

“SURPRISE!”:

EL CONCEPTO DE CULPA AQUILIANA EN EL ANTEPROYECTO DE GÁSPERI

“... Aureliano supo que para la insondable divinidad, él y Juan de Panonia (el ortodoxo y el hereje, el aborrecedor, el acusador y la víctima) formaban una sola persona”.

“Los teólogos” –
Jorge Luis BORGES

Excavar en tierras del Anteproyecto y encontrar una sorpresa

Los estudios arqueológicos sobre el derecho privado paraguayo todavía están por hacerse. Me refiero, esencialmente, a aquellos que buceen profundo en las fuentes mediatas e inmediatas de nuestro Código Civil para explicar ese carácter “multi-nacional” (si el lector generoso me concede la licencia lingüística), tan peculiar y tan característico del mismo. Creo que no se ha insistido suficientemente en este rasgo del Código: posee una combinación pocas veces vistas de fuentes, lo que significa que no sirve la mera cita al derecho italiano, o argentino o alemán, sin más cualificación, como comúnmente se hace. Esto no se puede hacer, por la sencilla razón que el Código es en realidad un verdadero *pastiche* normativo, de forma tal a que incluso en un instituto jurídico bien delimitado se encuentran artículos provenientes de distintos sistemas. Por tanto, un estudio verdaderamente sistémico de la materia obliga a un nuevo y fresco análisis, que integre las distintas fuentes.

Para que se entienda bien esto quizás baste con un solo ejemplo (de cientos posibles): la regulación de la acción pauliana en el Código contiene normas de distintos sistemas – especial aunque no exclusivamente el Código de VÉLEZ y el *Codice* Italiano de 1942¹ – algo que obliga a realizar una nueva síntesis para entender el sistema de nuestro Código, que no es ni igual al italiano ni al argentino: es paraguayo.

En suma, lo que se requiere, en palabras del gran jurista escocés Neil MACCORMICK², es una “reconstrucción racional” de nuestro derecho desde un punto de vista arqueológico, para entender su real alcance normativo. Y esta tarea de reconstrucción racional exigirá, necesariamente, la alusión a sus fuentes mediatas e inmediatas – que son muchas – y, muy especialmente, al *Anteproyecto* de Luis DE GÁSPERI.

¹ También tiene otras fuentes como el Proyecto Argentino de 1936, el *Anteproyecto* DE GÁSPERI, *inter alia*, pero las enunciadas en el texto son las más importantes. La mayor fuente de controversia (no la única) a la hora de interpretar a la acción pauliana en el Código Civil paraguayo gira en torno a la naturaleza de la acción, es decir, si se trata de una acción de nulidad o de mera inoponibilidad; en este último sentido se expide el Código Italiano, pero en esta parte el Código prefirió retener la palabra “revocación” de VÉLEZ, que deja así dudas sobre si realmente estamos ante una acción de inoponibilidad o de nulidad. De ahí que se necesite un estudio sistémico fresco, para conjugar todas las fuentes en el máximo grado posible de inteligibilidad. En particular, me he ocupado de la acción pauliana detenidamente en un artículo del año 1998, “Los Actos Jurídicos Fraudulentos”, *Revista Jurídica de la Universidad Católica*, Asunción, pag. 319 y sgts. (a favor de la tesis de la inoponibilidad).

² Neil MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2005.

El *Anteproyecto* parece sufrir de un mal muy común en nuestro país: como todo monumento histórico paraguayo, o lo tomamos por sentado, o directamente lo ignoramos.³ Ambas opciones son errores imperdonables. El *Anteproyecto*, con sus virtudes y deficiencias, es un monumento que exige una incesante excavación arqueológica, no sólo para aprender más, sino por sobre todo, para entender mejor al Código actual.

Ahora bien: toda lectura no superficial del *Anteproyecto* presenta al estudioso, además del reconocimiento inevitable de que sabe tan poco de derecho civil (¡es tanta la erudición de DE GÁSPERI!), el descubrimiento de muchas sorpresas, algunas verdaderamente insospechadas. Esta nota, deliberadamente breve y cáustica, fue provocada precisamente por el hallazgo de una sorpresa encontrada en el marco de un proyecto arqueológico-jurídico mayor dedicado al estudio de la responsabilidad civil en el *Anteproyecto*.⁴

La sorpresa en cuestión tiene que ver con la concepción de la culpa extracontractual o aquiliana que el *Anteproyecto* contenía. El haber encabezado la nota con un vocablo inglés, espero, quedará plenamente explicado en el devenir de las páginas siguientes.

Adopción de un dualismo “fuerte” entre responsabilidad contractual/extracontractual en el Anteproyecto

Lo primero que revela el estudio arqueológico de la responsabilidad civil en el *Anteproyecto*, al realizarse apenas una “visión de vuelo de pájaro” del sistema, es la peculiaridad de haber adoptado, aún en contra de la tendencia creciente en el derecho comparado, un dualismo “fuerte” en materia de daños. En particular, me interesa destacar aquí la postura legislativa que tomó DE GÁSPERI ante uno de los debates más intensos que se ha venido dando 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”).⁵

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

Tradicionalmente, se entendió que ambas cuestiones no podían ser asimiladas en lo absoluto, pues la existencia o no de un contrato válido era determinante para afirmar que se estaba en presencia de dos fenómenos distintos que, por ende, exigían de una regulación diferenciada. A un jurista romano o a uno que trabaje en la cosmovisión del

³ La gloriosa Iglesia de Humaitá, por citar un ejemplo de miles, es tomada por sentado cuando aparece en algún billete o moneda, o ignorada cuando vemos que en cualquier momento – y ante la pasividad casi total de autoridades – puede desplomarse. Etcétera.

⁴ Este proyecto ahora ha visto la luz en el libro mellizo al presente: ____.

