

PUBLICACIONES ESCUELA DE DERECHO UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO

COLECCIÓN DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

- 1. Estándares Básicos de Calidad para la Prestación del Servicio de Defensa Penal Pública**
Rafael Blanco, Mauricio Decap, Héctor Hernández, Hugo Rojas (2002)
- 2. La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno**
Héctor Hernández (2002)
- 3. La Cuestión Indígena y las Exigencias del Reconocimiento**
Maximiliano Prado (2003)
- 4. La Constitucionalización del Proceso Penal en Chile y sus alcances en la Doctrina y la Práctica Procesal del siglo XIX**
Eric Eduardo Palma (2003)
- 5. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración?**
Gonzalo García (2004)
- 6. Justicia Restaurativa: Marco Teórico, Experiencias Comparadas y Propuestas de Política Pública**
Rafael Blanco, Alejandra Díaz, Joanna Heskia, Hugo Rojas (2004)
- 7. Hacia la Consolidación de la Equidad: Un Defensor del Pueblo para Chile**
Aldo Mascareño, Elina Mereminskaya (2005)
- 8. Las Salidas Alternativas en el Nuevo Proceso Penal Chileno**
Rafael Blanco, Héctor Hernández, Hugo Rojas (2005)

ENSAYOS JURÍDICOS

- 1. La Culpa en la Responsabilidad Civil**
Enrique Barros (2005)

OBRAS

- 1. Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal**
Rafael Blanco, Mauricio Decap, Leonardo Moreno, Hugo Rojas (Lexis Nexis, 2005)
- 2. Obras Jurídicas Completas de Alberto Hurtado**
Con estudio preliminar de Pedro Irureta (Lexis Nexis, 2005)



ENSAYOS JURÍDICOS

UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO

Almirante Barroso 6
Santiago de Chile

Ensayos Jurídicos es un espacio abierto a todas las personas interesadas en difundir los resultados de sus investigaciones.

UNIVERSIDAD
ALBERTO
HURTADO

Nº 1 - 2005

ISSN 0718 - 2856

© Derechos Reservados

ESCUELA
DE
DERECHO

ENSAYOS JURÍDICOS

La Culpa en la Responsabilidad Civil

Enrique Barros Bourie



Ensayos Jurídicos

Publicación periódica de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado

Director

Pedro Irureta

Comité Editorial

Rafael Blanco

Héctor Hernández

Ximena Moreno

Maximiliano Prado

Hugo Rojas

Dirección

Almirante Barroso 6, Santiago de Chile

www.uahurtado.cl

ISSN 0718-2856

Prohibida reproducción parcial o total sin previa autorización del Comité Editorial

Todos los derechos reservados

1000 ejemplares

Colaboraciones

Los académicos e investigadores interesados en enviar artículos, reseñas, traducciones o notas bibliográficas para su publicación en Ensayos Jurídicos deben dirigirse a: Comité Editorial, Ensayos Jurídicos, Almirante Barroso 6, Santiago de Chile. Los textos impresos a doble espacio deberán ser enviados en duplicado, en lo posible con diskette de computación incluido. Los artículos deben ser inéditos y serán sometidos a evaluación por parte de expertos independientes. En caso de traducciones, deben contar tanto con autorización del autor como de la editorial respectiva.

Diseño y diagramación

Revista Mensaje

LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL¹

ENRIQUE BARROS BOURIE²

I. REGÍMENES DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL. II. CONCEPTO DE CULPA EN EL DERECHO CIVIL. III. OBJETIVIDAD DE LA CULPA CIVIL. IV. ESTÁNDAR DE CUIDADO. V. CARACTERÍSTICAS PERSONALES DEL DEMANDADO. VI. CULPA INFRACCIONAL. VII. LA CULPA COMO INFRACCIÓN A LOS USOS NORMATIVOS (*LEX ARTIS*). VIII. LA CULPA COMO INFRACCIÓN A UN DEBER DE CUIDADO DEFINIDO POR EL JUEZ. IX. CRITERIOS PARA LA DEFINICIÓN JUDICIAL DE LOS DEBERES DE CUIDADO. X. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA CULPA CIVIL.

I. REGÍMENES DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1. El objeto del derecho de la responsabilidad civil es establecer los requisitos para que el daño sufrido por una persona dé lugar a una acción reparatoria contra un tercero. El principio jurídico subyacente al establecimiento de esos requisitos es que cada cual corre con sus propios riesgos de daño, a menos que haya una razón jurídica para atribuirlo a ese tercero. En otras palabras, desde el punto de vista del derecho privado, “el principio general es que la pérdida de un accidente debe quedar donde caiga”³. Lo anterior no se opone a la existencia de otros instrumentos compensatorios, como pueden ser el seguro social o privado.

¹ Conferencia dictada en el Acto de Inauguración del Año Académico de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, 2005.

² Abogado, doctor en derecho (Universidad de Munich), profesor de la Universidad de Chile, consejero de la Universidad Alberto Hurtado y del Centro de Estudios Públicos, miembro del número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile, abogado integrante de la Corte Suprema.

³ HOLMES Oliver W., *The Common Law* (traducción de la 45ª edición por Fernando Barrancos), Buenos Aires: Tea, 1964 (1923), 95. En el mismo sentido, ALESSANDRI Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Santiago: Imprenta Universitaria, 1943, 109, quien, refiriéndose a la teoría clásica de la responsabilidad basada en la culpa y siguiendo a Demogue, señala: “Según ella, como los hombres pueden actuar libre e independientemente, cada uno debe recoger los beneficios que le proporcionen la suerte o su actividad y soportar los daños causados por la naturaleza o el hecho ajeno. No basta que un individuo sufra un daño en su persona o bienes para que su autor deba repararlo, es menester que provenga de un hecho doloso o culpable; sin dolo o culpa no hay responsabilidad”.

Simplemente significa asumir que la responsabilidad civil no persigue satisfacer todas las funciones socialmente relevantes en materia de daños.

Con todo, no se debe subestimar el significado de ese principio regulador característico del derecho privado. Su fundamento moral radica en el orden de libertades, porque de la misma manera como nos beneficiamos de la convivencia, recíprocamente debemos soportar los costos que surgen de ese orden espontáneo de relaciones. Lo mismo vale desde un punto de vista pragmático, porque se desincentivaría la espontaneidad de la vida en común si tuviéramos que asumir todas las consecuencias imprevisibles e incontrolables que para los demás se derivan de nuestros actos.

2. Por consiguiente, la pregunta esencial que plantea la responsabilidad civil se refiere a las razones que el derecho exige para que el costo de los daños sea atribuido a un sujeto distinto de la víctima.

Los modelos de atribución de responsabilidad, que tradicionalmente han coexistido en todos los sistemas jurídicos, son el de *responsabilidad por negligencia*, que hace responsable al tercero que causa el daño a condición de que haya actuado con culpa o dolo, y el de *responsabilidad estricta u objetiva*, que establece la obligación de reparar todo daño que se produzca a causa del ejercicio de cierta actividad, cualquiera sea la diligencia empleada (de manera similar a lo que en derecho contractual se conoce como obligaciones de garantía). Estos modelos admiten multiplicidad de matices, que no pueden ser aquí reseñados, de modo que desde el punto de vista práctico tienden a acercarse funcionalmente. La diferencia sustancial es, sin embargo, que sólo en el primero la culpa es condición de responsabilidad.

