a su antecesor francés que

Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio.

Puede observarse como, con una continuidad histórica ininterrumpida, el sistema argentino de responsabilidad civil se adecuaba con esta disposición a toda la evolución que en apretada síntesis nos ocupamos en el movimiento anterior. Se establecía el principio general de “no hay responsabilidad sin culpa”, como eje y factor de atribución de toda obligación de reparar daños y perjuicios.

Pero, en forma no menos evidente, VÉLEZ se apartó expresamente de la noción de la culpa recogida por los franceses, el llamado tipo abstracto del “buen padre de familia”. Así, en su célebre art. 512, VÉLEZ estableció que

La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

En lugar de la llamada concepción abstracta de la culpa, puede verse que VÉLEZ acogió la así llamada concepción *in concreto* culpa (sobre la cual ahondaré más adelante, en el Movimiento No. 6, *infra*).

Este artículo 512 ha sido considerado uno de los mejores del Código argentino³³, aunque extrañamente no se sabe muy bien de dónde sacó la inspiración VÉLEZ para redactarlo. Como recuerda LAFAILLE, no se ha podido encontrar el origen de la fórmula veleziana; al parecer, las bases de la misma fueron extraídas de la obra de ZACHARIAE y sus anotadores MASSÉ y VERGÉ (que se referían a los cuidados que debe observar el deudor y de las circunstancias de persona, tiempo y lugar).³⁴ En cualquier caso se trata de una conjetura y parece haber sido una original creación del jurista cordobés.

³³ Héctor LAFAILLE, *Obligaciones*, I, Edit. Kraft, Buenos Aires, no. 176, pag. 169 (en una observación citada por casi todo tratadista argentino posterior).

³⁴ Idem. anterior, pag. 175.

Sobre lo que no existen dudas es la razón por la cual VÉLEZ se alejó del modelo francés del buen padre de familia y adoptó esta definición tan notablemente elástica y flexible. Ello lo aclaró VÉLEZ en la propia apostilla al artículo 512, en donde cita equivocadamente a BARBEYRAC (se refería en puridad a BIGOT DE PRÉAMENEU³⁵) para afirmar que:

La división de las culpas es más ingeniosa que útil en la práctica, pues a pesar de ella será necesario a cada culpa que ocurra, poner en claro si la obligación del deudor es más o menos estricta, cuál es el interés de las partes, cuál ha sido su intención al obligarse, cuáles son las circunstancias... del caso. Cuando la conciencia del juez se halle convenientemente ilustrada sobre estos puntos, no son necesarias reglas generales para fallar conforme a la equidad. La teoría de la división de las culpas en diferentes clases, sin poder determinarlas, sólo sirve para derramar una luz falsa y dar pábula a innumerables contestaciones.

VÉLEZ expresamente rechazaba la mentada teoría de la “prestación de la culpa”³⁶, y, al mismo tiempo, el modelo abstracto del buen padre de familia, acogiendo en su lugar una idea flexible que permitiera al juez en cada caso concreto determinar si efectivamente existió o no negligencia, considerando las circunstancias del tiempo y el lugar que rodearon al caso.

Más adelante me ocuparé con más detenimiento de la aplicación en la práctica la noción concreta de la culpa del art. 512 argentino, trasegado al 421 del nuestro, y también de la distinción entre el modelo abstracto de la culpa y el concreto (ver especialmente el Movimiento 6, *infra*). Lo que sí queremos dejar sentado aquí es que, lo que guiaba a VÉLEZ era un prejuicio sobre la distinción confusa entre los distintos grados de culpa, y además, la necesidad de dar un concepto abierto, elástico a los jueces a la hora de definir la culpa. En otras palabras, dotar a su sistema de lo que se conoce en la doctrina alemana como *generalklausen* (cláusula general), a ser llenada por los operadores jurídicos con prudencia en cada caso concreto, algo sobre lo cual también volveré más adelante, en el último movimiento de este ensayo.³⁷

Sin dudas que la idea de VÉLEZ de la culpa era ésta – pues explícitamente se dirige a los jueces al otorgarles una herramienta de “ni demasiado rigor, ni demasiada indulgencia”. Gran parte de la doctrina argentina ha aplaudido la decisión de Vélez; por citar un ejemplo reciente, ALTERINI ha dicho que “la ductilidad del concepto de culpa, la adecuación a cada circunstancia con arreglo al cúmulo de particularidades que puede presentar, permite resolver con justicia todas las situaciones posibles.”³⁸

El llenado del molde vacío de la “culpa” permite la valoración del juez de los siguientes elementos en el concepto veleziano:

³⁵ Ideas incluidas en la *Exposé des motifs* de este jurista al presentar el *Code*, y copiadas en forma extensa en su francés original en VISINTINI, n. 30, *supra*, pag. 12, n. 19.

³⁶ No obstante, y como lo apuntan TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, si bien VÉLEZ toma partido decididamente en contra de la culpa en grados, subsisten en distintas partes de su Código, restos o sedimentos del sistema romano. Así, por ejemplo, adopta la culpa leve in concreto en las normas del mandatario, o el modelo del buen padre de familia para las obligaciones del tutor, etc. (ver TRIGO REPRESAS-LÓPEZ MESA, n. 21, *supra*, Tomo I, pag. 695).

³⁷ Ver el excelente libro de Karl ENGISM, *Introducción al Pensamiento Jurídico*, Edit. Comares, Granada, 2001, en donde este jurista alemán se ocupa de las cláusulas generales y similares con extremada precisión y calidad. Y ver las reflexiones finales contenidas en este ensayo en el 9no. Movimiento, *infra*, sobre las consecuencias de la adopción de esta cláusula general flexible.

³⁸ Ver Atilio ALTERINI, *Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pag. 93.

- la naturaleza de la obligación (por ej. si es de medios o resultados)
- la naturaleza de la persona (por ej. si tomó la obligación como un experto o como un profano)
- la naturaleza del tiempo y lugar de ejecución (aquí los ejemplos son interminables)

Antes de analizar con detenimiento la aplicación de esta noción de la culpa *in concreto* en nuestro derecho positivo actual, haremos un breve *detour* por el *Anteproyecto* de Código Civil de Luis DE GÁSPERI, que nos depara más de una sorpresa interesante.

4. Cuarto Movimiento: La culpa en el Anteproyecto de DE GÁSPERI

El tratamiento de la culpa en el *Anteproyecto* es una de las cuestiones más fascinantes que, desde el punto de vista doctrinario, ofrece este monumental trabajo, que aún espera una investigación a fondo.³⁹ Aquí me detendré brevemente sólo para ver los contornos esenciales de la culpa en el *Anteproyecto*, y, muy especialmente, el carácter fuertemente dualista que acogió DE GÁSPERI y que no llegó a nuestro Código final. Esta tarea abrirá, a su vez, una serie de interrogantes a ser respondidos en los demás movimientos que nos hemos propuesto.

El *Anteproyecto* toma una postura firme ante uno de los debates doctrinarios más intensos que se ha dado en la responsabilidad civil a partir de la segunda mitad del siglo XX: la unidad o dualidad de los regímenes de responsabilidad civil “contractual” y “extracontractual” (también denominado a veces el régimen de dualidad de “culpas”, “culpa contractual” y “culpa extracontractual”).

La cuestión se reduce, básicamente, a determinar si existe o no una diferencia *ontológica* entre la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de un contrato (por ejemplo, la no ejecución de una obra o construcción) y la responsabilidad civil derivada de un acto ilícito (por ejemplo, un accidente de tránsito).

A efectos metodológicos podemos resumir las tres posturas que se han dado en la doctrina sobre la dualidad o unidad de los sistemas⁴⁰:

(i) Dualismo “fuerte”: es la tesis tradicional, según la cual existen efectivamente “dos culpas”, una contractual y otra extracontractual, y por tanto dos regímenes cabalmente distintos de responsabilidad civil. La regulación dual de la responsabilidad civil contractual y extracontractual es no solamente correcta, sino necesaria, por tratarse de dos cuestiones distintas.

El mejor ejemplo de un dualismo fuerte es sin dudas el derecho romano clásico, en el cual el sistema de la *lex aquiliae* y el de incumplimiento de contratos son absolutamente distintos. Asimismo, modernamente el sistema del *common law* se

³⁹ Hoy ve la luz en el libro hermano del presente, _____. De hecho, como notará el lector, parte de este trabajo contiene ideas ahí expresadas.

⁴⁰ BUSTAMANTE ALSINA, en su exposición al respecto, prefiere hablar de tesis “dualistas”, “unicidad” y “unidad”, correspondiendo cada una (más o menos) a la exposición sentada en el texto arriba. Ver n. 2, *supra*.

caracteriza por una distinción absoluta entre ambos regímenes, tratándose en materias totalmente distintas al incumplimiento contractual (*breach of contract*, en la materia de “*Contract law*”) y al hecho ilícito (o *tort*, bajo la materia “*Tort law*”). En el derecho continental, ésta fue la concepción tradicional del *Code* francés y sus émulos, entre ellos el Código de VÉLEZ, si bien con el correr del tiempo esta posición fue modificada por la doctrina y jurisprudencia hacia el “dualismo débil”.⁴¹

(ii) Dualismo “débil” (o “unicidad”): según esta postura, el fenómeno es el mismo; es decir, la respuesta del ordenamiento jurídico ante un daño, aunque amerita una doble regulación, por cuestiones menores (plazo de prescripción, previsibilidad de las consecuencias resarcibles, prueba de la culpa, distintos factores de atribución, etc.)

En esta concepción, existe sólo una “culpa” para la responsabilidad contractual y extracontractual, pero hay diferencias de matices y son reguladas separadamente la responsabilidad proveniente del ilícito como la proveniente del incumplimiento contractual. Para resumir: “Una culpa, dos regímenes”.⁴²

Es, por otro lado, la interpretación que le ha dado la doctrina más moderna a los sistemas del *Code* y del Código de VÉLEZ, entre otros.

(iii) Unidad: la tesis de la unidad sostiene que se debe partir del fenómeno unitario del daño y regular en forma conjunta a la responsabilidad civil derivada del incumplimiento del contrato y a la derivada de un simple acto ilícito. El único ejemplo que conozco de una regulación unitaria de la responsabilidad contractual y la extracontractual en un mismo Título es el del *Proyecto de Código Civil de 1998* para la República Argentina, proyecto que hasta la fecha no ha sido aprobado (y de difícil, si no imposible, aprobación en el futuro cercano).

Y en este punto fundamental – pues se refiere a la estructuración misma del sistema de responsabilidad civil, a su concepción holística – ya puede observarse una posición diametralmente opuesta entre el *Anteproyecto* y el Código final. Y es que éste último, como se verá, adopta decididamente la postura de la dualidad “débil”, mientras que el *Anteproyecto* es abiertamente dualista, en el sentido “fuerte”. Una dualidad casi “radical”, para ponerle un rótulo.

El dualismo de DE GÁSPERI no se reduce a regular a la responsabilidad extracontractual y la contractual en forma separada (lo que sería más que nada una decisión de “metodología legislativa”). Su dualismo va mucho más allá que este hecho superficial. En efecto: DE GÁSPERI incorpora dos concepciones (y definiciones) explícitas de la “culpa” que parecen ser irreconciliables en teoría y en la práctica.

⁴¹ La mejor obra para ver esta evolución sigue siendo el monumental *Traité* de los hermanos Henri y León MAZEAUD, actualizado por André TUNC, citado en la n. 23, *supra*.

⁴² Explica bien (como siempre) esta postura LLAMBÍAS: “la culpa es una noción unívoca que el derecho trata diversamente a través de dos diferentes regímenes de responsabilidad, según que esa culpa sea considerada en la inejecución de los contratos o en la comisión de hechos ilícitos. Hay una sola culpa y un doble régimen de responsabilidad culposa”. LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, Bs. As. 1967, T. I., pag. 177. ALTERINI, n. 38, *supra*, pag. 30, se expresa similarmente a su maestro: “Tal unidad de culpas, empero, no excluye que haya dos “regímenes” de responsabilidad civil, cuya razón de ser deriva de la notoria diferencia estructural del hecho generador de la responsabilidad.”