⁵ Clásico tratamiento en el monumental *Traité* de los hermanos Henri y León MAZEAUD, actualizado por André TUNC: *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Ediar, Buenos Aires, 1962; una visión actual y completa es la de Félix TRIGO REPRESAS y Marcelo LÓPEZ MESA, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Tomo I, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2004.

common law, la respuesta le parece tan evidente – se tratan de dos cosas distintas, y por ende, ameritan de una doble regulación – que un pensamiento contrario parecería ser sencillamente absurdo.⁶

Sin embargo, la postura contraria, absurda o no, ha tenido la suficiente fuerza gravitacional como para pasar a ser la postura mayoritaria hoy en día en el derecho continental o *civil law*. Incluso, al punto de que en algunos países (pienso en Argentina, por ejemplo⁷), decir que no debe haber una regulación única de la responsabilidad civil contractual y extracontractual es casi una causal de interdicción.

A efectos expositivos, puede decirse que han existido tres grandes posturas que se han dado en la doctrina (o en la legislación) sobre la dualidad o unidad de los sistemas de responsabilidad por daños⁸:

(i) Dualismo “fuerte”: la tesis tradicional en el ámbito del *civil law* hasta bien entrado el siglo XX era la que aceptaba una dualidad entre las responsabilidades contractuales y extracontractuales. Según esta tesitura, no pueden ser confundidas la responsabilidad derivada de un delito civil y del incumplimiento de un pacto privado. Por ello, existen efectivamente “dos culpas”, una para lo contractual y otra para lo extracontractual, y por tanto, deben existir dos regímenes cabalmente distintos de responsabilidad civil. La regulación dual de la responsabilidad civil contractual y extracontractual es, en esta concepción, no solamente correcta, sino necesaria, por tratarse de dos fenómenos distintos.

Un ejemplo ilustrativo⁹ del dualismo fuerte parecería ser el del derecho romano clásico, en el cual las regulaciones de la *lex aquiliae* y las relacionadas al incumplimiento de los contratos eran absolutamente distintas. Todavía mejor y más exacto parece ser el caso del *common law* actual, que se caracteriza por una distinción absoluta entre ambos regímenes, tratándose en materias totalmente distintas al

⁶ No puedo dejar de recordar aquí al gran jurista inglés F. H. LAWSON, quién en su incomparable (y lastimosamente no traducido: no hay mejor forma de entender el derecho continental que leyendo a este maestro) libro *A common lawyer looks at the civil law*, Greenwood Press, Connecticut, 1977, pags. 162-163, había conjeturado que quizás los civilistas habían ido demasiado lejos con la generalización de la idea de la obligación, lo que facilita la ulterior posibilidad conceptual de hablar de unificación de regímenes; este proceso de generalización, como se sabe, no se dio en el derecho anglosajón, lo que hace que le resulte *ab initio* imposible al *common lawyer* plantearse siquiera la unidad (sus páginas también incluyen una interesante objeción, no planteada usualmente en las discusiones sobre el tema: que si bien la obligación contractual puede extinguirse por imposibilidad, sería absurdo decir lo mismo de una obligación de reparar un daño).

⁷ La discusión ha sido extraordinariamente intensa en este país, culminándose (luego de cientos de obras, monografías, Jornadas, etc.) en la regulación por el *Proyecto de Código Civil de 1998* en forma unitaria de la responsabilidad civil – algo que hasta el momento no se había hecho en ningún otro país del *civil law*. Un *status quaestioni* reciente y completo en TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, n. 5, Tomo I; o PIZARRO y VALLESPINOS, *Obligaciones*, Tomo II, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

⁸ BUSTAMANTE ALSINA, en su exposición al respecto, prefiere hablar de tesis “dualistas”, “unicidad” y “unidad”, correspondiendo cada una (más o menos) a la exposición nuestra. Ver su *Teoría de la Responsabilidad Civil*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997 (9na. Edición).

⁹ Bajo riesgo de caer en un anacronismo, porque el derecho romano no tenía la “sistematización” doctrinaria como para afirmar algo así. Suficientes advertencias al respecto en LAWSON, n. 6; una exposición reciente (casi gloriosa) la de Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, OUP, Oxford, 1995. De todos modos, no caben dudas que un jurista romano jamás hubiera concebido confundir acciones derivadas de un pacto vestido de las derivadas de la tutela aquiliana.

incumplimiento contractual (o *breach of contract*, en la materia de “*Contract law*”) y al hecho ilícito (o *tort*, bajo la materia “*Tort law*”).

En el derecho continental, como se adelantó, ésta fue la concepción originariamente leída al *Code* francés y sus émulos, entre ellos el Código de VÉLEZ, aunque esta posición, como se aclarará seguidamente, fue posteriormente modificada por la doctrina y jurisprudencia hacia un “dualismo débil”.

(ii) Dualismo “débil” (o “unicidad”): según esta postura, el fenómeno en sí es el mismo – vale decir, la respuesta del ordenamiento jurídico ante un daño –, aunque se lo regule en forma separada y en cuanto a 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 que llevan a esa regulación separada según la responsabilidad provenga de un hecho ilícito o del incumplimiento de un contrato válido. Para resumir: “Una culpa, dos regímenes”.¹⁰

Es, como se adelantó, la interpretación que le ha dado la doctrina más moderna a los sistemas del *Code* y del Código de VÉLEZ, entre otros. Años de refinamiento y reconstrucción del sistema llevó a la conclusión que en realidad no existen “dos culpas”, sino sólo una, permaneciendo no obstante diferencias prácticas en la regulación puntual por la ley.¹¹

Nuestro Código Civil de 1987, por su parte, es uno de los que más lejos ha llevado la tesis de la “unicidad” en la práctica. Así, ha acogido no sólo una concepción unitaria de la culpa aplicable a los actos ilícitos y al incumplimiento contractual, sino que también ha unificado las reglas de “apreciación de la culpa”¹² en ambos campos.

Sin embargo, existen algunas diferencias prácticas importantes (el ejemplo más simple – pero no el único –, es el de la prescripción: 2 años por el ilícito, 10 para las acciones contractuales en general), y, desde el punto de vista de la metodología legislativa, se ha optado por seguir con la tradicional regulación “dual”.¹³

(iii) Unidad y consecuente unificación legislativa: la tesis de la unidad señala al igual que la anterior no sólo que se debe partir del fenómeno unitario del daño, pero va un paso más allá: afirma que además se debe regular en forma conjunta a la responsabilidad civil derivada del incumplimiento del contrato y a la derivada de un simple acto ilícito. No sólo se acepta que existe “una sola culpa”, sino que

¹⁰ 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 inexecución de los contratos o en la comisión de hechos ilícitos. Hay una sola culpa y un doble régimen de responsabilidad culposa”, en su *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, Bs. As. 1967, T. I., pag. 177. ALTERINI, en su *Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, 1987, 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.”