II. CONCEPTO DE CULPA EN EL DERECHO CIVIL

3. La responsabilidad por culpa o negligencia es el más generalizado de los modelos de atribución de responsabilidad. En el derecho chileno, como en todos los sistemas jurídicos modernos, constituye el *estatuto general y supletorio de responsabilidad*, de modo que resulta aplicable a todos los casos que no están

regidos por una regla especial diversa (artículos 2284, 2314 y 2329 del Código Civil⁴).

En verdad, el régimen de responsabilidad por culpa es condición de eficacia de una sociedad que se sustenta en un principio de libertad, como se comprueba en lo asfixiante que resultaría una comunidad regida por un principio extenso de responsabilidad estricta, donde cada daño daría lugar a la búsqueda de un responsable, porque casi siempre hay otra persona cuya acción u omisión pudo evitar el perjuicio. Así, la competencia para obtener un lugar de trabajo o por ganar nuevos clientes siempre supone un daño a un tercero, pues otro es desplazado y no ve satisfecho su interés por obtener una matrícula, una beca o un lugar de trabajo. Sin embargo, de ello no puede seguirse razonablemente responsabilidad. Los daños que nos causamos en nuestro tráfico recíproco lícito son infinitos. Y la convivencia sería imposible si tuviéramos que responder de cada perjuicio que provocamos con nuestra conducta. Por eso, en ningún sistema jurídico la responsabilidad estricta puede ser el régimen común y general de responsabilidad.

4. Bajo un régimen de responsabilidad por culpa, la atribución de responsabilidad se *funda* en que el daño ha sido causado por un hecho culpable. Y la culpa civil puede ser concebida, como se verá, como la infracción a un deber general de cuidado. Por otro lado, en este régimen de responsabilidad, la culpa sirve también de *límite* de la responsabilidad, porque no nace una obligación reparatoria a menos que se haya incurrido, precisamente, en infracción a un deber de cuidado.

Porque es fundamento y límite de la responsabilidad, la culpa o negligencia es antecedente de dos principios colindantes en el derecho de la responsabilidad civil: el primero, antes referido, expresa que a falta de una razón para atribuir responsabilidad, el perjuicio causado por un hecho de tercero es soportado por quien es titular del bien dañado (*casum sentit dominus*); el segundo, señala que la culpa es precisamente la razón suficiente para hacer civilmente responsable a quien con su hecho ha intervenido causalmente en el daño provocado a un tercero.

⁴ En adelante, todo artículo citado pertenece al Código Civil salvo mención expresa en sentido contrario o que así resulte del contexto.

5. La responsabilidad por culpa supone una valoración de la conducta del demandado, porque la obligación de reparar el daño causado sólo nace si éste no ha observado un estándar de conducta debida. Esta exigencia suele llevar a error acerca de la naturaleza de responsabilidad. Se acostumbra decir que la responsabilidad por culpa es *subjetiva*, en oposición a la responsabilidad estricta u objetiva. Lo cierto, sin embargo, es que desde el derecho romano *el juicio acerca de la culpa civil es objetivo*, en el sentido que no atiende a las peculiares circunstancias personales del autor del daño, sino a la conducta que puede esperarse de una persona que responde al tipo ideal del ciudadano prudente y diligente.

6. Desde el punto de vista *moral*, la responsabilidad queda limitada a las conductas que infringen los deberes de cuidado que recíprocamente nos debemos en ejercicio de nuestra libertad. De este modo, la responsabilidad por culpa establece un marco razonable al incesante esfuerzo por lograr nuestros propósitos en un mundo necesariamente imperfecto, porque nuestros conocimientos y destrezas son limitados. La culpa tiene la ventaja de proporcionar un criterio para juzgar la relación entre el autor del daño y la víctima en la dimensión de la justicia correctiva. Aunque haya casos en que se justifique desde el punto de vista de la justicia establecer estatutos de responsabilidad estricta, la ventaja de la culpa reside en la generalidad con que puede ser invocada como criterio justo para resolver el conflicto: cada vez que el daño se deba a dolo o negligencia, hay, en principio, una razón de justicia para atribuir responsabilidad civil.

Desde un punto de vista *pragmático*, la negligencia se ha mostrado como un criterio eficiente de atribución de responsabilidad. La responsabilidad por culpa exige como patrón de conducta el de una persona prudente y diligente, que pondera los riesgos de su acción, empleando el cuidado que las circunstancias exigen. Este modelo asume que hay un punto de equilibrio entre el cuidado excesivo y el descuido, de modo que naturalmente tiende a coincidir la diligencia debida con la conducta socialmente más eficiente. Desde este punto de vista, la culpa permite optimizar el conjunto de los bienes en juego.

III. OBJETIVIDAD DE LA CULPA CIVIL

7. Gracias a su generalidad, el concepto civil de culpa constituye una directiva aplicable a un indefinido número de situaciones. Con todo, uno de los aspectos más interesantes del derecho de la responsabilidad civil, desde la *lex Aquilia*, ha consistido en el paulatino desarrollo de reglas especiales para diversos ámbitos de la vida de relación, sea a partir del concepto general de culpa o de normas de gran generalidad. La generalidad de la idea de culpa ha obligado a refinar el análisis de los elementos comunes a todo juicio de negligencia, pero también ha forzado a desarrollar criterios específicos de ilicitud para diversos tipos de actividades.

Desde el derecho romano clásico el concepto jurídico de culpa hace referencia a la inobservancia de las exigencias típicas y objetivas de cuidado que debemos observar en nuestra vida de relación⁵. Se trata de requerimientos *típicos*, porque están referidos a estándares de conducta que debemos observar en los diversos tipos de situaciones en que interactuamos. Son *objetivos*, porque no atienden a las características individuales y subjetivas de cada cual, sino a un modelo abstracto de conducta. Siguiendo esta tradición, la culpa no intencional o negligencia puede ser concebida como la *inobservancia del cuidado debido en la conducta que es susceptible de causar daño a otros*. Así, en la medida que el juicio civil de culpabilidad supone discriminar la conducta correcta de la incorrecta, la culpa civil es esencialmente un juicio de ilicitud acerca de la conducta.

8. De este concepto se sigue que en el derecho civil el requisito de la culpa tiene una doble cara. Por un lado, expresa el principio de responsabilidad personal, porque sólo se responde de los daños imputables a una conducta que contrae un deber de cuidado. Por otro lado, sin embargo, la imputación de la negligencia es objetiva, con la consecuencia de que el juicio de desvalor no recae en el sujeto, sino en su conducta, de modo que las peculiaridades subjetivas del agente son irrelevantes.