Existe, en el *Anteproyecto*, una culpa para la responsabilidad contractual y otra culpa para la responsabilidad extracontractual. La primera de ellas es la llamada “culpa *in concreto*”, que atiende a las circunstancias propias del tiempo, lugar y naturaleza de la ejecución de la obligación contractual, mientras que la segunda es el modelo de la “culpa *in abstracto*”, en el cual se toma como base un modelo general de “hombre diligente”, “buen padre de familia” o “*reasonable person*”, para medir la culpa del que causa el hecho ilícito.

Así, por una parte, tenemos la concepción de la culpa del art. 843 del *Anteproyecto*, bajo el Título I “De las obligaciones en general”, Capítulo V “Del incumplimiento de las obligaciones”; ésta es la culpa “contractual” *in concreto*. Por otra parte, nos encontramos con la segunda concepción degasperiana de la culpa, la cual se encuentra en el art. 2468 (casi dos mil artículos después de la primera), bajo el Título IV “De las obligaciones derivadas de los actos ilícitos”, y es la culpa extracontractual o aquiliana, o culpa *in abstracto*.

Para graficar el concepto, bien vale la comparación de ambas definiciones mediante el siguiente cuadro:

Culpa contractual o <i>in concreto</i>	Culpa extracontractual o <i>in abstracto</i>
Art. 843, segundo párrafo:	Art. 2468, primer párrafo
<i>La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.</i> ⁴³	<i>La culpa extracontractual consiste en la omisión de los cuidados que en presencia de las circunstancias hubiera empleado una persona prudente y razonable, y con los cuales se habría evitado el hecho dañoso. No la habrá si el hecho perjudicial no era previsible, o si previsto no podía evitarse.</i> ⁴⁴

De ambas enunciaciones puede observarse en forma diáfana que DE GÁSPERI optó por un sistema *fuertemente* dualista de responsabilidad civil. Hay un sistema de responsabilidad contractual (en el cual se mide la culpa del deudor en forma concreta) y un sistema de responsabilidad extracontractual (en el cual la culpa se mide más bien en forma abstracta, desde el punto de vista de la “persona razonable” o “*reasonable person*”).

Todavía más: DE GÁSPERI defiende con bastante firmeza su tesis dual, por lo que no debe pensarse que hubo un desliz o descuido por parte del jurista en su ciclópea tarea de armar el *Anteproyecto*. Tales así que DE GÁSPERI explícitamente defiende esta dualidad, acudiendo para ello al gran jurista argentino BIBILONI, al tiempo de ir expresamente en contra de VÉLEZ SARSFIELD y la prestigiosa Comisión de Reformas del Código Civil que redactó el Proyecto de Código Civil de 1936.

Dice DE GÁSPERI en la extensa (y jugosa) apostilla a su art. 2468:

Admitiendo que la culpa consista en un error de conducta, como la conciben los hermanos León y Henri MAZEAUD y GENY, en cuanto el agente que en ella incurre ha causado daño injusto en violación de una obligación o de una prohibición legal por no haber medido con certeza y

⁴³ Es interesante apuntar que DE GÁSPERI repitió esta definición en su *Anteproyecto*; la incluye el artículo citado arriba y también el art. 798, del cual me ocuparé más adelante; en especial, por incluir la referencia a la denominada “culpa profesional”.

⁴⁴ Nótese de paso que la redacción original del *Anteproyecto* habla de “opinión” y no de “omisión”. Se trata de un evidente error tipográfico, que he corregido en el texto arriba.

seguridad las consecuencias probables de sus actos, queda por saber si su apreciación debe hacerse in concreto, como lo preceptúa nuestro art. 843 segunda parte, trasiego del art. 512 del C. Argentino, relativo a la culpa contractual, de suerte que los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la convención dependen de la apreciación que al juez inspiren la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, consideraciones por donde se podría llegar al extremo de eximir al deudor de toda responsabilidad, o si por el contrario debe la culpa apreciarse in abstracto por comparación del homo diligens, cuidados, exacto, y preguntarse cómo éste se habría conducido en análogas circunstancias.

VÉLEZ SARSFIELD que, al disciplinar la culpa contractual, desechó la clasificación de los tres clásicos grados de la culpa in abstracto del Derecho francés, y optó por la idea unitaria de ella, tal como lo dispone el art. 512 de su Código, análogo al art. 1104 del Código español, omitió referirse a la culpa extracontractual o aquiliana, al tratar de los actos ilícitos, como si a su juicio debiera aplicarse la noción de la culpa in concreto a toda clase de relaciones jurídicas.⁴⁵

Nótese, en la última frase, una suerte de reproche de DE GÁSPERI a VÉLEZ: ¿cómo aplicar la noción de la culpa *in concreto* a la responsabilidad extracontractual? Esto le parece inconcebible a DE GÁSPERI, razón por la cual defiende la postura de BIBILONI de definir a la culpa extracontractual *in abstracto* en forma distinta a la tradicional definición veleziana “de la naturaleza, el tiempo y del lugar” del cumplimiento de la obligación. Y es que la Comisión de Reforma que realizó el Proyecto de Código Civil de 1936 – Proyecto de gran valía intelectual y de importante influencia en nuestro Código – decidió separarse nuevamente de la idea de BIBILONI de dos “culpas” y decidió unificar a ambas culpas bajo la culpa *in concreto* del art. 512 de VÉLEZ.

DE GÁSPERI estaba tan convencido del acierto de BIBILONI en prever dos regímenes de culpa – y del consecuente error de VÉLEZ y la Comisión de 1936 – que ante una crítica efectuada por el jurista argentino Colombo a BIBILONI por este tema, el propio de Gásperi sale en defensa de éste y en contra de aquél:

La reforma esbozada por BIBILONI le valió la censura de parte de COLOMBO por incurrir en una contradicción doctrinal, crítica que no podemos compartir, porque, aún cuando la culpa contractual y la extracontractual conduzcan a la reparación del perjuicio causado en violación de una obligación o de una prohibición legal, dado que ambas constituyen actos ilícitos, y la indemnización debida en ambos casos es por su naturaleza pecuniaria, tanto que para PLANIOL y SALEILLES la distinción entre ambas culpas es una mera “ilusión”, la verdad es que en el orden procesal el acreedor de una obligación contractual no tiene necesidad de producir la prueba de la culpa de su deudor, sino justificar su contrato y acusar de incumplido a éste, para obtener su condenación al pago de los daños y perjuicios; al paso que la víctima de un daño delictivo o cuasi delictivo debe probar la culpa o el dolo del agente del hecho, porque, en este orden de ideas, ni el dolo ni la culpa se presumen. Como lo hemos destacado bajo el No. 1266 del t. II de nuestro Tratado de las Obligaciones, BARTIN, discrepante de PLANIOL sostiene que no hay manera de borrar la diferencia entre ambas culpas, porque si la culpa contractual es regida por los arts. 1150 y 1151 del C. Francés, en cuanto el deudor incumplido no responde sino de los daños e intereses previstos o que han podido preverse, sin poder exceder de lo que sea consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento del contrato, la reparación debida por el agente del hecho ilícito, delito o cuasidelito, es integral del perjuicio.⁴⁶

⁴⁵ Ver DE GÁSPERI, *Anteproyecto* pag. 768.

⁴⁶ DE GÁSPERI, *Anteproyecto*. pag. 768.

Este párrafo citado es esencial para definir la postura de DE GÁSPERI con respecto a la dualidad fuerte del sistema de la responsabilidad civil.⁴⁷ No se le escapará al estudioso de la responsabilidad civil que en la época en la cual DE GÁSPERI estaba redactando su *Anteproyecto*, la tesis de la dualidad de las culpas era minoritaria (por no decir que ya tenía un carácter casi histórico), sirviendo como ejemplo fundamental de la posición unitaria el monumental *Traité* de los hermanos MAZEAUD⁴⁸ – a quienes, como se ha visto, DE GÁSPERI leyó y conocía a profundidad. Vale decir, no se trata de un mero desliz del jurista paraguayo: su dualidad es intencional, y está fundamentada en forma bastante profusa.

¿Es correcta o no la posición DE GÁSPERI, de incluir dos concepciones de la culpa en un solo cuerpo normativo?

En este punto todavía no nos expediremos sobre el fondo de la cuestión, es decir, sobre si ambas concepciones de la culpa son inconciliables (intuiré una posición en el Movimiento 6, *infra*).

Sólo me limitaré, para concluir el presente Movimiento, a señalar que el sistema de responsabilidad civil del *Anteproyecto* es absolutamente “dualista”, en el sentido más “fuerte” posible: existe por expresa declaración de su autor una “dualidad” de culpas, y por tanto, un régimen de responsabilidad civil para incumplimiento contractual y otro para los actos ilícitos.

5. Quinto movimiento: La culpa en nuestro Código Civil de 1987

Esta última conclusión podría llevar a más de uno a pensar que, como el *Anteproyecto* es fuertemente dualista, sin dudas el Código Civil de 1987 también debe serlo. Por supuesto que no. Justamente uno de los errores más usuales que puede escucharse sobre nuestro Código Civil es la afirmación que el mismo está basado, casi absolutamente, en el *Anteproyecto* que había redactado DE GÁSPERI. Si bien el *Anteproyecto* fue tenido sin dudas como base importante del Código, no puede hesitarse ni por un instante que el resultado definitivo es manifiestamente distinto al que había previsto DE GÁSPERI originalmente.

En efecto: el Código Civil Paraguayo es en realidad un agregado multiforme de fuentes tan heterogéneas que es imposible adscribirlo a “la única fuente” (en este caso el *Anteproyecto*), como comúnmente se hace. La gran diferencia en el número de artículos (el *Anteproyecto* tiene 781 artículos más) debe servir ya como un primer indicio que las cosas no son tan sencillas. Pero esto es, por supuesto, sólo un indicativo menor. Existen diferencias *estructurales* de gran importancia entre el Código vigente y el *Anteproyecto*, en la forma de concebir los institutos, en artículos claves que fueron insertados posteriormente, en conceptos lógicamente opuestos a los acogidos por DE GÁSPERI. Por eso, parece mucho más acertado apuntar con José Antonio MORENO RODRÍGUEZ que

⁴⁷ Aunque el *Anteproyecto* – como todo cuerpo normativo extenso – no está exento de contradicciones. En su nota al art. 843 DE GÁSPERI dice que “en principio”, no hay diferencias entre la culpa contractual y la extracontractual (aunque en esa misma nota vuelve a distinguir a ambas culpas).

⁴⁸ Que como ya se dijo fue traducido al español (*supra* n. 23), si bien no está demás apuntar que DE GÁSPERI cita el original francés.

el Código reconoce (en verdad) una diversidad heterogénea de fuentes... el Anteproyecto DE GÁSPERI ha tenido menos influencia en el texto definitivo del Código Civil de lo que pudiera parecer, si se considera que ha sido tomado como base para los trabajos de la Comisión Nacional de Codificación, la cual, sin embargo, modificó un importante número de sus artículos.⁴⁹

En pocos lugares puede notarse la diferencia que existe entre el *Anteproyecto* y el Código final como en la responsabilidad civil; existen contrastes que son verdaderamente fundamentales. Aquí no podré apuntar quisquillosamente todas estas diferencias en detalle⁵⁰, pero si me voy a detener en una que nos compete directamente en este ensayo: la concepción de la culpa.