¹¹ Para Francia, el *Traité* ya citado (n. 5) de MAZEAUD-TUNC; para Argentina, ver obras citadas n. 5 y n. 8, *supra*.

¹² Me refiero al art. 1855 del Código Civil.

¹³ Como se sabe, buena parte de la responsabilidad contractual está incluida en el Libro II, de los efectos de las obligaciones (art. 417 y sgts.), en tanto la responsabilidad extracontractual está regulada en el Libro III, art. 1833 y sgts.

ontológicamente el tema es uno sólo – el daño jurídico y la reacción del ordenamiento al mismo – razón por la cual no deben existir diferencias en la regulación. Ello conlleva, fatalmente, a que exista una regulación única del fenómeno.

El mejor ejemplo que conozco de una regulación absolutamente unitaria de la responsabilidad contractual y la extracontractual en un mismo Título¹⁴ es el del *Proyecto de Código Civil* de 1998 para la República Argentina, proyecto que, sin embargo, no ha visto la luz legislativa (y, como todo parece indicar, tampoco la verá en el futuro).

Repasadas las distintas posiciones, conviene preguntarse cuál fue la postura que adoptó en su momento el *Anteproyecto*. La misma no es baladí: resulta evidente que la posición que adopte un cuerpo como el de un Código Civil con relación a esta cuestión es fundamental, pues se refiere a la estructuración misma del sistema de responsabilidad civil, a su concepción holística en ese cuerpo legal.

Y aquí viene lo primero que se debe apuntar cuando se analiza a la responsabilidad civil en el *Anteproyecto*: DE GÁSPERI adoptó una posición diametralmente opuesta a la que se adoptaría en el producto final del Código paraguayo. Y es que ahí donde el Código actual adopta en forma decidida, como apunté arriba, la postura de la dualidad “débil” o unicidad, el *Anteproyecto* es declarada e intencionalmente dualista, en el sentido “fuerte” de la palabra. De hecho, el dualismo del *Anteproyecto* es incluso más fuerte que el del propio Código de VÉLEZ o el *Code* francés, por lo que puede hablarse de un verdadero “dualismo radical”, como se verá en el próximo apartado.

La dualidad de culpas en el Anteproyecto: la culpa contractual in concreto y la extracontractual in abstracto

Esta radicalidad del dualismo del anteproyectista nacional no se redujo a regular a la responsabilidad extracontractual y la contractual en forma separada (lo que sería, por sobre todas las cosas, una decisión de “metodología legislativa”, por así decirlo). Su dualismo va mucho más allá de este hecho superficial.

En efecto: DE GÁSPERI incorpora dos concepciones (y definiciones) explícitas de la “culpa” que generalmente han sido tratadas, en la doctrina tradicional, como irreconciliables.¹⁵ El propio jurista paraguayo, a no dudarlo, las considera así. Y al

¹⁴ El maestro español YZQUIERDO TOLSADA recuerda que algunos países socialistas de la Cortina de Hierro (como la antigua República Democrática Alemana) habían intentado algo parecido, pero con una diferencia crucial: sólo habían acogido el daño estrictamente patrimonial. Con respecto al caso argentino, por otra parte, dice: “en un país con ordenamiento civil ‘de corte latino’ (esto) es sin duda algo espectacular. Al fin y al cabo, las legislaciones de los países socialistas que han optado por la unificación de regímenes parten de la base que el daño moral no es indemnizable... Y así, en un sistema de ‘café para todos’ es fácil unificar. El mérito está en hacer equivalente los resarcimientos partiendo del concepto de daño en un sentido **integral**”. Profundícese en el completo, ameno y ampliamente recomendable libro de este Profesor español: *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, Edit. Dykinson, Madrid, pag. 105 y sgts. (pero teniendo en mente la matización posterior de que debe hablarse en todo caso de una “moderada unificación”).

¹⁵ En MAZEAUD-TUNC En su *Traité*, n. 5, T. 1-II, pags. 75 y sgts. este carácter irreconciliable está claramente expresado: para parafrasear a estos notables galos, una cosa es café (la concepción concreta de la culpa) y la otra leche (la concepción abstracta), y no se las puede mezclar (no hay café con leche). Más abajo conjeturaré que quizás esta incompatibilidad no es tan extrema como parece.

incorporar ambas definiciones, llevó a la dualidad de sistemas de responsabilidad a una radicalidad que, puede decirse, no se había visto en otro lugar.

De esta forma, el lector se encontrará que en el *Anteproyecto* una cosa es la culpa cuando estamos en el ámbito contractual, y otra muy distinta es la culpa en el esquema de la responsabilidad extracontractual.

Para la primera de ellas, la contractual, DE GÁSPERI optó – siguiendo explícitamente a VÉLEZ – por la llamada “culpa *in concreto*”, que atiende a las circunstancias propias del tiempo, lugar y naturaleza de la ejecución de la obligación contractual. Sin embargo, al llegar la hora de la responsabilidad extracontractual, DE GÁSPERI prefirió seguir otro modelo, el de la llamada “culpa *in abstracto*”, en el cual se toma como base un modelo general romano del *bonus pater familiae* o “buen padre de familia”, o de “hombre diligente”, etc., para medir la culpa del que ha causado el hecho ilícito.

El dualismo es, ciertamente, radical. Dos conceptos de culpa, culpa *in concreto* e *in abstracto*, en un mismo cuerpo jurídico.

De esta forma, si leemos el *Anteproyecto*, tenemos por una parte la concepción de la culpa del art. 843, bajo el Título I “De las obligaciones en general”, Capítulo V “Del incumplimiento de las obligaciones”; ésta es la culpa “contractual” *in concreto*. Por la otra, 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), y bajo el Título IV “De las obligaciones derivadas de los actos ilícitos”; la culpa aquiliana o extracontractual, o *in abstracto*.