En consecuencia, *el juicio de culpabilidad civil no es un reproche moral al autor del daño, sino un criterio jurídico para hacerlo responsable de las consecuencias de su acción*. Por eso, una vez cumplidas las condiciones subjetivas

⁵ KASSER MAX, *Das römische Privatrecht* (2 volúmenes), München: Beck, 1971, T. I, 503.

mínimas de la capacidad y de la libertad en la acción, el derecho civil trata al autor del daño como una persona que interactúa con los demás bajo un principio de *igual* responsabilidad, de modo que no puede excusarse alegando su propia inexperiencia o impericia⁶.

9. La *culpa en sentido subjetivo* sólo podría tener un lugar predominante si se asumiera que la responsabilidad civil tiene una función o, al menos, una justificación retributiva, en cuyo caso la indemnización debiera calcularse teniendo en cuenta la gravedad de la culpa del agente. En definitiva, bajo un concepto subjetivo de culpa, la persona del demandado es un elemento decisivo de la relación, porque la atribución de responsabilidad exigiría medir la intensidad del reproche moral que se le puede formular.

Pero si se atiende a criterios de *justicia correctiva*, el principio más adecuado de la responsabilidad resulta ser la infracción a un deber general de cuidado, como lo entiende la tradición del derecho civil. En efecto, la justicia correctiva atiende a la posición de *ambas partes* de la relación. La excusa de que el demandado es particularmente inepto resulta unilateral, porque se desentiende de la víctima. La doctrina clásica de la justicia correctiva llama a hacer abstracción de las características personales, tanto de quien causa el daño, como de la víctima⁷. La idea ya aparece en Aristóteles, cuando expresa que “en las relaciones entre individuos, lo justo es, sin duda, una igualdad y lo injusto una desigualdad, pero no según [la] proporción, sino según la aritmética. No importa que un hombre bueno haya despojado a uno malo o al revés...: la ley sólo mira a la naturaleza del daño y trata a ambas partes como iguales”⁸.

Por otra parte, el concepto objetivo de culpa fortalece la confianza, porque atiende a las expectativas razonables que podemos tener respecto del comportamiento de los demás, como es característico de la lógica del derecho privado. Y en la construcción de esas expectativas no puede tener cabida una discriminación

⁶ Para los fundamentos inmediatos del concepto objetivo de culpa en nuestra tradición jurídica, POTHIER Robert Joseph, *Tratado de las Obligaciones* (traducción de la edición francesa de 1828 a cargo de M. Dupin, por M. C. Cuevas), Buenos Aires: Heliasta, 1978, 557.

⁷ WEINRIB Ernst, *The Idea of Private Law*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1995, 177.

⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco* (traducción de Julio Pallí), Madrid: Gredos, 1993, Libro V 4 (1132 a).

que atienda a aspectos subjetivos de cada cual. Sólo de este modo, el derecho pone a las dos partes en una posición en que sus intereses son recíprocamente considerados como iguales, como exigen las consideraciones de justicia correctiva.

Además, el derecho civil no está en condiciones de penetrar en la subjetividad de la acción humana. Por eso, aunque razones profundas de justicia así lo exigieren, “el derecho no toma en cuenta la infinita variedad de temperamentos, intelectos y educación, que hacen que la característica interna (subjetiva) de un acto pueda ser tan diferente”, porque “cuando los hombres viven en sociedad, el bienestar general exige un cierto promedio de conducta y el sacrificio de las peculiaridades individuales que vayan más allá de un cierto punto”⁹. En definitiva, es conveniente tener en cuenta que no sólo razones de justicia correctiva, sino también de seguridad jurídica y de eficacia, hablan a favor de un concepto objetivo de la negligencia.

IV. ESTÁNDAR DE CUIDADO

10. Nuestro Código Civil define la culpa en el Título Preliminar y la incluye entre ‘las palabras de uso frecuente en las leyes’. El artículo 44 asume la clasificación tripartita de la culpa en grave, leve y levísima, que proviene del derecho romano, pero que no había sido asumida por el código francés. Aunque desde un punto de vista histórico existen buenas razones para afirmar que esta clasificación fue formulada teniendo en vista las obligaciones contractuales, todo indica que los principios en que se sustenta el concepto legal de culpa resultan asimismo aplicables, como una definición de aplicación general, en materia de responsabilidad extracontractual¹⁰.

Del concepto de culpa del artículo 44 se sigue que en todo tipo de responsabilidad *el estándar general de conducta es la culpa leve*, que resulta aplicable

⁹ HOLMES, op. cit. [nota 3], 106.

¹⁰ ALESSANDRI, op. cit. [nota 3], 172; ABELIUK René, *Las Obligaciones* (2 volúmenes), Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, 3ª edición, 179; RODRÍGUEZ Pablo, *Responsabilidad Extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999, 180.

cuando la ley habla de culpa o descuido sin otra calificación (artículo 44 III). El patrón de conducta invoca una persona diligente, caracterizada por emplear un cuidado ordinario o mediano, porque, como se ha visto, la responsabilidad por culpa siempre tiene su fundamento en el desprecio de las legítimas expectativas normativas de los demás, quienes tienen derecho a esperar que nos conduzcamos como lo haría ‘un buen padre (o madre) de familia’.

11. El estándar de cuidado (esto es, el nivel de cuidado exigible) puede ser apreciado sobre la base de dos paradigmas, que, en definitiva, resultan complementarios: se puede tener como modelo un tipo de persona socialmente determinable (‘la persona razonable’, ‘el buen padre de familia’ o la ‘persona diligente’ como expresivos de lo que en el lenguaje corriente se tiene por tales), o bien, se puede atender a la conducta que racionalmente resulta exigible¹¹. En uno y otro caso, sin embargo, el estándar lleva a comparar la conducta efectiva con el actuar que puede exigirse de quien es respetuoso de los demás, aunque no se le pueda exigir una especial dedicación. Ese es, en definitiva, el estándar de la culpa leve, que el artículo 44 III establece como criterio general y supletorio de responsabilidad¹².

12. Aunque objetivo, ese estándar es suficientemente flexible para atender en concreto a las circunstancias externas de la acción. La formulación de la responsabilidad civil bajo una regla general de negligencia tiene precisamente la ventaja de la adaptabilidad a las circunstancias del caso.

Así, no resulta exigible el mismo cuidado a un médico general, que sirve en una pequeña ciudad, donde en un caso de urgencia no puede consultar a un experto, que el de un profesional especializado que atiende un caso similar en

¹¹ El modelo del sujeto razonable y diligente es común a la tradición romana y del *common law*; el del cuidado socialmente exigible fue introducido por el código alemán, luego de una extensa discusión doctrinaria.