En materia de la culpa, hubo un rechazo expreso y tajante por parte de los codificadores al dualismo radical que había incorporado DE GÁSPERI, y muy especialmente, a la adopción del criterio abstracto de la “persona razonable” (llegado del *common law* inglés) como parámetro para determinar si hubo o no negligencia en sede extracontractual. A diferencia del *Anteproyecto*, el Código acogió un concepto unitario de la culpa, y no fue éste el modelo abstracto utilizado en la mayoría de los códigos continentales (Francia, Alemania, España, etc.), sino el modelo *in concreto* que nos había regido ya durante los 110 años de vigencia de VÉLEZ SANSFIELD en el país.

Así, el Código actual dispone en el art. 421

Habrá culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.

Este artículo, a su vez, debe ser leído en conjunto con otro que, si bien está más de 1.000 artículos más adelante, lo complementa de forma tal a que cubren una situación normativa única. Me referimos al art. 1855 del Código:

Para apreciar la culpa o el dolo del responsable del daño, así como para la liquidación de éste, se aplicarán, en cuanto sean pertinentes, las normas de este Código sobre incumplimiento de las obligaciones provenientes de los actos jurídicos.

Todo esto amerita más de una observación.

En primer lugar, la obviedad que se incorporó una sola noción de la culpa, y no dos, como había previsto originariamente DE GÁSPERI. El primer artículo consagra la regla adoptada, mientras que el segundo, el 1855, tiene especial relevancia, desde que expresamente establece una concepción unitaria de la culpa (a diferencia de lo que había hecho DE GÁSPERI), a ser apreciada desde el punto de vista del art. 421 en ambas sedes: contractual y extracontractual.

Y, por último, debe notarse que cuando se decidió por una de las dos concepciones, se decidió por la de la culpa *in concreto* de VÉLEZ y no la *in abstracto*, que, en este caso, reconocía la inspiración anglosajona.

⁴⁹ La preponderancia de una u otra fuente depende del sector del Código que se encare. El estudio general todavía está por hacerse. Ver en general las interesantes observaciones en José Antonio MORENO RODRÍGUEZ, *Cláusulas Abusivas en los Contratos*, Edit. Intercontinental, Año 1999, pag. 19 y sgts.

⁵⁰ Ver n. 39, *supra*.

No existe, hasta donde sepa, una justificación de porqué ello fue así; es decir, porqué hubo un abandono a DE GÁSPERI y porqué se adoptó una concepción de la culpa por sobre la otra.

Lo único que queda, entonces, es el terreno de la conjetura, de la hipótesis.

Aquí aventuraré una, para intentar explicar porqué no fue incorporada la noción abstracta de la negligencia. Quizás, a los codificadores les pareció que optar por una concepción de la culpa tan extraña a nuestra tradición como en este caso es la inglesa (“*reasonable person*”, la persona razonable) hubiese sido demasiado, y, dada nuestra cercanía jurídica con la argentina, se prefirió optar por la fórmula tradicional nuestra para evitar una disrupción demasiado intensa en el sistema. El peso de la tradición centenaria pudo más.

En el próximo movimiento me voy a detener un tanto más sobre este punto; vale decir, sobre cuál concepción de la culpa debería de haber sido acogida. En lo restante de éste, por otro lado, escudriñaré un poco más sobre el concepto de culpa que fue adoptado finalmente.

En primer lugar, debe destacarse la ubicación del artículo, desde el punto de vista de la técnica legislativa. Lo usual en otros sistemas de derecho comparado es que, al haberse adoptado un concepto de la culpa, éste sea el de la culpa extracontractual, y que luego se lo aplique por extensión a la responsabilidad contractual. Un buen ejemplo de ello es lo que sucede con el *Codice* de Italia de 1942, en donde la regla extracontractual del “buen padre de familia” fue extendida a situaciones contractuales.⁵¹

En el Código nuestro, sin embargo, las cosas se dan exactamente al revés.

La definición de la culpa no aparece en lo atinente a la responsabilidad extracontractual (ello sería en el Libro III, arts. 1833 y sgts.) sino que lo hace en el Libro II, en el título referido a las obligaciones en general. Específicamente, se incorpora a la definición de la culpa en lo referente a los efectos de las obligaciones en general, como algo aplicable a todas las obligaciones, incluyendo a las nacidas desde la órbita extracontractual. De ahí que, en virtud al art. 1855, esta definición contenida en lo referente a las obligaciones en general, será aplicable a la estimación de los daños y perjuicios causados en sede aquiliana.

Una segunda cuestión que debe ser apuntada es que no se corrigió el defecto gramatical que había planteado ya la doctrina argentina con relación a la defectuosa redacción de este precepto, *rectius*, la utilización de la palabra “diligencias” en lugar de “diligencia”. Como explica el Prof. BUERES,

El art. 512 se refiere a las “diligencias” que omitió el deudor, y esta expresión es objetable, pues debió aludirse a la “diligencia”, en singular. Efectivamente, la palabra “diligencia” quiere decir “cuidados”, en tanto que “diligencias” – en plural – significa “tramitaciones”. El art. 1104 el Cod. Civil español, en su apartado primero reconoce como fuente nuestro art. 512, pero habla de diligencia – correctamente – del mismo modo que lo hacía el art. 569, 2ª parte, del Proyecto de 1936.⁵²

⁵¹ Ver Giovanna VISINTINI, n. 30, *supra*.

⁵² BUERES, n. 5, *supra*, pag. 345.

Se trata, por supuesto, de una cuestión menor, de un desliz legislativo, que tampoco debe obstar a la correcta interpretación. Queda hecho, en cualquier caso, la salvedad correspondiente.

Por último, debe estudiarse, para cerrar este movimiento, el hecho de si la concepción de la culpa en nuestro Código es una concepción “psicologista” o “psicológica”, en el sentido de juicio de reproche interno respecto de la conducta llevada a cabo por el causador del daño.

Esta es, por supuesto, la concepción más tradicional de la culpa, aquella que la veía como una suerte de “pecado jurídico”, en la gráfica expresión de JOSSERAND. Se trata de una sanción a un sujeto por no haberse comportado en forma adecuada, por haber “pecado” desde el punto de vista, y por tanto, se imponía por sobre todo el análisis de su fuero interno y la correspondiente sanción, a través de la condena de indemnización de daños y perjuicios. En esta concepción de la culpa, se “juzga del acto a través del agente, porque sondea la conciencia de este último y porque no lo condena a la reparación más que si descubre una culpa moral”.⁵³

La idea de la culpa como una suerte de reproche moral, sin embargo, ha sido abandonada hace bastante tiempo, tanto en el derecho penal⁵⁴ como en el civil⁵⁵, y, en éste último, tanto en el ámbito continental como en el *common law*. Es clásica en este sentido la referencia al famoso libro *The Common Law* de Oliver Wendell HOLMES, Jr., quién hacia 1880 ya proclamaba que la culpa se media en forma “objetiva” es decir, desde el punto de vista puramente externo, y no adentrándose en la psiquis del sujeto.⁵⁶ En el ámbito civilista, los hermanos MAZEAUD y TUNC se expidieron en forma igualmente vehemente en contra de la concepción psicológica de la culpa, señalando que

*el juez civil no tiene que escudriñar en conciencias. Debe examinar el acto culposo en si mismo, separado del agente; proceder por comparación, preguntarse lo que habría hecho otro individuo, un tipo abstracto: apreciar la culpa in abstracto.*⁵⁷

En Alemania, MEDICUS explica parecidamente el estado de la cuestión, señalando en forma categórica que la culpa es un concepto “normativo” y como tal la, “definición no sitúa la negligencia en la precaución o cuidado que el deudor individual puede prestar: la negligencia del Derecho civil es objetiva”.⁵⁸

⁵³ MAZEAUD-TUNC, n. 23, *supra*, pags. 77-78.

⁵⁴ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Bosch, 4ª Ed. Barcelona, 1996, pag. 531 y sgts.

⁵⁵ El mejor tratamiento breve – pero profundo – del abandono de las concepciones psicologistas (y las razones subyacentes) es del jurista italiano Luigi CORSARO: “Culpa y responsabilidad civil: evolución del sistema italiano”, en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (Coordinador), *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*, Dykinson, Madrid, 2000.

⁵⁶ Oliver Wendell HOLMES, Jr., *The Common Law*, Back Bay Books, N. York, 1964, pag. 108, el célebre pasaje, en la siempre elocuente prosa holmesiana: “*When men live together in society, a certain average of conduct, a sacrifice of individual peculiarities going beyond a certain point, is necessary to the general welfare. If, for instance, a man is born hasty and awkward, is always having accidents and hurting himself or his neighbors, no doubt his congenital defects will be allowed for in the courts of Heaven, but his slips are no less troublesome to his neighbors than if they sprang from guilty neglect. His neighbors accordingly require him, at his proper peril to come up to their standard, and the courts which they establish decline to take his personal equation into account.*”

⁵⁷ En su *Traité*, n. 23, *supra*, T. 1-II, pag. 75.

⁵⁸ Dieter MEDICUS, *Schuldrecht*, I, Allgemeiner Teil, 8, München, Beck, 1995, 29.

Así, como enseña MEDICUS (con cita de señeros fallos del Tribunal Supremo alemán), ello significa que

*no disculpa de la falta de experiencia de un conductor que tiene el permiso de conducir desde hace un día (BGH Vers R. 1958); o el esfuerzo excesivo y la excitación de un médico operando (BGH Vers R. 1953).*⁵⁹

Hoy en día, ya no existen dudas a nivel de derecho comparado de que el parámetro de medición de la diligencia es objetiva: se compara la conducta externa del sujeto con un *standard* o tipo abstracto, y sólo se lo considera negligente si desde el punto de vista puramente exógeno el mismo no se adecuó al parámetro de medición.⁶⁰ En caso contrario, se estaría efectivamente hacia esa escuela de juristas psicólogos que tanto criticaba el alemán BEKKER (“Dios nos libre de una escuela de civilistas psicólogos”).⁶¹

En síntesis, hace ya tiempo que se ha abandonado a la concepción de la culpa como una suerte de puro “reproche moral”, suplantándola por la concepción “objetiva” de la culpa – entendida como la falta del sujeto en cuestión de haberse ceñido al estándar de conducta aceptado en el tráfico social.⁶²

Dicho esto, sin embargo, debe concederse que el modelo objetivo tampoco es absoluto. Conoce de ciertas excepciones y morigeraciones, y por más de una razón.

En primer lugar, porque ciertas características personales del causante del daño son de hecho tenidas en cuenta por el Código Civil; muy especialmente, su incapacidad mental o física.

Así, el art. 1837 establece que no podrán incurrir en responsabilidad los afectados por “*trastornos generales y persistentes de sus facultades mentales, que les priven de discernimiento*”, e igual cosa dispone para los menores de 14 años. Ello, no obstante a que el art. 1844 vuelve a abrir la puerta para que el incapaz quede obligado a indemnizar si hubiere obrado con “discernimiento” (lo que será una cuestión a resolver caso por caso), y de que el art. 1850, célebremente, permite la “indemnización equitativa” en ciertos casos por daños causados por personas privadas de discernimiento.

⁵⁹ Idem. anterior, pag. 151.

⁶⁰ Cuestión diferente es la distinción que viene haciendo hace tiempo la doctrina alemana sobre el “cuidado interno” y el “cuidado externo”, algo de suma complejidad y que escapa al alcance de este ensayo. Ver el excelente desarrollo de Pablo SALVADOR-María Teresa CASTIÑEIRA, *Prevenir y Castigar*, Marcial Pons, Barcelona, pag. 128 y sgts.

⁶¹ Citado por Guillermo A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, T. II, 8va. Edición, 1984, pag. 71.