Para graficar la diferencia entre la dualidad de culpas, bien vale distinguir las mismas tal cual lo hizo el propio anteproyectista:

(a) *Culpa contractual “in concreto”*: el art. 843, segundo párrafo del *Anteproyecto* había adoptado (en materia de obligaciones contractuales), la concepción concreta de la culpa:

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.¹⁶

(b) *Culpa extracontractual “in abstracto”*: Por otro lado, y ya en sede responsabilidad aquiliana, el art. 2468 del *Anteproyecto* había acogido la siguiente concepción abstracta de la culpa:

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.¹⁷

¹⁶ Es interesante apuntar que DE GÁSPERI repitió esta definición en su *Anteproyecto*; la incluye el artículo citado arriba y también el art. 798.

¹⁷ Nótese de paso que la redacción original del *Anteproyecto* habla de “opinión” y no de “omisión”. Se trata de un evidente error tipográfico, que corregimos en el texto arriba.

Puede entenderse ahora la razón por la cual llamé a la opción de DE GÁSPERI de “dualismo *radical*” en materia de la responsabilidad civil por daños. En su *Anteproyecto*, hay un sistema de responsabilidad contractual por un lado (en el cual se mide la culpa del deudor en forma concreta, atendiendo a las circunstancias personales de la persona del deudor) y un sistema de responsabilidad extracontractual (en el cual la culpa se mide más bien en forma abstracta, desde un estándar o patrón idealizado – la persona prudente – y de este tipo abstracto se compara con el caso concreto sometido a juicio).

Para resumir: “dos culpas, dos regímenes”.

La pregunta ineludible ahora es: ¿hubo aquí un desliz o descuido por parte del jurista (algo que por otra parte sería plenamente comprensible si se entiende que estaba enmarcado en una tarea ciclópea, la de armar el *Anteproyecto* sólo¹⁸, y en un lapso de tiempo extraordinariamente breve)?

No, no existió tal desliz o descuido. Se trató de una decisión meditada, deliberada. El propio jurista paraguayo se encarga de declararlo así explícitamente, al seguir expresamente al notable jurisprudente argentino BIBILONI, en contra de VÉLEZ SARSFIELD y de 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 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, cuidadoso, 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.*¹⁹

Hay mucho que masticar en esta nota.

¹⁸ No falta quien piense que el Código actual es inferior al *Anteproyecto* precisamente debido a que el último lo hizo una sola persona y por ello tendría menos incoherencias, etc. Esto es un error, y no solo porque el *Anteproyecto* no está exento (¡no podría estarlo!) de sus propias incoherencias, redundancias (en la n. 16 acabo de apuntar una redundancia indebida) o contradicciones, sino porque como diría el siempre agudo Leonardo CASTELLANI, parafraseando a Sto. TOMÁS: “para que la Ley salga realmente Ley... ley justa, pareja y prudente, comúnmente se requiere que no salga del mate de uno solo, sino que se junten varios mates buenos... y si es posible, todos”. En el imperdible libro *Cómo sobrevivir intelectualmente al siglo XXI*, Libros Libres, Madrid, 2008, pag. 51.

¹⁹ DE GÁSPERI, *Anteproyecto*, pag. 768.

En primer lugar, el expreso abandono de el anteproyectista a la así llamada concepción “psicológica” o “subjetiva” de la culpa, según la cual la misma es una suerte de reproche, y la adopción de una concepción objetiva de la culpa – hoy en día, mayoritaria en el *civil law* – al tratarla, siguiendo a los MAZEAUD, como un “error de conducta”.²⁰ Volveré sobre este punto más adelante.

En segundo lugar, y en algo que resulta todavía más importante, en la última frase hay una suerte de reproche de DE GÁSPERI a VÉLEZ: ¿cómo puede ser que haya pretendido aplicar la noción de la culpa *in concreto* a la responsabilidad extracontractual? Esto le parece inconcebible a DE GÁSPERI, y lo lleva a defender a BIBILONI en su decisión 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.

DE GÁSPERI estaba (desde las lejanas épocas de la redacción de su *Tratado*, casi treinta años antes) 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, salió 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.*²¹

La conclusión de DE GÁSPERI es indubitable: no puede bajo ningún punto de vista pretenderse que exista una “única culpa” en el derecho civil; deben existir dos “culpas”. Esto, a su vez, justifica que se regulen en forma bien distinta a la responsabilidad aquiliana de los efectos de las obligaciones convencionales, algo que el anteproyectista siguió en forma más bien consecuente en su *Anteproyecto*.

Por tanto, y como primera conclusión importante de esta excavación normativa, puede afirmarse que de haberse adoptado el *Anteproyecto* a libro cerrado, la fisionomía

²⁰ Hoy en día, como enseña el gran Tony HONORÉ, tanto el *common law* como los países más representativos del *civil law* (Alemania, Italia, Francia) adoptan esta noción “objetiva” de la culpa – lo que no debe confundirse con el hecho de que la culpa es un factor subjetivo de atribución y no objetivo (la responsabilidad sin culpa de nuestro Código). Ver Tony HONORÉ, *Responsibility and Luck*, Hart Publishing, Oxford, 1999.

²¹ DE GÁSPERI, *Anteproyecto*, pag. 768.

de la responsabilidad civil hubiese sido – incluso en lo superficial – más bien distinta de la del Código actual.

Harina de otro costal es la corrección o no de esta postura, algo que deberá quedar para otra oportunidad.²² Aquí sólo me interesa un aspecto en particular de la recién transcrita concepción de la culpa aquiliana, la cual iba a suponer la aparición, dentro del sistema de responsabilidad civil paraguayo, de un novedoso personaje.

La sorpresa: la aparición del “reasonable person”

Ciertamente, la definición de la culpa extracontractual en DE GÁSPERI es notable y sorprendente. Y, de haber sido incorporada a nuestro derecho, la misma iba a trastocar profundamente lo que la doctrina y jurisprudencia paraguaya – que había aplicado por una centuria la vieja fórmula veleziana del art. 512 – entendían por “culpa”. Profundamente.