¹² En sentido contrario, sosteniendo que en materia extracontractual se responde de culpa levísima, ALESSANDRI, op. cit. [nota 3], 48 y 46; CORRAL Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, 213. Ambos aceptan, sin embargo, que el estándar aplicable es el del hombre prudente y diligente (ALESSANDRI, op. cit., 172; CORRAL, op. cit. 212).

un hospital con todas las instalaciones requeridas¹³. La apreciación en concreto de las circunstancias de la conducta no se opone a la abstracción del patrón de cuidado, porque no se trata de definir qué se puede esperar de una persona en particular, considerando sus capacidades y su estado psicológico, sino de definir el comportamiento que se puede esperar de una persona razonable y diligente en esas circunstancias. Por eso, el umbral entre una acción negligente, que da lugar a responsabilidad, y un mero riesgo de la vida, que debe ser soportado por la víctima, reside a menudo en la apreciación de las circunstancias de la acción. Si bien el juicio de culpabilidad es abstracto y normativo, se materializa en una apreciación en concreto que atiende a los distintos tipos de actividades susceptibles de producir daño¹⁴.

¹³ En un caso ocurrido en el Hospital del Servicio de Salud de Puerto Natales, la Corte Suprema estimó que no constituía negligencia culpable la intervención como anestesista de un médico que no contaba con la debida preparación para ello, ya que “el curso de tres años de duración que otorga el título de postgrado de anesthesiólogo no significa que un médico general, con una preparación básica, no pueda administrar la anestesia, tanto por la carencia de especialistas en la materia, cuanto porque la experiencia indica que ante la necesidad de la práctica de la disciplina médica, se ha debido preparar incluso a alumnos regulares de la carrera de medicina con el objeto señalado, necesidad que resulta evidente en lugares apartados como Puerto Natales”, Corte Suprema, 2.7.1998, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, T. XCV (1998), sec. 4ª, 95 (99), también publicado en *Fallos del Mes* Nº 476 (1998), 1141 (1150). En otro caso de negligencia médica ocurrido en un hospital de Santiago, donde se demandó al Servicio de Salud Metropolitano Central, la Corte Suprema estimó que “la ausencia de cuidado ordinario por parte del Servicio se refleja también palmariamente en el hecho indubitado de encomendar a un estudiante de quinto año de medicina la atención exclusiva de procesos anestésicos múltiples”, Corte Suprema, 4.10.1984, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, T. LXXXI (1984), sec. 4ª, 206 (212). En estos fallos se hace evidente la relevancia del contexto circunstancial en la determinación de la diligencia debida.

¹⁴ El análisis en concreto de la culpa es un antiguo axioma en el *common law*; y no lo es en razón de una tradición jurídica diferente al derecho codificado, porque en uno y otro sistema la negligencia puede ser formulada en términos igualmente generales. Así, por ejemplo, en Alemania se acostumbra introducir en los comentarios una larga lista de situaciones de hecho en que la jurisprudencia ha establecido deberes concretos de cuidado, referidos a las más diversas situaciones, actividades y profesiones; así, el más conocido comentario breve al BGB analiza los deberes en materias de emisión y depósito de residuos, arquitectos, médicos, medicamentos, piscinas y playas, construcciones, alpinismo, actos de funcionarios, demostraciones públicas, ferrocarriles, patinaje en hielo, paracaidismo, aceras peatonales, estaciones de servicio, hoteles y restaurantes, inmuebles, derrames de agua, importadores, caza, espacios de recreación, vehículos motorizados, hospitales, profesores, máquinas, estanques de sustancias inflamables y corrosivas, correo, ciclistas, organizadores de viajes, expertos, ski, estadios e instalaciones deportivas, explosivos, calles, acueductos, locomoción colectiva, medio ambiente (PALANDT OTTO, *Kurzkommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, München: Beck, 2003, 62ª edición, 276, 58). A ello se agregan los deberes que se derivan de legislaciones especiales de contenido protector (como, por ejemplo, valores, sociedades anónimas, biología genética, libre competencia, competencia desleal) y los ilícitos referidos a derechos de la personalidad.

V. CARACTERÍSTICAS PERSONALES DEL DEMANDADO

13. Sin perjuicio de la generalidad del estándar de conducta, en todos los sistemas jurídicos se plantea la pregunta por la relevancia de ciertas *características personales típicas*, como la edad, las capacidades físicas o el nivel profesional del demandado. Aunque los aspectos subjetivos de la responsabilidad no sean en teoría relevantes, por el camino de definir los estándares de cuidado a partir de características personales típicas (esto es, compartidas por otros que se encuentran en la misma situación), se tiende a dar relevancia, en la práctica, a las circunstancias personales del autor del daño. Por eso, la tipificación judicial de deberes de cuidado atendiendo a características del agente tiende a subjetivar la responsabilidad por culpa. El estándar de la ‘persona’ diligente pasa a descomponerse en el joven, el sordo o el principiante diligentes. Mientras más específica sea la referencia a un tipo de calidad personal, más se aleja la responsabilidad del estándar general de debido cuidado. La consecuencia es que los tipos personales menos calificados quedan sujetos a estándares de conducta inferiores que los corrientes.

14. La pregunta crítica se refiere a quién debe correr con los riesgos de las propias debilidades. El derecho civil establece reglas de justicia que se basan en la igualdad y no en el mérito, con la consecuencia de que las *debilidades e ineptitudes* deben ser soportadas, por lo general, por quien las lleva. Ello conduce a que los ordenamientos civiles más refinados tiendan a evitar severamente que la responsabilidad se subjetivice subrepticamente por la vía de hacer relevantes características personales típicas del autor del daño. En definitiva, la tendencia a la objetivación de la culpa propende a neutralizar las diferencias entre la responsabilidad por negligencia y la responsabilidad estricta, en tanto ambas desatienden las calidades personales del demandado¹⁵.

En particular, puede entenderse que quien tiene una debilidad física debe hacerse cargo de su condición bajo una regla de debido cuidado. El derecho, por lo general, no es un obstáculo para que quien tiene un impedimento desarrolle actividades que generen algún riesgo, a condición de que asuma su condición con el cuidado debido. Así, si quien maneja un automóvil tiene un grave riesgo cardíaco

¹⁵ EPSTEIN Richard, *Torts*, New York: Aspen, 1999, 112.

o está en una condición física que le impide reaccionar con la prontitud requerida, y por esa razón provoca un accidente, puede ser responsable, aunque el hecho haya ocurrido en condiciones que circunstancialmente no estaban bajo su dominio; y si alguien sufre de inmovilidad parcial de su cuerpo, es imprudente que emprenda actividades donde ese defecto es susceptible de aumentar más allá de lo razonable el riesgo de provocar daños a terceros¹⁶. En estos casos está implícita la culpa de haber asumido una actividad para la que se carece de las destrezas o condiciones necesarias¹⁷. La confianza y la seguridad en el tráfico social, que justifican un concepto objetivo de negligencia, llevan a que este tipo de consideraciones subjetivas resulten irrelevantes en sede de responsabilidad civil.