⁶² Para todos estos conceptos, nos remitimos a la excelente obra de VAN GERVEN, LEVER y LAROCHE, *Cases, Materials and Text on Tort Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000, en donde se analizan y comparan minuciosamente los principales sistemas de responsabilidad civil de Europa: Inglaterra, Francia, y Alemania; para esta idea, ver específicamente la pag. 302. Asimismo, y todavía más reciente, el artículo de Gerhard WAGNER “Comparative Tort Law”, en la novísima *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2008 (Mathias REIMANN y Reinhard ZIMMERMANN (eds.)), y en donde se matiza un poco más el absolutismo de la posición objetivista, y se realizan muy pertinentes observaciones en las pag. 1028-1029.

La segunda matización se deriva de determinar, una vez que se acepta que el principio es “objetivo” y no “subjetivo”, si ese criterio de comparación se lo debe hacer con un modelo abstracto – como el clásico “buen padre de familia” o “hombre razonable” – o con un modelo concreto – como el deudor del caso en particular, y sus circunstancias personales peculiares. A resolver este problema precisamente está destinado el siguiente movimiento.

6. Sexto movimiento: ¿Culpa “in abstracto” o “in concreto”? : la concepción “tornasolada” de la culpa en nuestro Código Civil

Ya he afirmado más arriba que tradicionalmente se han distinguido entre dos modelos o criterios de apreciación de la negligencia; el primero de ellos conocido como el de la culpa *in concreto*, y el segundo, como la culpa *in abstracto*. La cuestión hace referencia al patrón o tipo objetivo que debe utilizar el juez para comparar la conducta del demandado; es decir, para contrastar si el sujeto al cual se le imputan los daños obró o no en forma negligente (y, por ende, si debe o no abonar los daños y perjuicios correspondientes).

La así llamada culpa *in concreto* atiende, en principio, a las circunstancias propias de la persona, y además, el tiempo, lugar y naturaleza de la ejecución de la obligación contractual. El parámetro sería el deudor en ese caso concreto. La segunda concepción de la culpa, por otro lado, hace referencia a la “culpa *in abstracto*”, en la cual se toma como base no el deudor particular de la obligación, sino más bien un modelo general de “hombre diligente”, “buen padre de familia” o “persona razonable”, y ahí se realiza la comparación para determinar si el sujeto en particular se conformó o no a ese *standard* general.

A estas alturas de esta investigación, no pueden haber dudas de que en nuestro Código Civil se ha optado por la concepción de la culpa “*in concreto*”, ya que, en lugar de la tradicional regla de inspiración romana del “buen padre de familia” - acogida por el *Code* y sus imitadores - se prefirió seguir a VÉLEZ SANSFIELD, quién justamente plasmó la concreción legislativa más acabada de la concepción concreta de la culpa en derecho comparado. Nuestro artículo 421 del Código Civil es, ya se dijo, una copia casi *in litteris* del art. 512 del Código argentino.

Pero, ¿no es esto un error de nuestro Código? ¿No recomiendan todos los sistemas de derecho comparado (salvo el argentino) la adopción de un parámetro abstracto, alejado de los subjetivismos del sujeto en el caso particular? ¿No debe ser el parámetro el del buen padre de familia, o el de la “persona razonable” (como el propio DE GÁSPERI, se ha visto, insistía)?

Esto nos lleva a cuestionar si, efectivamente, el modelo acogido por el Código nuestro es exclusivamente concreto, o si puede de alguna manera hablarse de un concepto abstracto que evite la caída en subjetivismos que sirvan para liberar, o condenar, injustamente a un sujeto en un caso particular.

Se ha dicho, con bastante vehemencia, que ambos criterios de medición de la culpa – el concreto y el abstracto – son discordantes. Así, el jurista español LACRUZ BERDEJO, ha sostenido que los dos criterios son “incompatibles en sus propios términos,

pues cada uno por separado serviría para regular la cuestión”.⁶³ En uno se atendería al tipo abstracto, general, y en el segundo a la persona del deudor individualmente determinado. Uno general, otro particular, no podrían coexistir al mismo tiempo.

Si se siguen estas ideas, parece claro que en nuestro Código sólo existiría el parámetro concreto y nunca podría hacerse referencia al abstracto, por la incompatibilidad evidente. Pero, ¿es ello así realmente?

Atendiéndonos al clásico tratamiento de la materia efectuada por los hermanos MAZEAUD, con André TUNC, uno se vería forzado a llegar a la conclusión afirmativa.⁶⁴ Ello, pues desde esta óptica, la culpa *in concreto* y la culpa *in abstracto* son inconciliables, contrarias, y no pueden ser por ello acogidas al mismo tiempo por un mismo cuerpo normativo.

Pero esta contrariedad es sólo aparente. Si se escarba un poco más la superficie, uno podrá notar que para los tratadistas franceses la noción de culpa *in concreto* necesariamente debe interpretarse como una “noción puramente subjetiva, que (obliga a) sondear el estado espiritual del agente”.⁶⁵

Pero, ¿qué sucede si negamos, *a priori*, que la culpa *in concreto* implique necesariamente un concepto psicologista, como arguyen los MAZEAUD? Precisamente esto es lo que hicimos en el movimiento anterior, en el cual desechamos por arcaica y disfuncional toda concepción puramente psicologista de la culpa. Además, esto es lo que ha venido haciendo, hace ya mucho tiempo, la doctrina argentina con relación al art. 512 del Código de VÉLEZ: ha reconocido que si bien se trata de un esquema *in concreto*, no por ello debe uno convertirse en psicólogo del agente, sino que de ahí puede tratarse un tipo abstraído, que pueda servir como parámetro para juzgar la conducta desde el punto de vista estrictamente “externo” – no “interno”.

Así, se ha dicho que

*La culpa no es sólo un descuido, una incuria, una desatención (mera relación psicológica) – lo que en el Derecho anglosajón se grafica al señalarse que the diligence is a state of mind -, sino que es una conducta (por cierto que calificada).*⁶⁶

Debe aceptarse, entonces, que la culpa *in concreto* no necesariamente lleva a una concepción psicológica de la negligencia.

Resuelta esta cuestión, sin embargo, queda la diferencia que existe entre medir en forma objetiva (i) la diligencia que debió prestar el deudor particular en las circunstancias del “tiempo y el lugar”, que es una cosa, y (ii) la diligencia que debió prestar el buen padre de familia, o la persona razonable, en abstracto, que es otra. Parecería ser que todavía estamos ante dos nociones claramente contradictorias.

Pero ello ocurre, nuevamente, sólo en apariencia.

⁶³ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 1º, Madrid, 1999, pag. 171.

⁶⁴ MAZEAUD-TUNC, n. 23, *supra*, pag. 71 y sgts.

⁶⁵ *Idem.* pag. 75.

⁶⁶ BUERES, n. 5, *supra*, pag. 330, si bien concluye señalando que en realidad se trata de una posición intermedia, ya que existe una parte normativa y otra psicológica, por lo que el concepto de culpa es de índole “psicológica-normativa”.

En realidad, y como se verá seguidamente, ni los sistemas clásicamente “in abstracto” como Francia o Italia, ni los sistemas clásicos del “in concreto” como la Argentina, son “puros”, en el sentido que aplican a rajatabla y sin contaminación uno solo de los dos principios en la *praxis judicial*. Ello resulta difícil – por no decir imposible.

Ya hace muchos años ese gran jurista argentino que fue Alfredo COLMO había perspicazmente notado esto, en galana prosa que requiere cita *in extenso*:

*Parece que hay como una antinomia entre ambos criterios: el primero, general, rígido, más de una vez injusto, etc.; el segundo, individualizado, variable en todos los casos, ajustado a las contingencias ambientales, etc. Sin embargo, no corresponde exagerar tal oposición, que lo es más en las palabras y en los principios escritos que en la realidad. El tipo del padre de familia o del comerciante honesto y leal puede ser forjado con arreglo a las circunstancias sería difícil que un juez sensato pretendiera que en nuestro país puede haber un tipo inmutable, que deba conducirse de igual suerte en Buenos Aires, o en las montañas de Catamarca o Jujuy. Además, la apreciación concreta siempre supone un principio de fondo que la oriente: ¿cuándo dirá un juez que en tal o cual situación ha habido culpa de parte de un obligado, sino cuando vea que en esa situación se ha incurrido en omisiones o imprevisiones indisculpables? Pues bien, lo indisculpable de tales omisiones o imprevisiones no puede resultar sino del juicio comparativo que se establece, hasta sin pensarlo ni quererlo, con relación a lo que en dicha situación hubiera hecho (o no hecho, según los casos) el término medio de los individuos, el común de la gente, precisamente porque las leyes son hechas no para lo excepcional sino para lo que es de regla, sin perjuicio de que se las acomode luego a las contingencias que correspondan. De ahí que, en definitiva, no haya diferencia fundamental entre los dos criterios, sabiéndose aplicarlos. Y de ahí que ambos se complementen recíprocamente.*⁶⁷

A la luz de éstas, valga la redundancia, lúcidas palabras, la doctrina argentina se comenzó a plantear si la distinción es, efectivamente, tan importante como algunos suponen. Porque más que oposición insuperable, parecería ser que, efectivamente, ambos criterios se mezclan o retroalimentan en sede judicial.

Construyendo sobre estas sólidas ideas, el respetado jurista argentino Alberto BUERES ha realizado una profunda reconstrucción interpretativa del sistema del art. 512 del Código de Vélez (plenamente aplicable a nuestro art. 421), que termina conjugando ambos criterios de evaluación.

En este análisis, existirían dos momentos en el razonamiento del juez para determinar si existió o no una conducta negligente, a saber:

- (i) en un primer momento se toman en consideración las circunstancias personales del sujeto, del tiempo y del lugar (por ej: un conductor de ómnibus manejando a plena luz del día y pasando una esquina concurrida), y
- (ii) luego se pasa a construir un modelo abstracto a partir de esa figura, para contrastar la conducta del demandado con ese *standard* o “constructo” realizado por el juez (que haría un conductor de ómnibus razonable, o diligente, o bueno – no el mejor ni el peor – en esas circunstancias).

⁶⁷ Alfredo COLMO, *Obligaciones*, Edit. Kraft, Buenos Aires, pag. 84. En igual sentido se expresa, en otro sistema jurídico, el jurista colombiano JAMAYO TARAMILLO, en su *De la Responsabilidad Civil*, Edit. Temis, Bogotá, pag. 182, y nuevamente en la Argentina, más recientemente, TRIGO REPRESAS-LÓPEZ MESA, *Tratado*, n. 21, *supra*, Tomo I, pag. 723.

De este doble análisis debe salir, a la postre, la decisión del juez en sentido afirmativo o negativo.

Como explica certeramente BUERES:

*La culpa se aprecia inicialmente en concreto, sobre la base de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, tiempo y lugar... Con estos elementos concretos, el juez conformará un tipo abstracto de comparación, flexible, circunstancial, específico, que represente la conducta que debió obrar el agente en la emergencia. Y de la confrontación entre el actuar real y el actuar debido (idealmente supuesto) surgirá si hubo o no culpa.*⁶⁸

Este análisis, que considero plenamente correcto, es aplicable por supuesto al derecho paraguayo. Y se ve que, en el curso del mismo, se borran los márgenes de la tajante distinción teórica “abstracto/concreto”, pues ni uno ni el otro pueden existir por separado en forma químicamente pura, como bien percibe BUERES (que, no es coincidencia, es un destacado camarista en la Argentina). Así las cosas, no existiría la tan mentada dualidad tajante, aproximándose la concepción veleziana de la culpa a la tradicional romana, algo que también nota el prestigioso autor argentino:

*Esta manera de individualizar la culpa a partir de elementos concretos, es muy similar al criterio abstracto propiciado en algunos cuerpos de leyes y por cierta opinión doctrinal. Esto obedece a que el punto de vista subjetivo, que es el hito inicial en el sistema del Código... en manera alguna desdeña el dato objetivo, al igual que sucede, con mayor o menor ajuste, en los sistemas abstractos que inexorablemente tienen en cuenta elementos concretos.*⁶⁹

Aquí, al final, el jurista argentino da en el clavo jurídico, pues ello es efectivamente así: si se repasan las obras doctrinarias más prestigiosas, y, asimismo, los fallos de los tribunales superiores de países que han acogido el sistema abstracto – Italia, Francia, o Alemania – puede notarse con claridad que los jueces, en forma inevitable, inexorable y hasta inescapable, recurren una y otra vez a circunstancias particulares “de la naturaleza de las personas, el tiempo y el lugar”.⁷⁰

Esto quiere decir que el sistema originalmente concreto, en algún momento (que aquí se lo ha denominado como segundo estadio del análisis más arriba) necesariamente recurre a un tipo abstracto, mientras que el sistema abstracto, en algún momento de su raciocinio, recurre por necesidad al sistema concreto. Hay una diferencia mínima, por no decir, *identidad sustancial*, más allá del nominalismo que rodea la cuestión.