Refresquemos un poco la memoria:

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.

El lector atento ya habrá entendido porqué la adopción de este artículo hubiese supuesto un verdadero cambio de paradigma - en el sentido kuhniano de la palabra – dentro del derecho de daños en nuestro país. De un plumazo, se hubiese pasado de la culpa *in concreto* de VÉLEZ SARSFIELD, según el cual debe medirse la diligencia de acuerdo a las circunstancias del caso, a este modelo abstracto de valoración de la conducta del agente que la compara con la de un tercero – en el derecho francés y sus seguidores, “*le bon père de famille*”; en otros, la “persona prudente”, y en la fórmula que adoptó finalmente DE GÁSPERI: “la persona razonable”.

Y aquí, en este preciso momento, aparece nuestro personaje sorprendente.

En efecto: lo más notable de este artículo no es sólo que se trata de un profundo cambio de paradigma, sino que para el efecto se hubiera recurrido efecto no al modelo típico abstracto tradicionales de los sistemas civiles (“el buen padre de familia” de pedigrí romano), sino al “*reasonable person*”, figura mítica²³ proveniente nada más y nada menos que del *common law* anglosajón, y su idiosincrático *tort law*.

²² En el ensayo contenido en esta colección (“Contribución en 9 Movimientos al estudio de la culpa en el Código Civil Paraguayo”, especialmente el 6to. Movimiento) me he ocupado con más detenimiento de esta cuestión, y remito al lector para una profundización.

²³ Inolvidables resultan las famosas palabras de Lord HERBERT parodiando la doctrina del hombre razonable: “El hombre razonable está siempre pensando en los demás; la prudencia es su guía, y ‘la seguridad primero’ es su regla de vida. Es alguien que mira invariablemente a dónde se dirige y tiene cuidado de examinar el terreno inmediato antes de dar un brinco o un giro; no bobeo ni se pierde en la meditación cuando se aproxima a las puertas de las trampas o a la orilla de un muelle; siempre registra en los talones de sus cheques cuantos detalles sean convenientes; nunca se sube a un autobús en movimiento; no se baja de un carro mientras el tren se encuentre en movimiento; investiga exhaustivamente la buena fe de cada mendigo antes de repartir limosnas, y se informará de la historia y los hábitos de un perro antes de acariciarlo; no cree en chismes, ni los repite, a menos que tengan una base firme para creer que son ciertos; nunca le pega a la bola antes de que quienes estén enfrente hayan desalojado completamente el

Pero, ¿cómo fue que el “*reasonable person*” encontró cabida en un *Anteproyecto* de Código Civil para la República del Paraguay?

La explicación de ello se debe a que DE GÁSPERI decidió aquí seguir una vez más a BIBILONI (cuya obra, si bien jamás vio luz legislativa, es digna de ser leída y releída, no sólo para aprender de la mano de un maestro, sino también por la decisiva influencia que tuvo sobre nuestro anteproyectista, que respetaba y conocía profundamente la obra del argentino²⁴). Y BIBILONI, a su vez, había confesado haberse inspirado en el derecho anglosajón.

Así, por un lado, recuerda el jurista paraguayo que

*La definición de la culpa extracontractual que trasegamos del art. 1383 del Anteproyecto BIBILONI, traída a su vez por él de su formulación en el derecho inglés, según así lo declara en su apostilla a dicho precepto...*²⁵

Y, por su parte, BIBILONI, al intentar cambiar tan profundamente el sistema tradicional vigente en su país, decía:

*Empleamos la fórmula del derecho inglés: la diligencia es determinada por las circunstancias del caso, que exigen mayor vigilancia cuanta mayor sea la gravedad de las consecuencias eventuales y el deber de obrar con prudencia y conocimiento de las cosas; y es caracterizada, además, por el cuidado que en tales supuestos hubiera empleado “una persona prudente y razonable” (HALSBURY, Laws of England, tomo 21, V, Negligence). Es este el patrón (standard) del cuidado ordinariamente requerido para el caso particular y el grado de cuidado efectivamente empleado. Es deber de la Corte, si es necesario, definir cuál es ese standard, y el del jurado, decidir cuando hay discusión de los hechos, si tal prototipo ha sido alcanzado. Ese patrón se funda en la consideración del cuidado que se habría observado por un hombre prudente y razonable. Es el mismo para todos los mayores de edad que están en la posesión de sus facultades, y de un espíritu sano, y no varía con la inteligencia del individuo en que descansa el deber particular de tener cuidado... La doctrina alemana unánime, interpreta en ese sentido el tipo fijado por el art. 276 del Código.*²⁶

Este párrafo amerita, por supuesto, más de una glosa.

En primer lugar, en el mismo puede encontrarse la confesión explícita de BIBILONI de haberse inspirado en la “persona razonable” propia del derecho inglés.

hoyo que es su propio objetivo; jamás pide demasiado de su esposa, sus vecinos, sus sirvientes, su buey o su asno; en sus negocios sólo busca esa margen de beneficio pequeño que 12 hombres como él considerarían ‘justo’, y contempla a sus colegas comerciantes, sus agentes y sus bienes con ese grado de suspicacia y desconfianza que el derecho considera admirable; nunca lanza maldiciones, ni juega juegos de azar, ni pierde el control; siempre se comporta con moderación, y aun cuando está azotando a su hijo piensa en el justo medio. Es un monumento en nuestros Tribunales, en vano llamando a sus conciudadanos para que ordene sus vidas de acuerdo con su ejemplo”; el título del ensayo es “The Reasonable Man”, y cito este extracto de Robert COOTER y Thomas ULEN, *Derecho y Economía*, FCE, Méjico, 1998, pag. 383. Como toda sátira, ésta deja profundas lecciones al operador (en este caso, jurídico), para no exagerar o tomar demasiado en serio con esto de “persona razonable”. Todo extremo, por supuesto y como lo enseñó algún sabio de Estagira, es dañino.

²⁴ Me refiero a los tomos de *Reformas al Código Civil Argentino*, Edit. Kraft, Buenos Aires, 1926, en donde se traslucen con claridad la erudición y actualidad del pensamiento de BIBILONI.