15. Por el contrario, para la fijación del nivel de cuidado suele ser relevante que el autor del daño actúe como un *experto*. Esta condición es especialmente importante para determinar el nivel de cuidado debido en sede contractual, pero también puede serlo respecto de riesgos extracontractuales. Si alguien desarrolla una actividad particularmente exigente en cuanto a los requerimientos profesionales o a un cierto conocimiento específico, la confianza comprometida respecto de terceros es correlativamente elevada. Es el caso de los auditores, que informan al público sobre los estados de situación de una empresa, o de los abogados, que dan una opinión legal en una colocación de acciones en el público; o de un guía conocedor de la geografía en una excursión peligrosa. El estándar es el exigible a quien emprende tareas delicadas y el cuidado debido resulta ser comparativamente superior al aplicable a quien carece de esas calificaciones. El juego en la apreciación de la culpa en abstracto (según el modelo del hombre razonable) y en concreto (según las circunstancias en que se actúa) se muestra con nitidez en esos casos en que la actividad sólo puede ser desarrollada por quien tenga particulares capacidades¹⁸.

¹⁶ Ejemplar en este sentido parece la regla de la recopilación doctrinaria norteamericana sobre responsabilidad civil: “Si el actor está enfermo o físicamente inhabilitado por cualquiera otra causa, el estándar de conducta al cual debe conformarse para evitar ser calificado de negligente es el de una persona razonable que sufre de esa inhabilidad”, *Second Restatement of the Law of Torts*, St. Paul (Minn.): American Law Institute (edición continua desde 1965), § 283 C.

¹⁷ MEDICUS Dieter, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, München: Beck, 13ª edición, 2002, 152.

¹⁸ VINEY Geneviève y JOURDAIN Patrice, *Les effets de la responsabilité*. Traité de droit civil, sous la direction de Jacques GHESTIN, Paris: LGDJ, 2ª edición, 2001, 359.

VI. CULPA INFRACCIONAL

16. De lo expresado se sigue que en materia civil la culpa expresa los deberes de cuidado que, a su vez, marcan el umbral entre el actuar lícito y el ilícito¹⁹. De ahí que resulte esencial discernir los caminos que el derecho puede seguir para la definición de estos deberes de cuidado. En la parte que sigue de esta exposición me referiré sucesivamente a la ley, a los usos normativos y a la propia decisión judicial.

17. Los *deberes de cuidado* pueden ser establecidos por el legislador u otra autoridad con potestad normativa (en la forma de ley, reglamento, ordenanzas, resoluciones, u otras regulaciones semejantes). Es práctica común que por vía legislativa o administrativa sean reguladas actividades que presentan riesgos. Es lo que ocurre, por ejemplo, en materias de tránsito vehicular, de daños al medio ambiente o de mercado de valores.

En principio, basta que el accidente se produzca a consecuencia de la infracción de alguna de estas reglas para que el acto sea considerado ilícito. En otros términos, si se ha incurrido en infracción a una norma legal o reglamentaria, el acto es tenido por culpable sin que sea necesario entrar en otras calificaciones. Este efecto es particularmente fuerte tratándose de ilícitos penales, en virtud de la regla del Código de Procedimiento Civil que señala que “en los juicios civiles podrán hacerse valer las sentencias dictadas en un proceso criminal siempre que condenen al procesado” (artículo 178).

Pero, más allá de los ilícitos penales, puede entenderse como doctrina aceptada que la declaración de ilegalidad de lo actuado lleva implícita la calificación

¹⁹ En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que la culpa “tiene un carácter normativo que la entrelaza con la antijuridicidad, ya que se incurre en ella precisamente porque se infringen deberes de cuidado impuestos por la norma, o sea, por el orden jurídico que los implanta”, Corte Suprema, 12.8.1981, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, T. LXXVIII (1981), sec. 4ª, 120 (125). En el mismo sentido, se ha sostenido que “la responsabilidad por culpa supone una infracción a un deber de cuidado, de modo que la calificación reparatoria tiene por condición que el responsable haya incurrido en un hecho ilícito y de modo que por contravenir dicho deber de cuidado, el autor del hecho debe reparar los daños resultantes”, Corte Suprema, 26.1.2004, *Gaceta Jurídica* N° 283 (2004), 121 (136).

civil de esa conducta como culpable, porque, en materia civil, lo ilegal siempre lleva el sello de la culpa²⁰.

18. En contraste, de la circunstancia de que el legislador haya definido deberes de cuidado respecto de cierta actividad no se sigue que esa regulación sea exhaustiva. Por lo general, la diligencia no se agota cumpliendo rigurosamente los preceptos legales, de modo que el juez civil está facultado para dar por infringidos deberes de cuidado no previstos por el legislador. Así, por ejemplo, puede ocurrir que atendidas las circunstancias particulares que rodean la acción, conducir al máximo de velocidad permitido sea imprudente, como cuando el vehículo se encuentra en condiciones deficientes o el camino está resbaladizo²¹. Lo usual será que el legislador se limite a establecer ciertas reglas básicas, llenando las lagunas y precisando los deberes más frecuentes e importantes, sin que con eso se agote el ámbito de deberes de cuidado, en analogía a lo que ocurre con los elementos de la naturaleza de los contratos²². En otras palabras, el estándar de la persona diligente obliga a actuar de acuerdo a criterios implícitos de prudencia, aunque la materia esté regulada por la ley.

Excepcionalmente, un ordenamiento legal puede entenderse exhaustivo, si su fin es dar mayor seguridad jurídica a un área de actividad, estableciendo una regulación orgánica de las conductas debidas. Con todo, la cuestión supone interpretar el estatuto legal en términos restrictivos (esto es, excluyente del establecimiento judicial de otros deberes de cuidado), lo que, por lo general, no resulta consistente

²⁰ Corte de Temuco, 11.3.1991, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, T. LXXXVIII (1991), sec. 2ª, 28. Se ha fallado, citando explícitamente a M. Planiol y G. Ripert, que “para prevenir los daños, la ley y los reglamentos prescriben o prohíben determinados actos. Dado que se reputa que esos cuerpos legales son conocidos por todos, su inobservancia constituye culpa”, Corte de Santiago, 17.4.2002, *Gaceta Jurídica* Nº 262 (2002), 81 (87).

²¹ Se ha fallado, en el caso de un automóvil que estaba en precarias condiciones, que “la simple observancia de las disposiciones reglamentarias del tránsito [conducir a una velocidad no excesiva] puede servir, en general, para excusar la responsabilidad del conductor de un vehículo...siempre que los hechos se desarrollen en circunstancias normales y cuando se trate de vehículos debidamente acondicionados para circular sin riesgos excepcionales”, Corte Suprema, 23.8.1951, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, T. XLVIII (1951), sec. 4ª, 186 (197).

²² EPSTEIN, op. cit. [nota 15], 155.

con la idea de que la conducta de una persona prudente está regida por el correcto discernimiento de los riesgos, y no sólo por la letra de la ley.

VII. LA CULPA COMO INFRACCIÓN A LOS USOS NORMATIVOS (*LEX ARTIS*)

19. Luego de las regulaciones legales, un segundo criterio para definir los deberes de cuidado está dado por las *costumbres o usos normativos*. Surge entonces la pregunta por la relevancia que el juez debe dar a aquello que se tiene espontáneamente por debido en la sociedad o en ciertos ámbitos profesionales o de actividad.