Para volver a la cuestión original que suscitó este movimiento: ¿cuál criterio, en suma, debe entenderse como incorporado a nuestro Código Civil?

Pues bien, puede concluirse con BUERES que nuestro sistema de culpa es verdaderamente “mixto”, es decir, “concreto-abstracto”.⁷¹

O, en las palabras más poéticas de MOSSET ITURRASPE, nuestro derecho (al igual que el argentino), tiene una concepción “*tornasolada*” de la culpa⁷², que a la par de

⁶⁸ BUERES, n. 5, *supra*, pag. 346.

⁶⁹ Idem. anterior.

⁷⁰ Ver, por todos VAN GERVEN, n. 62, pag. 310 y sgts (con profusa referencia explícita al derecho francés, italiano, alemán e inglés).

⁷¹ BUERES, n. 5, *supra*, pag. 346.

permitir la mayor flexibilidad posible al juez en el análisis de los casos que ante él se le presentan.

Estamos, en consecuencia, ante una feliz concepción de la culpa, que permite al juzgador – que siempre debe actuar con la debida *jurisprudencia*⁷³ – entender si en un caso determinado ha existido o no culpa. El sistema del art. 421 del Código le autoriza al juez a valorar con flexibilidad si en el caso concreto se ha actuado o no como un “médico diligente” (que no es ni el peor ni el mejor médico), sin necesidad de crear una nueva figura especial, como la polémica figura de la responsabilidad profesional.⁷⁴

Esta concepción “tornasolada” de la culpa evita justamente el mayor problema que tienen los países que han incorporado el criterio objetivo abstracto del “buen padre de familia”, como recuerda la notable jurista Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI (al referirse específicamente al derecho italiano):

*No podemos dejar de enaltecer la sabiduría de VÉLEZ SANSFIELD, quien en el siglo XIX acuñó la fórmula casi perfecta del art. 512 (equivalente al 421 nuestro) del Código Civil, que al admitir la valoración en concreto, permite atender a todas las particularidades, posibilidad al parecer vedada al intérprete italiano (que tiene una pauta abstracta, “el buen padre de familia”).*⁷⁵

Aquí no estaría demás agregar, para abonar lo que se está sosteniendo, que incluso en un sistema en el cual realmente existió un desliz fundamental, esta duplicidad de concepciones de la culpa no llevó al colapso del sistema, ni mucho menos. Me refiero al conocido caso del Código Civil de España, que por un *lapsus* de su codificador incorporó, ¡en un mismo artículo, el 1104!, a ambos criterios: el del buen padre de familia y el de VÉLEZ. Esto no ha impedido, por supuesto, que la doctrina y jurisprudencia hayan armonizado correctamente para poder aplicarlos razonablemente en la práctica.⁷⁶ Como explica el Prof. YZQUIERDO TOLSADA – en palabras que podrían adoptarse al criterio mixto que propone BUERES – la cuestión funcionaría de la siguiente forma:

*El deudor ha asumido la obligación desde su condición de experto, de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas se deducirá como patrón de medida la diligencia del buen profesional... Pero atendiendo a las circunstancias del tiempo y lugar, no se exigirá la misma diligencia al piloto que atraviesa el Atlántico con unas condiciones meteorológicas óptimas que al que lo hace bajo los efectos del ciclón caribeño, ni al cirujano que opera en perfectas condiciones de asepsia en el quirófano que al que se ve obligado a intervenir en el cuerpo de un accidentado sobre la cuneta de una carretera.*⁷⁷

Y, en definitiva, la pregunta será, siempre (más o menos la siguiente): “¿qué diligencia prestaría un hombre recto y cabal si fuera un piloto de líneas aéreas (o cirujano, o abogado) colocado en tales circunstancias de tiempo y lugar?”

⁷² Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por Daños*, T. I, Edit. Rubinzal Culzoni, pag. 72. Ya un jurista alemán, HAFFERBURG, había dicho que el concepto es “tornasolado, pues cambia de color según desde donde se le mire”. Citado por Jaime SANTOS BRIZ, *La Responsabilidad Civil*, Montecorvo, Madrid, 1993, 7ma. Edición, Tomo I, pag. 48.

⁷³ El sentido verdadero de esta palabra será discernido *infra*, en el 9no. movimiento.

⁷⁴ Ver *infra* Movimiento 8.

⁷⁵ En su prólogo a la obra de Giovanna VISINTINI, n. 30, *supra*, pag. XI (agregado parentético mío).

⁷⁶ Magistral el trabajo ya mencionado de BADOSA COLL, n. 5, *supra*, pags. 274 y sgts.

⁷⁷ YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Edit. Dykinson, Madrid, 2002, pags. 226-27.

Estas palabras son precisas para concluir este movimiento y pasar al siguiente. Pues: una vez que se admite que la culpa es un fenómeno “normativo”, es decir, objetivo y no subjetivo (como se ha venido haciendo aquí), para muchos es natural que la fórmula para medirla en la *praxis* judicial deba ser, ni más ni menos, que la del famoso Juez norteamericano Learned HAND.

7. Séptimo movimiento: Sobre la aplicabilidad de la fórmula de HAND en nuestro derecho

Efectivamente: no son pocos los autores que han entendido que el abandono de las concepciones subjetivistas de la culpa y la adopción de una noción “objetiva” de la misma lleva, a la larga y necesariamente, a la adopción de la de la famosa “*fórmula de HAND*”⁷⁸, para determinar si la conducta del agente fue o no culposa. Un ejemplo paradigmático es el esfuerzo que ha venido realizando el notable Profesor catalán Pablo SALVADOR CODERCH para incluir una noción económica de la culpa en el derecho continental (en su caso, el derecho civil español/catalán). Para este destacado jurista, una cosa - la noción objetiva de la culpa – parece llevar forzosa pero naturalmente a la otra: la adopción de la fórmula de HAND en la evaluación de la responsabilidad civil.

Como en un movimiento anterior de este ensayo se ha rechazado expresamente la noción puramente subjetivista de la culpa, quizás podría argüirse que por ello se ha preparado el camino para la aparición y utilización de la fórmula de HAND en Paraguay.⁷⁹ ¿Es ello así?

Antes de responder a esta pregunta, sería conveniente referir al menos algunos rasgos esenciales de la *fórmula de HAND*. Se trata de una idea matriz del movimiento de “*law & economics*” o del análisis económico del derecho, escuela jurisprudencial que busca aplicar las herramientas de la economía a la dilucidación de los problemas jurídicos. Aquí obviamente no me voy a explayar *in extenso* sobre esta influyente (sobre todo en los Estados Unidos y en algunos países de Europa) escuela iusfilosófica⁸⁰, pero sí me referiré brevemente a la regla de HAND, utilizada por el análisis económico del derecho para dilucidar el concepto de la culpa o negligencia.

Lo primero que debe apuntarse es el aire de paradoja de la regla, pues la idea central del análisis económico de los accidentes se debe no a un exponente del movimiento en sí, sino a un prestigioso Juez americano que desarrolló, años antes del advenimiento de ésta escuela – *avant la lettre* -, lo que actualmente se conoce como “la teoría económica de la culpa”⁸¹, teoría que explica en gran parte el énfasis puesto por los economistas-legales en el aspecto preventivo del sistema (es decir, en el hecho que el derecho de responsabilidad civil debe servir como un instrumento disuasorio para

⁷⁸ Para el análisis económico del derecho en general ver Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown, and Company, 4ta. Edición; o Robert COOTER y Thomas ULEN, *Derecho y Economía*, FCE, México, 1998 (¡cuidado con la traducción!).

⁷⁹ Recientemente ha apelado a la fórmula de HAND para nuestro país Marcos PÉREZ TALIA en su excelente trabajo “Acerca de los daños extracontractuales y su indemnización. Un acercamiento económico”, *Suplemento de Responsabilidad Civil*, (Dirección: Roberto MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ), Revista Jurídica La Ley Paraguaya, Asunción, Febrero 2008.

⁸⁰ Me he extendido más en otro lugar sobre el tema (de hecho, el presente texto recoge algunas ideas ahí expresadas): Roberto MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, “¿Qué es *Law & Economics*... y a quién le importa?”, Revista Jurídica La Ley Paraguaya, Asunción, 2003.

⁸¹ Richard POSNER, “A Theory of Negligence” 1 J. Leg. Stud. 29 (1972).

prevenir accidentes y otros costos sociales ineficientes⁸²). Este Juez, como se adelantó, era Learned HAND, y el caso resuelto, uno de los más conocidos de la historia de la responsabilidad civil: el *leading case U.S. v. Carroll Towing Co*⁸³.

Los hechos del caso fueron los siguientes: la parte demandada *Carroll Towing Co.* era una remolcadora que trabajaba estirando barcazas en el puerto de Nueva York. En un momento dado, empleados de la *Carroll* comenzaron a reajustar las amarras de las distintas barcazas, pero el ajuste fue mal efectuado y una de las chatas, *Anna C.*, se soltó, fue a la deriva, y chocó con otro barco, hundiéndose con toda su carga. En Primera Instancia, la compañía demandada fue hallada negligente y condenada al pago de una indemnización a la propietaria de la barcaza *Anna C.* La *Carroll Towing Co.* apeló la sentencia arguyendo que hubo culpa concurrente de la parte actora, ya que no había previsto la contratación de un “lanchonero”, que, según la *Carroll Towing Co.*, de haber estado al bordo de la barcaza al momento del reajuste de la barcaza, hubiera evitado el accidente. El Juez HAND estuvo de acuerdo con los argumentos del apelante, y en el fundamento de su fallo fijó una fórmula matemática para ayudar a determinar en que casos puede considerarse a una conducta como “negligente”:

De la revisión precedente se concluye que no existe ninguna regla general para determinar cuando la ausencia de un lanchonero u otro asistente hará responsable al dueño de una barcaza por los daños causados a otros barcos si se suelta de sus amarras. Dado que hay ciertas ocasiones en las que cualquier barco se soltará de sus amarras y se convertirá en una amenaza para los barcos cercanos, la obligación del dueño de tomar precauciones contra los daños resultantes es una función de tres variables: 1) la probabilidad de que el barco se suelte; 2) la gravedad del daño resultante en tal caso y 3) la carga de las precauciones adecuadas. Quizá convenga poner de relieve esta noción expresándola en términos algebraicos: si la probabilidad es P, el daño es L, y la carga de precaución es B, la responsabilidad entonces depende de que B sea menor que L multiplicado por P.⁸⁴

En el caso de marras, HAND estimó que el demandante había contribuido al accidente con su propio actuar negligente, ya que “B” – la carga de contratar un lanchonero – hubiese sido menos costoso que el accidente (“L”) y su probabilidad (“P”).