²⁵ Ver *Anteproyecto*, pag. 768.

²⁶ BIBILONI, *Reformas*, Tomo II, pags. 483, 484.

Además, conviene precisar que para hacerlo recurrió a una cita a la conocida compilación de los “*HALSBURY’S²⁷ Laws of England*”, antes que a algún caso o precedente judicial en particular.

La disquisición no es puramente baladí, pues la fuente autoritativa en el derecho inglés en este punto sería el (o los) precedente(s) judicial(es), y no *HALSBURY’S Laws*. Si bien esta última es una compilación prestigiosa de las fuentes autoritativas pertinentes del *common law*, debe entenderse que no es en sí misma un texto normativo, es decir, no tiene *strictu sensu* autoridad jurídica; ello corresponde a los *cases*.²⁸

Obviamente, BIBILONI, educado en la cosmovisión del *civil law*, acudió instintivamente al *HALSBURY’S Laws* (pues se asemeja más a las fuentes legislativas del derecho continental) antes que a la autoridad de un precedente en particular. De haber seguido la segunda opción, sin dudas hubiese terminado citando el famoso *dictum* de *Baron ALDERSON* en el caso *Blyth v. Birmingham Waterworks Co.* de 1856, el *locus classicus* en la materia en el derecho anglosajón:

La culpa es la omisión de hacer algo que un hombre²⁹ razonable, guiado por las consideraciones que comúnmente regulan la conducta de los asuntos humanos, hubiese hecho, o de hacer algo que un hombre prudente y razonable no hubiese hecho.³⁰

En cualquier caso, la idea es similar (si no idéntica) a la expresada por BIBILONI y, además, lo importante es la notable remisión de un jurista del derecho continental a un antecedente del *common law*, algo que resulta realmente extraordinario y, a los ojos de quién escribe, encomiable.³¹

En segundo lugar, debe destacarse la claridad de los anteojos jurídicos de BIBILONI, quién con gran acierto pudo señalar, adelantándose en mucho a su tiempo, que lo importante para medir el comportamiento de una persona e imputarle los daños acaecidos, es recurrir a un “*standard*” (el hecho que use este término inglés, sólo recientemente reconocido por la *Real Academia de la Lengua* como “estándar”, habla todavía más a favor del jurista argentino); es decir, a la construcción por parte del juez

²⁷HALSBURY viene del *Earl of HALSBURY*, un título de la nobleza inglesa creado en 1898 y vigente hasta la fecha; fue ocupado en primer lugar por Hardinge GIFFARD, en cuyo honor se estatuyó el título; el primer *Earl of HALSBURY* fue un destacado jurista y político inglés, justamente creador del *HALSBURY’S Laws*.

²⁸ Como se encargan de martillar a los novatos formados en el derecho continental los tutores de las facultades de derecho inglesas, “¡la autoridad relevante es el precedente!”. El ineludible clásico de la materia (escrito por dos maestros, ciegos de nacimiento) es: Rupert CROSS y Jim HARRIS, *Precedent in English Law*, 4ta. Edición, OUP, Oxford. Un excelente tratamiento disponible etéreamente es el de Grant LAMOND, “Precedent and Analogy in Legal Reasoning”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/legal-reas-prec/>>.

²⁹ Interesante apuntar que, seguramente sin saberlo, tanto BIBILONI como DE GÁSPERI tenían un tono más “políticamente correcto”, al reemplazar al “hombre razonable” por la “persona razonable”.

³⁰ Reportado en (1856) 11 Ex 781. Ver, en general, el breve y excelentemente escrito *Introduction to Tort Law* de Tony WEIR, Oxford Univ. Press, 2006.

³¹ El conocedor de la obra de BIBILONI sabrá que la influencia más importante sobre su pensar jurídico era, sin dudas, el BGB alemán de 1900 y la doctrina teutona, que dominan sus *Reformas*. Pero también recordará que en repetidas oportunidades cita (además de otras reglas del derecho continental propiamente dicho) experiencias del *common law*, en una muestra de su innegable sabiduría y buen sentido. En artes prácticas como el derecho, nada mejor que recabar experiencias ajenas a la hora de diseñar preceptos legales, es decir, nada mejor que el (buen) derecho comparado. Y, más específicamente, remito al lector a lo que digo en la n. 36, *infra*, y texto que acompaña.

de un modelo de persona, que no es el del demandado, para determinar cómo hubiese actuado ese “*standard*” o modelo en esa circunstancia.³²

El reconocimiento de que la culpa o *negligence* es un “*standard*” y no una regla en sentido estricto, también está preñada de consecuencias a la hora de su aplicación. Como aclaraba hace ya tiempo Roscoe POUND, ello significa que no se puede aplicar en sede judicial la idea de la “culpa” en forma “escrupulosamente mecánica”, sino que al ser una idea que no tiene un “contenido exacto” debe ser aplicada “según los tiempos, lugares y circunstancias del caso concreto”, requiriéndose por parte de los jueces “sentido común, experiencia, e intuición cuidadosa” – de *prudencia*, en fin.³³ Este no es un dato menor a la hora del razonamiento judicial en sede de la responsabilidad civil por daños.

Por otra parte, el reconocimiento de que la culpa es un *standard* jurídico conlleva, claro está, una visión netamente “objetiva” de la culpa, algo que en el momento que BIBILONI escribía no era en absoluto claro para buena parte de la doctrina civilista. Al hacer esto, BIBILONI se acercaba a la visión que hoy día reina en los sistemas occidentales, tanto del *common law* (como lo adelantara muchos años antes Oliver Wendell HOLMES Jr.³⁴), como del *civil law*, según la cual el patrón de medición de la culpa es “objetivo” y no “subjetivo”.³⁵ De ahí la frase final de la cita: la doctrina (y jurisprudencia) alemana ya interpretaba a la culpa con un criterio objetivo – con la apelación a un *standard* abstracto – y no con un enfoque psicológico o de reproche individual.

En suma, se trató de una innovación no menor del jurista argentino, innovación que recogió luego DE GÁSPERI, y no por desliz como ya se dijo, sino deliberadamente.