En principio, las meras prácticas o usos de determinada actividad no son vinculantes a la hora de determinar el deber de cuidado, pues del hecho que una conducta sea usual no se sigue que también sea correcta. Que una actividad se haya realizado siempre de cierta manera no expresa *per se* que sea diligente (como puede ocurrir, por ejemplo, con las malas prácticas profesionales).

Cuestión distinta ocurre con los *usos normativos*, esto es, aquellas reglas reconocidas espontáneamente como expresión de un *buen* comportamiento y que expresan aquello que usualmente se tiene por debido. En principio, estos usos normativos pueden ser concebidos como reglas de cuidado condensadas por la experiencia²³. A veces, estas reglas están formuladas en códigos de ética o de conducta, como los que rigen la actividad publicitaria o la de algunos colegios profesionales. Por lo general, sin embargo, se expresan simplemente en una *lex artis* que señala la forma en que se debe actuar en diversos tipos de situaciones.

20. La contravención de este tipo de reglas puede ser calificada *prima facie* de culpable, en cuanto importa infracción a un deber de cuidado generalmente

²³ Así, la Corte de Santiago estableció que era culpable la conducta de una clínica por el tratamiento otorgado a un recién nacido, ya que éste no respondía a “los cuidados que éste requería, en los términos que según la literatura médica le eran exigibles”; el establecimiento de la culpa se fundó en las reglas contenidas en una ‘Guía Médica’ y en literatura especializada en la materia, Corte de Santiago, 10.7.2002, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, T. XCIX (2002), sec. 2ª, 83, (90).

aceptado por quienes desempeñan la propia profesión o actividad. La pregunta siguiente es si esta autorregulación puede ser desafiada ante los tribunales: sea porque establece estándares de conducta demasiado condescendientes con sus miembros, sea por incompleta. La respuesta, cada vez más generalizada, es que nada obsta a que la regla pueda ser calificada de injusta respecto de los terceros y sea sustituida por otra más estricta por el juez. El principio subyacente es que las reglas, establecidas por el propio gremio o profesión, no pueden ser opuestas a terceros, porque ningún acuerdo corporativo puede limitar la responsabilidad de quienes lo adoptan²⁴.

Cualquiera sea la doctrina jurídica que asuman los jueces, ocurre que los usos normativos, especialmente en una sociedad tan diferenciada como la actual, son generalmente imprecisos, y habitualmente difíciles de probar. Por ello, lo usual será que el juez, a falta de reglas legales que definan el ilícito, se vea obligado a construir prudencialmente el deber de cuidado. En esta tarea, sin embargo, no se debiera olvidar que una función importante del derecho privado es dar forma al tráfico espontáneo al interior de la sociedad, de modo que difícilmente se puede prescindir de aquello que con naturalidad esperamos de los demás como conducta debida. Y estas expectativas están particularmente referidas a las ‘buenas prácticas’ de cada actividad, definidas según los usos normativos, esto es, por aquello que espontáneamente se tiene por un correcto desempeño.

VIII. LA CULPA COMO INFRACCIÓN A UN DEBER DE CUIDADO DEFINIDO POR EL JUEZ

21. A falta de ley y de usos normativos, y supletoriamente aunque los haya, corresponde al juez la aplicación en concreto del estándar de cuidado. En efecto, como he intentado mostrar, la ley y los usos normativos no son exhaustivos en sede civil, de modo que si el demandado los ha observado, ello no impide que el juez indague si el autor del daño actuó negligentemente, atendidas las circunstancias. Con mayor razón rige esta regla de determinación judicial de los

²⁴ FLEMING John, *An Introduction to the Law of Torts*, Oxford: Clarendon Press, 2ª edición, 1985, 30.

deberes de cuidado si no existe regulación legal o consuetudinaria.

En la determinación del deber de cuidado el juez tiene la orientación general del estándar de la persona prudente, diligente y razonable. En la aplicación de ese patrón general y abstracto de conducta a los hechos de la causa el juez realiza una tarea eminentemente normativa, pues tiene que descubrir la regla que el demandado debió observar en la situación concreta. En esa tarea es necesario considerar la situación de hecho en que se encontraba el demandado y ponderar los diversos intereses en juego. En términos muy generales, esos intereses son, por una parte, la libertad para desplegar relacionalmente su actividad y, por otra, la expectativa legítima de la víctima de no sufrir daños injustos.

De la persona diligente se espera usualmente que minimice, pero que no elimine por completo el riesgo. La culpa supone tomar un riesgo excesivo, más allá de lo razonable²⁵. Por otro lado, el cuidado debido es un concepto normativo, pero también típico, que responde a la manera como actuaría una persona razonable y diligente, atendidas las circunstancias²⁶.

22. A la jurisprudencia corresponde precisar paso a paso los deberes más concretos que responden típicamente al modelo de conducta. Para ello, sin embargo, debe recurrir a *criterios de razonabilidad*. Y en circunstancias que la economía es la ciencia de las decisiones racionales, el enfoque económico resulta en la práctica muy fértil al momento de determinar los deberes de cuidado. La persona diligente actúa en consideración de las consecuencias de su conducta, asumiendo en su decisión los caminos de acción alternativos. Por eso, Richard Posner, uno de los impulsores más lúcidos del análisis económico del derecho, dice irónicamente que para la prevención de accidentes del tránsito “la justicia correctiva puede estar en el asiento del conductor, pero la economía es requerida para decirle al conductor cuando girar, parar, acelerar y así sucesivamente”²⁷.

En otras palabras, la racionalidad instrumental es un aspecto decisivo de la diligencia, como se muestra en los principales criterios de determinación del cuidado.

²⁵ WEINRIB, op. cit. [nota 7], 145.

²⁶ DEUTSCH Edwin, «Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht», en *Archiv für civilistische Praxis*, 2002, 899, 900.

²⁷ POSNER Richard, «Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry», en OWEN David (editor), *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Clarendon Press, 1995, 99, 108.

Pero ella no es excluyente, sino más bien dependiente de otras valoraciones, porque la determinación de la diligencia supone ponderar normativamente los intereses en juego, atendiendo a su fundamentalidad y al modo que condicionan la concreción de otros intereses. Por otra parte, de la circunstancia de que se empleen criterios económicos en la determinación del cuidado debido no se sigue que la responsabilidad civil en su conjunto sea considerada a la luz de principios prácticos de bienestar general, como pretenden los enfoques más radicales de derecho y economía.

IX. CRITERIOS PARA LA DEFINICIÓN JUDICIAL DE LOS DEBERES DE CUIDADO

23. El primer criterio de valoración del cuidado debido es la *peligrosidad de la acción*. Ésta, a su vez, es función de dos criterios concurrentes, la *intensidad del daño* que la acción amenaza producir y la *probabilidad* de que llegue a materializarse. Así, el descuido que se asocia a daños severos a la integridad física, por ejemplo, es juzgado en forma más estricta que aquél que sólo genera daños materiales. La amenaza de un daño muy intenso lleva a exigir que se adopten mayores precauciones para evitarlo²⁸.