Es decir, siguiendo el razonamiento fijado por HAND, un sujeto será responsable siempre y cuando:

$$B < P \times L$$

O, puesto en palabras: un sujeto será negligente y deberá pagar una indemnización siempre y cuando los costos para evitar el accidente (“B”) sean menores que el daño producido (“L”) y la probabilidad que suceda el accidente (“P”). Cuanto más alta sea la probabilidad del accidente y las pérdidas posibles, más precaución se le debe exigir al sujeto, y viceversa. Esto, a su vez lleva al siguiente corolario: *una persona solo evitará un accidente si le es más barato pagar los costos de prevención*

⁸² Guido CALABRESI, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Boston, 1970.

⁸³ POSNER sin embargo sostiene que el método de HAND, si bien novedoso, no es más que la cristalización de un largo proceso histórico que los jueces americanos venían aplicando desde tiempos inmemoriales (citando al efecto un caso del año 1856). POSNER, n. 78, *supra*, pag. 166.

⁸⁴ Lo cual para el caso de *Carroll Towing* significaba que era más barato para la dueña de *Anna C* pagar a un lanchonero que pagar los posibles daños que pudo haber causado la barcaza suelta en el puerto. El resumen del voto de Hand ha sido extraído de COOTER & ULEN, *Derecho y Economía*, n. 78, *supra*, pag. 400.

que los daños hipotéticos, de lo contrario preferirá obviamente el accidente y la consecuente indemnización ya que esto es más eficiente desde su óptica.

Si bien HAND redactó su voto años antes del auge del *law & economics*, sus cultores no tardaron en entender la lógica económica de la fórmula HAND de la culpa. Si solo se responde por daños en los casos que $B < P \times L$, es claro que el sistema cumple con el objetivo de la eficiencia, que es reducir el costo total de los accidentes. Como dice POSNER, una inversión en la prevención de accidentes significará una reducción marginal en los costos totales de los daños causados por los accidentes. Al sostener que una persona solo será responsable bajo la fórmula de HAND, es decir, cuando no haya tomado las precauciones necesarias para evitar el accidente, el derecho de responsabilidad civil cumplirá inevitablemente con su misión: evitar los accidentes, que son esencialmente ineficientes.⁸⁵

Lo verdaderamente fascinante de la regla de *HAND* es el hecho que parece resolver, con una exacta y simple fórmula matemática, uno de los problemas más insolubles de la responsabilidad civil: determinar, con cierta precisión, en qué casos un tribunal considerará que hubo culpa, y en qué casos no. Como el concepto de la “culpa” es un concepto “indeterminado” – pues, como ya se dijo, sus contornos son en extremo borrosos y vagos – la fórmula viene a aliviar uno de los dolores de cabezas más grandes que han tenido los jueces y juristas para saber cuándo una conducta debe ser negligente y cuándo no. El juez sencillamente tiene que realizar un cálculo en base a los hechos del caso, y determinar si la carga (“B”) era menor que la posibilidad del accidente y el daño; si ello es así, el causante del daño deberá ser tenido por responsable.

No se puede dudar que la fórmula de HAND provee un modelo extremadamente atractivo, especialmente en nuestra época científicista que busca resolver todo problema mediante la solución puramente “científica”⁸⁶ – en este caso, la económica. Tampoco puede negarse que se trata de una herramienta sumamente interesante para determinar si hubo o no negligencia, es decir, si no se atendieron los patrones mínimos de corrección en el tráfico social. Y, no puede negarse asimismo que otro gran aporte de esta concepción radica en el hecho que pone de manifiesto que no puede exigirse, irracionalmente, la toma de precauciones infinitas para evitar accidentes; ello supondría,

⁸⁵ Y el sistema obligará así a los particulares a “internalizar sus externalidades”. Buena exposición de HANSON y HART, “Economic Analysis of Law” en Dennis PATTERSON *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 1996, pag. 313. La atención del análisis económico de la responsabilidad civil en consecuencia se ha vertido hacia la función de “*deterrence*” o disuasoria, en contrapartida a la función netamente *compensatoria* que se le da en los sistemas civiles: mientras las normas de la responsabilidad civil no fijen incentivos para que las personas tomen las suficientes precauciones y se disminuyan así el número de accidentes, el mismo es inaceptable desde el punto de vista económico. Ver nuevamente el ya citado trabajo de SALVADOR CODERCH, n. 60, *supra*, para una defensa de esta idea, y una polémica imperdible con el civilista Fernando PANTALEÓN PRIETO, en su singularmente brillante artículo “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual” en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (coord.), *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*, Dykinson, 2000.

⁸⁶ El científicismo implícito del análisis económico del derecho es notado agudamente por James GORDLEY en su excelente trabajo “Tort Law in the Aristotelian Tradition”, en David OWEN (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, OUP, Oxford, 1995, pag. 147. La tesis que la modernidad jurídica exige equivocadamente puntos de vistas “científicos” no la podré defender *in toto* aquí, por lo que remitiré al lector a un artículo que en forma breve pero profunda presenta a la tesis del derecho como razón práctica (contrapuesta a la razón teórica/científica): la fantástica nota de Steven BURTON, “Judge Posner’s Jurisprudence of Skepticism”, 87 Mich. L. Rev. 710 (1988-1989).

claro está, la imposibilidad del tráfico social y de la realización de emprendimientos económicos de envergadura (pues, muy pocas empresas invertirían ya que buena parte de su inversión iría a la prevención de accidentes). Esta lección es de suma relevancia especialmente en nuestro país, cuyo sistema jurídico no se caracteriza precisamente por su eficiencia económica.

Esto último supone, por tanto, un correctivo especialmente útil para los sistemas del derecho continental, en donde muchas veces se asume que las partes deben realizar todos los costos imaginables para evitar un accidente. Así, SALVADOR CODERCH recuerda (y critica) la idea de la jurista española Encarna ROCA – compartida por la mayoría de los civilistas – según la cual “hay que poner toda la diligencia precisa para evitar el accidente”, es decir, evitar el accidente a toda costa, a cualquier costo.⁸⁷ Pero esta regla aplicada en forma absoluta puede llevar, en algunos casos, a soluciones no del todo sensatas (y a entorpecer el crecimiento económico de un país).

Reconocido todo esto, tampoco debe caerse en el error de enamorarse de la simpleza matemática de la fórmula de HAND. No todas son rosas; hay muchas espinas también.

En primer lugar, la fórmula de HAND supone que se puede aplicar un criterio cuantitativo a un objeto que es, en principio, inconmensurable. Esto es algo que el propio HAND notó en su fallo, pero que sus seguidores en el análisis económico del derecho repetidamente olvidan. Como se ha venido explicando con solvencia y contundencia en el ámbito de la filosofía moral y política en los últimos años, la inconmensurabilidad de los bienes humanos presenta problemas insalvables para este tipo de “balanceo” o “mixtura” de intereses hecho de una forma tan simple y calculadora.⁸⁸ Si bien la cuestión amerita mayor profundización, es innegable que los economistas no han tomado demasiado en serio al grave dilema que supone la inconmensurabilidad para un “balanceo” cuasi-científico como el que proponen los analistas económicos de la negligencia.

Pero, lo que es más importante, debe recordarse con el maestro Tony HONORÉ que la búsqueda de la eficiencia, de la maximización de la riqueza, y de la prevención de accidentes, debe siempre hacerse *dentro de parámetros moralmente defendibles*.⁸⁹ Vale decir, no se debe supeditar todo a la economía - incluso la moral y la más elemental justicia -, sino que más bien las cosas deben ser al revés. O, para ponerlo en palabras de un notable jurista de raigambre aristotélica: “los principios de los economistas sólo dejan de llevar a resultados absurdos si se asume que las preferencias de los individuos han sido formadas con la virtud de la prudencia, y que el dinero en la sociedad ha sido distribuido en forma justa”.⁹⁰

⁸⁷ SALVADOR CODERCH, n. 60, *supra*, pag. 135.

⁸⁸ La crítica de la inconmensurabilidad a la que se hace referencia el texto puede encontrarse en John FINNIS, *Natural Law*, n. 17, *supra*, especialmente el Capítulo VI, o en Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, OUP, Oxford, 1986. Ambos autores dejan en claro que la inconmensurabilidad de los bienes humanos (o valores) hace imposible o irracional toda propuesta consecuencialista *tout court*, como la que en el fondo propone el análisis económico del derecho (al menos en sus formas no matizadas). Véase también la interesante crítica de Jules COLEMAN al libro de Steven SHAVELL y Louis KAPLOW, *Fairness vs. Welfare*, Harv. Univ. Press, Cambridge, 200, en su recensión “The Grounds of Welfare”, 112 Yale L. J. 1511.

⁸⁹ Tony HONORÉ, *Responsibility and Fault*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pag. 68.

⁹⁰ GORDLEY, n. 86, *supra*, pag. 150.

Esto, claro está, no sucede en la actualidad ni sucederá en un futuro previsible.

Por ello, no podrá divorciarse nunca, al menos en forma absoluta, a una institución legal de la idea de la justicia. Un concepto economicista *tout court* de la culpa es, desde este punto de vista, algo irrazonable.

Pero, por otro lado, como también recuerda HONORÉ, si bien la eficiencia no es el valor supremo del ordenamiento, si es uno de los valores que un sistema jurídico debe satisfacer o intentar satisfacer⁹¹, ya que, “si todo es ineficiente, nada puede ser justo”.⁹² Así, con las debidas matizaciones, debe reconocerse que la fórmula de HAND es una herramienta importante (¡no la única!) a la hora de definir el concepto de culpa, y especialmente los deberes de cuidado exigibles, pues “no pueden imponerse todo tipo de costos de prevención sin tomar en consideración los efectos perniciosos que ello puede producir”.⁹³

Pero esto último debe hacerse, siempre, con los *caveats* “morales” (por decirlo de un modo) que he indicado arriba.

8. Octavo movimiento: La culpa profesional: ¿existe en nuestro Código?

Otra cuestión que ha exigido la atención de la literatura sobre responsabilidad civil es la así llamada “culpa profesional”. Nuestro Código Civil, a diferencia de otros cuerpos legales no ha incorporado explícitamente la figura de la “culpa profesional”. Sucintamente: ¿es ello una equivocación?

Antes de responder a esta pregunta, quizás convenga mencionar otra sorpresa que depara el estudio del *Anteproyecto* de Luis DE GÁSPERI. Efectivamente, así como había incorporado el concepto de “persona razonable” propio del *common law*, o previsto un sistema radicalmente dualista en cuanto a la responsabilidad civil, DE GÁSPERI incluyó otra innovación (para nuestra cultura jurídica), al insertar expresamente en su normativa el concepto de “culpa profesional”. Sin dudas, estamos ante otra muestra del continuo *aggiornamento* jurídico de DE GÁSPERI.

El principio de la culpa profesional, que puede ser remontado históricamente a los trabajos perennes de DOMAT y POTHIER,

*servía para individualizar una especie de culpa en el comportamiento de quien desarrolla una cierta actividad sabiendo que carece de una adecuada preparación técnica. Se decía que a un profesional, que generalmente es un técnico previsto de determinada especialización, se le debe exigir más de lo que se pide a un particular, esto es, a un individuo cualquiera, porque a aquél se le atribuyen competencias específicas. Por lo tanto, incurre en culpa si, conforme la prueba de los hechos, él se muestra desprovisto de estas competencias.*⁹⁴

⁹¹ HONORÉ, n. 89, *supra*; COLEMAN, n. 88, por su parte señala en los párrafos finales de su artículo (pag. 1543) que toda posición absolutista es inadecuada: “Any theory of the law that would direct us to evaluate our practices by considering only welfare (bienestar en términos económicos) or justice and not the other could do so only by impoverishing the idea of the person. In doing so, it would indict itself more than any critic, sympathetic or otherwise, could.”

⁹² SALVADOR CODERCH, n. 60, *supra*, pag. 18.

⁹³ DIEZ-PICAZO, n. 4, *supra*, pag. 217.

⁹⁴ Ver tratamiento integral y citas en VISINTINI, n. 30, *supra*, pags. 267 y sgts.