Esto último me obliga a conjeturar, al menos someramente, cómo hubiese funcionado este sistema previsto por el *Anteproyecto* en la práctica, el de la dualidad de culpas – si es que efectivamente hubiese sido posible que funcione. Ahí vamos.

¿Se imaginan al reasonable person en el derecho paraguayo? (O, de nuevo sobre la dualidad de culpas)

¿Qué hubiese sido de la “persona razonable” en el derecho paraguayo?

Se trata, claro, de una pregunta contra-fáctica, pues al final la persona razonable nunca se “coló” al Código (o al menos esto es lo que parece en el análisis superficial de la cuestión). Pero es una pregunta que no deja de tener relevancia, ya que obliga a estudiar las partículas más elementales de la figura jurídica de la “culpa”, que terminan por afectar incluso a la forma en la cual está hoy regulada en nuestro Código.

³² La útil distinción entre *standards* y *rules* (reglas en sentido estricto) tiene bastante raigambre en el derecho anglosajón; se debe en gran parte a la obra de Roscoe POUND, por ejemplo, *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale Univ. Press, 1982, Cap. II, *passim*; una discusión más reciente es la de Richard POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Harv. Univ. Press, Cambridge, 1990.

³³ Roscoe POUND, n. 32, pags. 58 y 59. Y ver nuevamente el ensayo “Contribución en 9 Movimientos al estudio de la culpa en el Código Civil Paraguayo” (especialmente, el 9no. Movimiento).

³⁴ En su archiconocida obra *The Common Law*, Back Bay Books, Nueva York, 1964.

³⁵ Al respecto 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.)), especialmente las muy pertinentes observaciones en las pags. 1028-1029.

Lo primero y lo más obvio que debe apuntarse ya lo hice más arriba: de haberse seguido la indicación de DE GÁSPERI, nuestro derecho hubiese adoptado una dualidad fuerte de culpas y un sistema netamente diferenciado entre los daños causados por el incumplimiento de un contrato y los causados por un hecho no contractual, como un accidente. En el primer caso se hubiese aplicado el clásico tipo *in concreto* de VÉLEZ, y en el segundo, el paradigma del “*reasonable person*”, el tipo abstracto o *standard* al que se refería BIBILONI, importado directamente y sin pagar tasas aduaneras del *common law*.

Esto último podría llevar a más de uno, por una suerte de *nordofobia*³⁶, a censurar aquí a DE GÁSPERI: ¿cómo se atrevió a pretender incorporar una figura foránea, para peor, del *common law*, a nuestro derecho? ¡Escándalo!

Este tipo de respuesta, hay que decirlo con dureza pero verdad, es pura estulticia. En primer lugar, porque ignora el hecho evidente y manifiesto que todo Código (y sobre todo, pero sobre todo, el nuestro) tiene, quiérase o no, institutos o fuentes foráneas. Sería absurdo - *rectius*: imposible - que así no fuera. Pero además, esta crítica cae en una *ignorantia* inexcusable, pues el derecho moderno se caracteriza por ser de amplitud de miras y por haber abandonado esa “dicotomía” (a veces traducida en desconfianza o hasta enemistad) que tenían los civilistas de los anglosajones, o viceversa. Por el contrario, el método más fructífero es el de aprender, derecho comparado mediante³⁷, de uno y otro sistema, con humildad y sin ínfulas de superioridad del estilo “el derecho alemán es superior al inglés” y viceversa; muchas veces, el temor a ideas extrañas radica más en la ignorancia propia que en algún fundamento racional. Creo que un testimonio (uno más) de la notable visión de Luis DE GÁSPERI radica precisamente en el hecho que estuvo por encima de este tipo de pensamientos provincianos, y con valentía (y no poco buen sentido) se animó a incorporar una figura del *common law* a nuestro derecho.

En suma: a este tipo de críticas, estrechas y provincianas, sólo cabe un retruécano: el ¡*sancta simplicitas!* al que le gustaba recurrir a NIETZSCHE.³⁸

Despejada esta crítica, debe reconocerse que hubiese sido algo extremadamente novedoso, para decir lo menos, que se incorporara a nuestro derecho la figura de la persona razonable. Ello, por varias razones.

La primera: la obviedad que nuestros civilistas se hubiesen vistos obligados a realizar un cambio mental profundo, acostumbrados como estaban a la vieja definición

³⁶ El famoso escritor uruguayo José Enrique RODÓ había usado la palabra “*nordomanía*” para calificar a todos aquellos que aplauden cualquier cosa que venga del norte, sin importar su calidad. Claro, el otro extremo también es un vicio: la fobia irracional a algo por el solo hecho que venga de esos lares.

³⁷ Imposible recomendar demasiado aquí al libro que, para parafrasear a una conocida publicidad de cerveza, sea “posiblemente” la mejor obra introductoria al derecho comparado escrita hasta la fecha: Konrad ZWEIGERT & Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3ra. Edición, Oxford Univ. Press, 1998. Como dice el epígrafe de Samuel JOHNSON que encabeza el libro, “la mente más generosa y elevada se caracteriza por la curiosidad en el examen de las leyes y costumbres de otras naciones”.

³⁸ Friedrich NIETZSCHE, *Más allá del bien y el mal*, Parte II, Sección 24. En puridad, la frase que utiliza NIETZSCHE es la que, según cuenta la leyenda, dijo Jan HUS, al ver a un campesino tirar más leña a la hoguera en la cual estaba siendo quemado. Lo mismo podrá decir el lector, salvando distancias, a quién le reproche por acudir a una figura del *common law* o del derecho comparado en general.

de la culpa del art. 512 de VÉLEZ. Este cambio, a su vez, debería de haberse visto acompañado por una inmersión en la literatura anglosajona (o como mínimo, comparatista) para comprender mejor y aplicar con mayor corrección el concepto que es sin dudas base del sistema de responsabilidad extracontractual – como claramente hubiese sido el de la “*reasonable person*” de haberse aprobado la sugerencia legislativa de DE GÁSPERI. Cambiar de paradigma; entender que estamos ante un *standard*; abandonar posiciones provincianas; todo esto hubiese sido tarea del jurista paraguayo. Esto, antes que constituir algo negativo, es algo que hubiese sido de lo más saludable.