²⁸ No es común encontrar casos en que se acuda exclusivamente a la intensidad del daño como criterio para determinar la culpa. Por lo general, ésta actúa implícitamente, en conjunto con otros criterios, como la probabilidad de su ocurrencia, y normalmente no es posible distinguir la relevancia que los jueces asignan a uno u otro, atendida la falta de consideraciones explícitas en los fallos. Una aplicación explícita de la intensidad del daño como criterio para determinar los deberes de cuidado puede verse en un caso de negligencia médica en que se falló que “los deberes de acción relativos al cuidado de la salud y vida de las personas que incumben a los profesionales de curar, tienen, en principio, el carácter de deberes de singular jerarquía en razón del bien jurídico que protegen”, Corte de Copiapó, 28.6.2002, *Gaceta Jurídica* Nº 268 (2002), 133 (140). De manera autónoma el criterio es también especialmente utilizado para determinar el cumplimiento de la obligación de seguridad del empleador en materia de accidentes del trabajo, donde se ha fallado que “el empleador es un deudor de seguridad a sus trabajadores. La obligación de otorgar seguridad en el trabajo, bajo todos sus aspectos, es una de las manifestaciones concretas del deber general de protección del empleador; su cabal cumplimiento es de una trascendencia superior a la de una simple obligación de una de las partes en un negocio jurídico, pues ella mira a la prevención de los riesgos profesionales, lo que importa a sus trabajadores, a sus familias y a la sociedad toda, tanto para proteger la vida y salud de los trabajadores, como por razones éticas y sociales”, Corte Suprema, 27.5.1999, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, T. XCVI (1999), sec. 3ª, 89 (91), publicada también en *Fallos del Mes* Nº 486 (1999), 851 (854).

24. La *probabilidad* del daño, por su parte, es una variable acotada de la previsibilidad, pues mientras ésta muestra un resultado como posible, la probabilidad mide el grado de esa posibilidad. La probabilidad es una cuestión de hecho, que es antecedente para un juicio normativo acerca de la diligencia debida.

La probabilidad de la ocurrencia del daño sumada a la intensidad son los factores para determinar la *magnitud del riesgo* comprometido por una actividad. Es de toda evidencia práctica que a mayor riesgo, mayor debe ser el cuidado aplicado a la acción.

La circunstancia de que la probabilidad del daño sea uno de los criterios que permiten al juez determinar los deberes de cuidado, permite además confirmar que la *previsibilidad* es un elemento inseparable de la culpa, pues sólo es posible medir la probabilidad de un resultado dañoso en la medida que resulte previsible para el actor. Con todo, existe una diferencia entre ambos conceptos: la previsibilidad del daño es independiente de la magnitud de la probabilidad. Para que el daño sea previsible basta que el riesgo sea real, cualquiera sea su magnitud²⁹. La probabilidad, por el contrario, es un criterio cuantificable, que es decisivo para apreciar cuánto cuidado debe ser empleado por una persona diligente.

25. Para la definición del cuidado debido también es relevante el *valor de la acción que ocasiona el daño*. La razón es puramente prudencial: el cuidado que emplea una persona diligente en la ejecución de una conducta carente de utilidad será usualmente mayor que el aplicado a una acción valiosa que genera el mismo riesgo. El objeto de esta valoración está constituido, por una parte, por los intereses jurídicos que se ven afectados por la acción que genera el riesgo, y, por la otra, por el valor moral o la utilidad que tiene esa acción.

Por lo mismo, el riesgo creado por una acción que no genera utilidad alguna debe entenderse sometida a un sumo cuidado. En el extremo, resulta justificado establecer respecto de estos riesgos un estatuto de responsabilidad estricta, como el que establece el Código Civil respecto de los animales fieros, que no reportan utilidad para la guarda o servicio de un predio (artículo 2327).

²⁹ FLEMING John, *The Law of Torts*, Sydney: Law Book Company, 8ª edición, 1992, 115.

Por el contrario, si la actividad es particularmente valiosa, una persona razonable está dispuesta a asumir riesgos proporcionalmente mayores. Un ejemplo es el ejercicio de la libertad de información, que atendida la función constitutiva que cumple para la cautela de otras libertades tiende a ser especialmente valorada en la tradición del constitucionalismo democrático, aun a costa de tolerar ciertos errores justificados que afectan la honra ajena³⁰.

26. También influye en la valoración de la acción emprendida si los beneficiarios de la actividad son sólo quienes la practican, como ocurre con la caza deportiva y, en general, con la práctica de aficiones riesgosas, o si, por el contrario, ésta favorece en proporciones significativamente equivalentes, tanto a las víctimas como a los autores del daño. Por cierto que el grado de cuidado debe ser mayor en el caso de actividades que no generan *ventajas recíprocas* al interior de la sociedad, porque ellas suponen una especie de apropiación unilateral de los beneficios que de ellas se siguen. Ese es el caso de la caza deportiva o de deportes riesgosos que pueden amenazar a terceros, que no tienen interés alguno en su realización³¹.

A la inversa de lo que ocurre con las actividades que sólo producen beneficio a quien las desarrolla, este criterio permite también justificar un menor grado de cuidado cuando el demandado produce el daño con ocasión de una acción gratuita, actuando como buen samaritano. En el derecho anglosajón estos casos son genéricamente denominados *rescate*. Lo cierto es que en estas situaciones hay cercanas analogías con el grado de cuidado exigido en sede contractual cuando sólo resulta beneficiado el acreedor (artículo 1547). Así, el médico que interviene espontáneamente en ayuda de una víctima de un accidente de tránsito en plena vía pública, el vecino que causa daños evitables a la propiedad ajena al

³⁰ En otros términos, el valor de la libertad de informar es de tal modo significativo en un estado constitucional, que su ejercicio en materias de interés público sólo impone responsabilidad en casos de negligencia inexcusable. La libertad de expresión se sostiene en una valoración de la importancia de la palabra en una sociedad que pretende hacer valer otras libertades, de modo que aun considerando los riesgos que ella envuelve, una expresión sólo genera responsabilidad civil bajo condiciones especialmente rigurosas.

³¹ La idea de reciprocidad del riesgo como criterio del cuidado debido fue desarrollada por FLETCHER George, «Fairness and Utility in Tort Theory», en 85 *Harvard Law Review*, 1972, 537 (542).

intervenir para apagar un incendio, quien se lanza al agua en salvataje improvisado de alguien que se ahoga, serán juzgados con un rigor atenuado, atendido el valor de su acción³².