DE GÁSPERI se apartó aquí de VÉLEZ, quién no había seguido la idea de incorporar una noción profesional de la culpa. Nuestro jurista, en el art. 798 del *Anteproyecto*, segundo párrafo, estableció el parámetro especial de la culpa profesional:

En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse en relación a la naturaleza de la actividad ejercida.

La fundamentación de su inclusión la da el propio DE GÁSPERI:

*la segunda parte de nuestro art. 798 es coherente con la primera en cuanto permite al juez valorar la culpa imputada al médico, al abogado, al arquitecto, no según un tipo abstracto de comparación, sino de acuerdo con la naturaleza del servicio profesional de que se trata.*⁹⁵

Esto permite determinar lo que era fundamental para DE GÁSPERI: se trata no de un tipo especial de culpa, sino más bien de la infracción de ciertos deberes especiales que cada profesión técnica impone, ya que como señala el Prof. LÓPEZ MESA, “es obvio que quien se desempeña en una profesión debe poseer los correspondientes conocimientos teóricos y prácticos, y obrar con ajuste a las reglas y métodos pertinentes con la necesaria diligencia y prudencia”.⁹⁶

En otras palabras, se trata de acudir no al modelo del “buen padre de familia” o de la “persona razonable” – éste último es el término que había incorporado DE GÁSPERI, como se vio (*supra*, Movimiento 3) sino al del “abogado diligente” o del “buen médico” o “el escribano razonable” (y así sucesivamente).

Dicho esto, puede entenderse mejor porqué DE GÁSPERI incorporó explícitamente la noción de “culpa profesional”. Y es que, al haber acogido (en lo extracontractual) un modelo *abstracto* de la negligencia, la idea de la culpa profesional permite acercarla más a las circunstancias de la persona en concreto, es decir, tomar como factor de valoración la profesión del causante del daño y a partir de ahí determinar si existió o no negligencia. De esta forma, la culpa profesional permite “concretizar” un poco más la culpa “abstracta”, como apunta expresamente DE GÁSPERI en su apostilla precitada. Era esa la función que jugaba en el sistema del *Anteproyecto* la idea de la culpa profesional.

Entonces, parecería ser que la inclusión de DE GÁSPERI de la culpa contractual fue positiva, mientras que su omisión por el Código de 1987, como categoría autónoma, un error.

Las cosas no son así, sin embargo, en la práctica. En efecto, la respuesta sensata debe quedar clara a la luz de lo dicho antes, en el “Movimiento 6” de este trabajo. Ni los sistemas de culpa “in abstracto” ni los de la culpa “in concreto” son, como se vio, absolutistas en la *praxis* judicial, por la sencilla razón que el abstracto debe bajar a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar para llegar a una solución justa, y viceversa, el concreto debe postular un modelo abstracto en algún momento para poder efectuar la comparación de la conducta ideal con la del sujeto que causó el daño.

⁹⁵ Ver *Anteproyecto*, pag. 232.

⁹⁶ LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad Civil de los Profesionales*, LexisNexis, Buenos Aires, pag. 33.

Así, la idea del art. 421 de nuestro Código es precisamente la de atender a la naturaleza de las “personas”, en cuya órbita debe caer, necesariamente, si la persona es o no un profesional, y del “tiempo y lugar”, bajo cuyo ejido debe considerarse incluida la “naturaleza de la actividad ejercida” que DE GÁSPERI propugnó en su propuesta de artículo.

Dicho de otro modo, un entendimiento correcto de la cuestión torna innecesaria o redundante la inclusión de la culpa profesional como tal (si es que la misma en efecto existe, como se ha cuestionado el notable jurista peruano Fernando DE TRAZEGNIES⁹⁷ con sólidos fundamentos), pues el sistema tornasolado y flexible de nuestro Código permite una solución adecuada del tema sin recurrir a tal construcción teórica. A igual solución se ha llegado incluso en sistemas de valoración abstracta de la culpa, como nos recuerda en España DIEZ-PICAZO:

La ausencia de toda relación entre las partes podría hacer pensar que las características generales del sujeto no deben ser tenidas en cuenta. Sin embargo, en nuestra opinión hay que entender que cuando un daño se produce como consecuencia de un comportamiento que se está llevando a cabo profesionalmente, la diligencia que se debió emplear es la profesional (p. ej., el conductor de un autobús o de un camión que tiene un accidente de circulación).⁹⁸

La cuestión, así, se termina por disolver claramente. Lo mismo ha sucedido incluso en el ámbito del *common law*, en donde en el importante caso *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* (a propósito de un caso de responsabilidad médica) que

en caso de un profesional médico, ser negligente significa no haber actuado de acuerdo con los estándares de los hombres razonablemente competentes de su momento histórico... No es negligente quién ha actuado de acuerdo con una práctica aceptada por un cuerpo responsable de médicos calificados en un arte en particular.⁹⁹

Pueden encontrarse fallos similares en Francia, Italia, Alemania y otros países del derecho continental.¹⁰⁰

Si juntamos los hilos de este análisis, tenemos que nuestro art. 421 puede incorporar con extrema facilidad la noción de la culpa de un profesional, sin necesidad de recurrir a otras categorías extra-legales. Aplicando el análisis de dos niveles o etapas para determinar si hubo o no culpa que expuse más arriba, tenemos que: (i) primero se analizan las circunstancias personales, del tiempo y el lugar – por ej. se trata de un médico anestesista, debe tratárselo como tal, o un médico clínico general, etc.; y (ii) ahí se postula el modelo abstracto comparativo, por lo que si es un anestesista, se lo compara con un anestesista de diligencia media, o razonable, más si es un médico

⁹⁷El maestro DE TRAZEGNIES ha sugerido por ello que “La responsabilidad profesional no existe”, trabajo incluido en la colección, *Responsabilidad Civil – Derecho de Daños*, Edit. Grijley, Lima 2006, pag. 357 y sgts. “Sucede que yo no creo en la responsabilidad profesional como entequeia intelectual. Me gustaría que quede muy claro desde el inicio. No es que no crea que los profesionales son responsables por los actos que realizan en el ejercicio de su profesión. Lo son, ciertamente. Pero lo que no creo es que exista una institución o figura jurídica independiente, que pueda llamarse responsabilidad profesional... Lo que hay es responsabilidad a secas, que comprende a profesionales y no profesionales. Es por ello que puedo decir que la responsabilidad civil no existe”. Concluye este excepcional profesor recordando la navaja de OCCAM, *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*, en un análisis plenamente aplicable a lo que se dice aquí en el texto.

⁹⁸ DIEZ-PICAZO, n. 4, *supra*, pag. 361.

⁹⁹ Reportado en (1957) 1 WLR 582.

¹⁰⁰ VAN GERVEN, n. 62, *supra*, pag. 310 y sgts.

clínico no se lo compararía con un anestesista (o cardiólogo, etc.) sino con un médico clínico general razonable, diligente, etc.

A igual conclusión llega BUERES en la Argentina, y así nos dice que una vez realizada la etapa (i) del análisis,

el juez imaginará el tipo abstracto que le sirva de comparación. Ese estándar será flexible, variable, fluido y estará referido al obrar de un médico diligente, prudente, cuidadoso, etcétera, de la categoría o clase a la que pertenezca el obligado (... la diligencia exigida al especialista es mayor que la que corresponde al generalista, pero aquélla es siempre la diligencia normal u ordinaria para los especialistas).¹⁰¹

Es así que a mayor grado de capacidad profesional, se exigirá mayor grado de diligencia, mayor grado de conocimiento de la “*lex artis*” de cada profesión. Pero para ello no es necesario, con la amplitud de la formulación del art. 421 de nuestro Código, recurrir a figuras foráneas.

Todo esto no quiere decir, por supuesto, que la responsabilidad civil de profesionales (como médicos¹⁰², abogados, etc.) carezca de complejidades, como la prueba de la culpa, la distinción de obligaciones de medio/resultados, etc. Más bien todo lo contrario. Pero son éstas otras cuestiones que escapan al ámbito de este ensayo, y que, por lo demás, no afectan a la estructura conceptual de la culpa en sí. Concluyo este movimiento, entonces, señalando que la correcta interpretación del art. 421 hace innecesario tener que recurrir a una noción extra-legal de “culpa profesional”.

Queda sólo una cuestión por resolver, la que tiene que ver con la fenomenología misma de la idea de la culpa.

9. Noveno movimiento: La culpa y la responsabilidad civil como derecho esencialmente judicial

El último movimiento de este ensayo debe resolver algo que ha venido quedando latiendo en el fondo de las distintas discusiones realizadas hasta aquí, y que, por otro lado, supone la necesidad de efectuar las observaciones más generales y abstractas que pueden hacerse sobre el rol que juega la “culpa” en el sistema de responsabilidad civil paraguayo (y de buena parte de los sistemas de derecho comparado también). Estas observaciones conectan al sistema de la responsabilidad civil con las normas más fundamentales del derecho y, también hay que decirlo, de la moral.

Desde que los legisladores franceses del *Code* decidieron regular lo atinente a la responsabilidad civil en unos meros (pero excelentemente redactados) 5 artículos, no puede sino reconocerse que el derecho de daños es, al final de cuentas, eminente y esencialmente un derecho *judicial*. Es decir, a diferencia de lo que ocurre en otras ramas del derecho, en ésta el legislador da al juez un poder amplio – amplísimo para decirlo en superlativo – para el desarrollo del derecho, su aplicación e interpretación. A diferencia de lo que ocurre en otras ramas (por ejemplo, el derecho administrativo o penal), en la responsabilidad civil el legislador ha decidido fijar sólo los parámetros más generales en

¹⁰¹ BUERES, n. 5, *supra*, pag. 20-21.

¹⁰² En nuestro país se ha dedicado al tema el Prof. Raúl TORRES KIRMSER en su excelente monografía *Responsabilidad Civil de los Profesionales Médicos*, Biblioteca Estudios Paraguayos, Univ. Católica, Asunción, 1989.

la ley, y permitir que sea el juez quién esté a cargo de “echar a andar a la máquina”. Existe, en verdad, una remisión del poder decisorio del legislador al juez en esta sede tan importante que puede decirse sin temor a equivocarse que en esta materia delega casi totalmente el poder legislador al magistrado.¹⁰³

Así, y como he venido afirmando en estas páginas, la ley apenas define, o da unos rasgos esenciales, de la idea de la culpa, por lo que el resto del trabajo debe ser llevado a cabo indefectiblemente por el juez. Quizás no se haya apuntado con demasiada insistencia aún que el rasgo más notable del sistema de responsabilidad civil, desde el punto de vista “macro” y a diferencia de lo que ocurre en otros sectores del derecho, es justamente que el legislador delega al juez la construcción de (casi) todo el sistema.

Aquí conviene hacer un brevísimo *excursus* que permitirá aclarar porqué ello es así, y cómo funciona el concepto de la culpa dentro del marco mayor del fenómeno jurídico y la razonabilidad práctica.

Ya he dicho que el concepto de culpa es un clásico ejemplo de “concepto abierto” o “cláusula general”. Como tal, funciona en la práctica como una de las formas de “derivación” de la ley positiva a partir de la ley natural (proceso de derivación tan incomprendido por autores positivistas como KELSEN¹⁰⁴), a través del mecanismo que Tomás DE AQUINO denominó *determinatio*, y que puede traducirse como “determinación” o “concretización”.