27. Finalmente, la economía nos pone sobre aviso de los *costos* que debemos asumir para obtener ciertos resultados. Por más que se tengan reservas respecto del análisis puramente económico de la culpa, la carga de eliminar o disminuir el riesgo de accidentes es relevante a la luz del estándar de la persona diligente y razonable. Por cierto que los accidentes del tránsito se podrían disminuir sustancialmente si se eliminaran los cruces de calles al mismo nivel, si todas las carreteras tuvieran doble pista, si las curvas pronunciadas se evitaran con túneles y así sucesivamente. Y también pueden eliminarse muchos daños personales si todos los automóviles estuviesen provistos de *airbag* y de frenos con dispositivo *ABS*. En uno y otro caso, sin embargo, exigir esas precauciones puede resultar exorbitante. Su costo impediría que se completara la red de carreteras y haría imposible a muchas personas acceder al automóvil. Lo mismo vale en las más diversas actividades: así, por ejemplo, los *costos* establecen un límite a los deberes médicos de cuidado, especialmente en lo referente a equipamiento; un medio ambiente más amigable tiene un umbral de costos sobre la actividad económica que sólo progresivamente se pueden asumir, y así sucesivamente.

X. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA CULPA CIVIL

28. La consideración de los costos de prevención nos introduce en el análisis económico de la responsabilidad por culpa, cuyo objetivo es buscar los criterios socialmente óptimos de prevención de accidentes. En esa tarea, se asume que la culpa es un criterio que evita niveles excesivos o demasiado escasos de prevención. Lo primero ocurriría típicamente si los costos para prevenir los daños exceden los daños que se evitan. Lo segundo, si se aplican escasas precauciones para un riesgo muy alto. Vinculando el criterio de costo de prevención con la

³² FLEMING, op.cit. [nota 24], 53.

magnitud del riesgo, el juez norteamericano Learned Hand llegó a elaborar una fórmula para determinar la culpa, según la cual una persona actúa en forma negligente, si el costo de evitar un accidente es menor que el daño susceptible de ser producido por la actividad de que se trata multiplicado por su probabilidad, esto es, por su índice de la peligrosidad³³.

En el fondo, esta fórmula define la culpa como un umbral de eficiencia determinado por la comparación del costo de prevención de accidentes con el costo que irrogan los daños que de ellos se siguen. El costo de los accidentes es función del riesgo, medido sobre la base de la intensidad del daño previsible y la probabilidad de que éste ocurra. Así, si con cada unidad adicional de gasto en prevención se ahorran costos de accidentes superiores a ese valor, es exigible que se incurra en ese costo. Habrá, sin embargo, un punto en que la unidad marginal de gasto preventivo tendrá por efecto una disminución de los daños inferior a ese gasto. En este umbral, la inversión en prevención deja de ser eficiente y no resultaría exigible respecto de quien desarrolla la actividad.

29. Este análisis de la negligencia asume los supuestos marginalistas y de eficiencia que subyacen al análisis económico del derecho: “los costos esperados y los costos reales de los accidentes deberán compararse en el margen, midiendo los costos y los beneficios de pequeños incrementos de la seguridad y dejando de invertir en más seguridad en el punto en que otro peso gastado genere sólo un peso o menos de seguridad adicional”³⁴.

El enfoque económico de la culpa (como de la responsabilidad civil en general) reclama para sí un mayor grado de precisión de las premisas necesarias para una decisión racional. En efecto, la fórmula de Hand, con las correcciones que sean aconsejables³⁵, otorga un esquema analítico que permite hacer conmensurables los factores que determinan el nivel racional de cuidado. En tal sentido, se podría decir que la economía permite una cierta aritmética de la

³³ La fórmula proviene del caso *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947), y aparece citada por POSNER Richard, *El Análisis Económico del Derecho* (traducción de Eduardo L. Suárez), México: Fondo de Cultura Económica, 1998 (1992), 156.

³⁴ *Idem*, 157.

³⁵ COOTER Robert y ULEN Thomas, *Derecho y Economía*, México: Fondo de Cultura Económica, 1998 (1997, 2ª edición en inglés), 400.

prudencia. Además, el análisis económico tiene la ventaja del discernimiento incremental (esto es, marginal) del cuidado, que permite juzgar la racionalidad de las medidas de cuidado adicionales, que podrían haber impedido el accidente, en vez de confiar en juicios globales e imprecisos acerca del cuidado debido.

30. Los límites del análisis económico surgen, con todo, ya en el terreno conceptual: hay buenas razones para asumir que el enfoque metódico del derecho civil tiene sus raíces en una idea de justicia correctiva o conmutativa, que atiende a lo que corresponde a cada cual en una relación entre partes. Por eso, no es menor el cambio de transformar institutos como la responsabilidad civil a la luz de una racionalidad que atiende a fines sociales generales y a los medios apropiados para obtenerlos. En la dimensión de la justicia, concebir la responsabilidad como una técnica social significa desatender el principio normativo que prescribe que el juicio de responsabilidad se agote en la relación entre el tercero que es demandado y la víctima que pretende ser indemnizada: “el núcleo estructural del derecho de la responsabilidad civil está representado por el juicio caso a caso en que la víctima específica persigue la reparación de ciertos perjuicios de parte de aquél que ella estima responsable”³⁶.

Por lo mismo, no parece justo un discernimiento de la diligencia debida que iguale aritméticamente los costos de prevención a los costos que la actividad irroga a las víctimas de los accidentes, en particular en situaciones en que no existe reciprocidad en los riesgos. En verdad, desde el punto de vista de la justicia correctiva, puede argumentarse que la existencia de un riesgo muy sustancial es razón suficiente para estimar negligente la conducta, cualesquiera sean los costos para reducir el riesgo, lo que explica, por lo demás, que las actividades en extremo riesgosas estén sujetas a regímenes de responsabilidad estricta o a presunciones de culpa muy difíciles de contrarrestar³⁷.

A ello se suma la dificultad de comparar costos propiamente económicos con valores no patrimoniales, como la vida, la privacidad o la libertad³⁸. Final-

³⁶ COLEMAN Jules, *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2001, 16.

³⁷ COLEMAN Jules, *Risks and Wrongs*, Cambridge: Cambridge University Press, 1992, 368.

³⁸ FLEMING, op. cit. [nota 29], 119.

mente, el análisis económico parece especialmente pertinente en actividades donde predomina el cálculo racional (como, por ejemplo, en la responsabilidad en el ámbito de los negocios), pero difícilmente da cuenta de la realidad práctica allí donde las decisiones son instantáneas o simplemente impulsivas³⁹.

31. Por pertinentes que sean estas consideraciones críticas, conviene reconocer al enfoque económico la ventaja de apuntar al centro de la responsabilidad por negligencia, en la medida que alerta sobre algo que sabemos con naturalidad en la vida corriente, como es “que para obtener una cosa debemos renunciar a otra, y nos enseña a comparar lo que obtenemos con lo que perdemos y a discernir qué estamos haciendo cuando decidimos”⁴⁰. Esta forma de pensar nada tiene de heroica, pero no es en absoluto ajena a la prudencia de la persona diligente. Sólo que esta última parece ser más sensible al contexto de la acción que a modelos puramente cuantitativos.

³⁹ KÖTZ Hein, *Deliktsrecht*, Hamburg: A. Metzner, 5ª edición, 1991, 50.

⁴⁰ HOLMES Oliver W., «The Path of the Law», en 10 *Harvard Law Review*, 1897, 457, 474.