Para resumir la idea: la ley positiva puede “derivar” de la natural de dos formas; (i) por un proceso parecido a la deducción lógica, llamado por DE AQUINO “conclusión”, o (ii) por un proceso de libre elección del legislador (o del juez), para aplicación a un caso en particular, o “determinación”.¹⁰⁵ Así, la norma del Código Penal que prohíbe el homicidio doloso deriva de los principios generales de la ley natural (“*no debe dañarse intencionalmente la vida*”); por el contrario, la norma que fija la pena por el homicidio (10 años, 25 años, prisión perpetua, pena de muerte, etc.) es un supuesto de “determinación” (pudo haber sido fijado en 30 años en lugar de 25, y así sucesivamente). Tomás DE AQUINO enseña que el primer tipo de normas jurídicas posee su fuerza del hecho que es parte de la ley natural (“la moral”), mientras que los casos de determinación sólo son derecho positivo “puro”, y por ende, esencialmente mutable (y hasta cierto punto contingente: la solución legal pudo haber sido otra, v.gr. manejar a la izquierda y no a la derecha). Los múltiples casos de “determinación” explican la gran variedad de normas que existen entre distintos sistemas jurídicos - incluso aquellos relacionados más estrechamente, como por ejemplo, el italiano y el francés.

¹⁰³ En términos de Joseph RAZ, la ley da un “poder dirigido y limitado” al juez; ver *Ethics in the Public Domain*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1994, pag. 244 y sgts.

¹⁰⁴ Lo más paradójico del caso es que, como lo nota MACCORMICK tanto en su obra *Rhetoric and the Rule of Law*, n 7, *supra*, como en su excelente artículo “Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS”, 10 Oxford J. Legal Stud. 539 (1990), hay una gran similitud entre el concepto tomista de *determinatio* y el kelseniano de *concretización*. La gran diferencia, claro está, es que para Tomás el proceso, si bien no es deductivo, no por ello deja de ser racional (o razonable). Para KELSEN, por el contrario, el proceso es irracional (voluntarista).

¹⁰⁵ Ver en general, Tomás DE AQUINO, *Summa Teológica*, II-II, Q. 95, a. 2. Desarrollo moderno y brillante en FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Capítulo X, *in fine*.

Dentro de este marco conceptual, puede apreciarse sin mayor esfuerzo que la culpa se utiliza como “determinación” o “concretización” de ciertos valores sociales más generales, haciéndolos más particulares y señalando en qué casos se deberá indemnizar y en qué casos no. Sólo si se entiende este concepto se puede entender que, a través de largos procesos de determinación y concretización por vía de cuantiosos fallos, la jurisprudencia francesa ha desarrollado extensamente los 5 breves artículos del *Code* referidos a la responsabilidad civil. Este proceso de determinación de la cláusula abierta ha permitido que un sistema previsto para una sociedad eminentemente agraria pueda ser utilizado en una sociedad post-industrial, como lo es la francesa de la actualidad. Y se trata de un proceso que, como han aclarado algunos autores desde una posición cercana a la hermenéutica jurídica, es inacabable desde el punto de vista práctico.¹⁰⁶

Así, como lo ha podido notar incluso un alguien ajeno a la tradición clásica – el jurista escocés citado a inicios del trabajo, Neil MACCORMICK – el concepto de *determinatio* utilizado por Tomás DE AQUINO explica cómo funcionan ciertos conceptos-maestros del derecho, como el caso de la culpa, en el interminable afán por reconciliar intereses y valores que en ocasiones están en disputa en los casos concretos:

*Una determinatio o concretización de un principio no es una deducción simple, ni el descubrimiento de un significado implícito; es el acto de establecer una exigencia más concreta y categórica en el espíritu del principio, y que se ve guiado tanto por un sentido de lo que es prácticamente realizable (o ejecutable), y por un reconocimiento del riesgo de conflicto con otros principios o valores, que a su vez se ven concretizados a través de otras determinaciones.*¹⁰⁷

De esta forma, los tribunales, mediante sucesivas *determinationes*, van dando un contorno racional al concepto abstracto de culpa, el cual precisamente aparece en casos de conflicto de intereses (o bienes jurídicos) entre personas. Esa noción vaga va adquiriendo así una forma más y más definible (o al menos, debería hacerlo en teoría). En efecto: mediante la definición de deberes más precisos de diligencia, los fallos de responsabilidad civil van construyendo un sistema más racional, el cual, si bien nunca estará completo (ello va en contra de la interminable necesidad de co-ordinación que existe en la vida social), al menos tendrá reglas más claras y definidas (si bien nunca del todo definidas).

Por ende, el derecho de responsabilidad civil está destinado a ser siempre mayormente judicial, construido a través de las *determinationes* de los jueces. Y ello ocurre no solo en los derechos de raigambre anglosajona (en donde nadie discute esto por supuesto), sino lo que es todavía más sorprendente (al menos *a priori*), en los derechos continentales o de *civil law*. Por ello, es imperativo que nuestro derecho, el cual por razones históricas e ideológicas ha prestado mayor atención a la ley y la doctrina que a los fallos judiciales, empiece a detener su mirada en los fallos judiciales.¹⁰⁸ Como el derecho de la responsabilidad civil será mayormente determinado

¹⁰⁶ Ver los fantásticos trabajos del Profesor español Andrés OLLERO, *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1996 o *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1984.

¹⁰⁷ Ver MACCORMICK, n. 104, *supra*, pag. 548.

¹⁰⁸ Forzoso es decirlo que hace bastante tiempo ya, en otros países del *civil law* como Alemania, Italia o España, se ha entendido bien esto, y la doctrina ha comenzado a girar en torno al caso; es decir, ha existido un giro hacia el pensamiento problemático que tanto reclamaba – y con razón – a mediados del

por los tribunales, la atención de los juristas debe enfocarse hacia ellos en el futuro, criticando o valorando debidamente esa *praxis* judicial, en un diálogo que lleve al derecho a la senda de la justicia.

La conclusión es, entonces, que el derecho de responsabilidad civil es eminentemente judicial. Hecha esta observación, sin embargo, debe decirse inmediatamente que ello supone, por un lado, una gran ventaja, pero también un grave peligro que no debe ser descuidado.

La ventaja: es bien evidente y ya ha sido apuntada más arriba; un sistema construido de esta forma posee una gran flexibilidad y capacidad de adaptación a distintos cambios sociales, pero también a diferentes situaciones fácticas. El hecho que el sistema no esté construido sobre una “camisa de fuerza” jurídica, permite que los jueces lleguen a soluciones lo suficientemente elásticas pero sin necesidad de escindirse abiertamente del ámbito legal. En apariencia, la noción de la culpa permite la realización de la más radical forma de justicia, la que concilie debidamente los intereses en pugna en el caso concreto.¹⁰⁹

El peligro: que supone tan abierta y elástica concepción debe resultar, sin necesidad de mayor esfuerzo, igualmente evidente. El concepto elástico de la culpa abre un enorme hueco para la arbitrariedad judicial, para que los jueces se vean tentados a utilizar libremente ese concepto vago para resolver casos según su opinión o capricho personal, es decir, en base a criterios no-rationales. Aquí no está demás recordar que precisamente fue el concepto de “culpa” (*negligence*) el que había causado que el jurista norteamericano Leon GREEN introdujera su idea de que se trata de una verdadera “caja negra” (*black-box*) de la cual podía salir cualquier cosa para llegar a la solución del caso; un molde vacío que puede ser llenado *a piacere* por el juez.¹¹⁰

En suma, a la par de la flexibilidad y ductilidad, el concepto general de la culpa trae consigo el peligro de un poder casi ilimitado por parte del juez.

¿Quiere decir esto último que estamos condenados a una inevitable arbitrariedad judicial?

No.

Lo que esto significa es que debemos recurrir a algo que ARISTÓTELES hace más de 2.500 años insistió, y algo que los romanos – en su mejor momento – aplicaron a raja tabla: la virtud perenne de la *prudencia*.¹¹¹ La prudencia era la virtud de llegar, en los casos particulares, a los mejores fines, a las mejores soluciones, consideradas todas las cosas. Es una virtud que no posee cualquier persona, sino sólo aquellos que tienen la “sabiduría práctica” (sería la traducción más contemporánea) para determinar, en cada

siglo XX el notable iusfilósofo teutón Theodor VIEHWEG. Ver especialmente su *Tópica y Jurisprudencia*, Edit. Taurus, Madrid, 1964 (traducida por Luis DIEZ-PICAZO).

¹⁰⁹ En otras palabras, la solución equitativa del caso, prevista hace miles de años por Aristóteles (*epieikeia*). Ver el profundo estudio al respecto de Richard KRAUT, *Aristotle: Founders of Modern Political Thought*, Oxford Univ. Press, OUP, 2005.

¹¹⁰ El análisis está contenido en el clásico artículo de Leon GREEN, “The Negligence Issue” 37 *Yale Law Journal*, (1928), pags. 1029, 1032, 1044.

¹¹¹ Ver, por supuesto, los clásicos de la tradición, como la *Ética a Nicómaco* de ARISTÓTELES; *De los deberes*, de CICERÓN; la *Summa Theologiae* de Tomás DE AQUINO; y, lo dicho en las notas 112 y 113.

caso concreto, cuál es el mejor curso de acción. Por ello, un juez que tenga la virtud de la prudencia – el *phronimos* aristotélico – podrá llegar a soluciones justas en los casos que se le presenten, por más impreciso o vago que sea el término jurídico en cuestión.

Por tanto, si ello es así, la discreción inicial que supone el término “culpa” no termina siendo fatal – incluso, en algunos casos es algo que más bien debe ser bienvenido.

No es un accidente – por el contrario, es algo que la modernidad jurídica no ha terminado en comprender a cabalidad – que en la antigüedad el derecho era llamado “*jurisprudencia*”, la aplicación de esta virtud a los asuntos de la justicia.¹¹² Y que los jueces, los buenos jueces, eran precisamente los *jurisprudentes*, aquellos equipados intelectual – y lo que es más importante – *moralmente* para impartir justicia. Repetimos: la palabra utilizada era *jurisprudencia*. Esto no era casualidad.

Para concluir: la elasticidad de la noción de la culpa, acompañada por la virtud de la *jurisprudencia*, pueden unirse para llevarnos por la senda de una casuística que busque soluciones que puedan ser más o menos justas, más o menos razonables, siempre perfectibles. Esta conjunción es la única valla que existe para que la primigenia flexibilidad de la cláusula general, o del concepto indeterminado de la culpa, no abra la puerta a una arbitrariedad o discrecionalidad insoluble. Por ésta razón, al final de cuentas, lo más importante en el ámbito de la responsabilidad civil - como derecho eminentemente judicial - no es tanto la forma en que están redactados los artículos o concebido el sistema, sino más bien, la forma en que los jueces y los tribunales lo aplican, o mejor, lo deben aplicar: con *jurisprudencia*.¹¹³

¹¹² Ver al respecto el monumental estudio de Michel VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*, Martins Fontes, Sao Paulo; y la obra del Profesor colombiano Gabriel MORA RESTREPO: *Ciencia jurídica y arte del Derecho. Estudio sobre el oficio del jurista*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Universidad de La Sabana, 2005. Ahora, y dado el naturalismo científicista apuntado más arriba, tenemos una “ciencia del derecho” (en el sentido de ciencia “dura”).

¹¹³ Por supuesto que la jurisprudencia, o sabiduría práctica en el campo del derecho, no es la única virtud judicial, aunque quizás sea la más necesaria. Recientemente se ha insistido, con claridad y razón, en la necesidad de elaborar y contar con una teoría de la “judicatura de la virtud” (*virtue jurisprudence*), especialmente la señera obra del Profesor norteamericano Lawrence SOLUM, en su “Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging”, 34 *Metaphilosophy* 178 (2003), y en donde incluye otras virtudes como la templanza judicial, el coraje judicial, la inteligencia judicial, *inter alia*. En otro ensayo he introducido la cuestión en nuestro país: Roberto MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, “La Buena Fe en la Interpretación de los Contratos: 4½ sugerencias para evitar a los contratos hechos por los jueces”, en Antonio TELLECHEA SOLÍS – Roberto MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, *Derecho Privado Paraguayo*, Edit. La Ley Paraguaya, 2007).