La segunda: la novedad que hubiese significado el reconocimiento, en forma tajante y definitiva, de que el concepto de culpa no responde a un patrón “psicológico” o de “reproche subjetivo” (como hasta la fecha en ocasiones se supone), sino a un criterio notable e indudablemente “objetivo”. La cita de BIBILONI deja en claro esto: la esencia de la culpa supone no un reproche individual basado en alguna falla interna del agente, sino más bien la omisión o infracción de un deber de cuidado “externo” al mismo, comparado con el *standard* de la persona razonable. En este sentido, de haberse aprobado la norma y ante un supuesto de hecho, la pregunta hubiese sido: “en el caso del presente accidente de tránsito, ¿cómo hubiese actuado un (conductor) razonable?”. De no haber el conductor en particular alcanzado ese tipo objetivo, pues bien, hubiese sido declarado negligente y responsable de los daños y perjuicios, más allá de sus condiciones personales. El propio DE GÁSPERI, como vimos, siguió por ello la definición de los hermanos MAZEAUD, según la cual la culpa es “un error de conducta que no hubiera sido cometido por una persona cuidadosa colocada en las mismas circunstancias externas que el demandado”.³⁹ La decisión objetivista fue conciente y deliberada. Y esto, a su vez, hubiese significado que nuestro derecho se encuadrara al resto de los sistemas de derecho comparado, en los que ya ninguna duda existe que el parámetro de la negligencia o culpa es siempre “objetivo”.⁴⁰

La tercera: no está demás decirlo, la adopción del concepto claramente objetivo y abstracto de la negligencia en nuestro derecho hubiese facilitado, en buena medida, la entrada del análisis económico de la responsabilidad civil. Ello, por la sencilla razón que el criterio objetivo de la negligencia se presta, a diferencia de lo que ocurre con uno subjetivo, a la utilización de la famosa “*fórmula de HAND*”⁴¹, para determinar si la conducta del agente fue o no culposa.⁴² Por supuesto que en esta breve nota no podré concluir si esto de por sí es algo valioso o no⁴³; sólo me limitaré a señalar (i) que a nuestro sistema jurídico un poco más de eficiencia no le vendría nada mal; (ii) que el parámetro de la *reasonable person* es mucho más amigable para el análisis económico de la responsabilidad civil que el antiguo esquema subjetivista/psicológico; y, (iii) que

³⁹ Cita las *Lecons*, T. II, pag. 378.

⁴⁰ Ver n. 35, *supra*.

⁴¹ Ver en general Roberto MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, “¿Qué es *Law & Economics*... y a quién le importa?”, Revista Jurídica La Ley Paraguaya, Asunción, 2003.

⁴² El eximio Profesor catalán Pablo SALVADOR CODERCH ha insistido, con no poco sustento, que la aceptación el patrón objetivo de la culpa facilita grandemente el concepto económico de la culpa; por ej. Pablo SALVADOR-María Teresa CASTIÑEIRA, *Prevenir y Castigar*, Marcial Pons, Barcelona; 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.

⁴³ En otro trabajo me he expedido en un sentido matizadamente escéptico al respecto: ver el ensayo “Contribución en 9 Movimientos al estudio de la culpa en el Código Civil Paraguayo” (7mo. Movimiento).

si bien la asignación más eficaz de recursos es importante, la eficiencia no puede (ni podrá) suplantar totalmente a la justicia.⁴⁴

La cuarta: más allá de las tres consideraciones expuestas hasta aquí, resulta bastante claro que estoy evitando pronunciarme sobre la *quaestio* más importante que la sorpresa de DE GÁSPERI hubiera deparado para el operador jurídico de haberse adoptado la misma. A saber: ¿hubiese tenido sentido, o racionalidad, o lógica, un sistema de responsabilidad civil con 2 definiciones distintas de la culpa? ¿No hubiese existido, de haberse adoptado esta duplicidad de definiciones, una contradicción fundamental en nuestro sistema de responsabilidad civil?

El problema es que tradicionalmente, y como lo recuerda LACRUZ BERDEJO, parecería ser que estamos ante dos criterios “incompatibles en sus propios términos, pues cada uno por separado serviría para regular la cuestión”.⁴⁵

De ser así, entonces a DE GÁSPERI se le fue la mano en esta cuestión.

Si nos atenemos al clásico tratamiento de la materia efectuado por los hermanos MAZEAUD (actualizados por André TUNC), nos veríamos forzados a llegar a la conclusión que DE GÁSPERI efectivamente se equivocó.⁴⁶ Ello, pues desde esta óptica, la culpa *in concreto* y la culpa *in abstracto* son ciertamente inconciliables, contrarias, y no pueden ser por ello acogidas al mismo tiempo.

Pero esta contrariedad es sólo aparente. Es que para los tratadistas franceses la noción de culpa *in concreto* necesariamente debe interpretarse como una “noción puramente subjetiva, ya que hay que sondear el estado espiritual del agente”. Por ello, señalan que

*sin vacilar, cabe rechazar la apreciación in concreto de la culpa... En esta esfera, el juez civil no tiene que escudriñar las conciencias. Debe examinar el acto culposo en sí mismo, separado del agente; proceder por comparación, preguntarse lo que habría hecho otro individuo, un tipo abstracto: apreciar la culpa in abstracto.*⁴⁷

Todo esto está muy bien. Pero ¿qué sucede si negamos, *a priori*, que la culpa *in concreto* implique necesariamente un concepto puramente psicologista?

Precisamente 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 de culpa *in concreto*, no por ello debe uno convertir al juez

⁴⁴ A los trabajos citados en el ensayo mencionado en la nota anterior (n. 43), súmese ahora lo que ha dicho el Profesor de *Jurisprudence* de la Universidad de Oxford, John GARDNER: “al intentar describir lo que es verdaderamente importante en el derecho, uno descubrirá que más allá de cualquier éxito que pueda llegar a tener el análisis económico del derecho al momento de explicar las normas del derecho de responsabilidad civil, ello se da en *el rol de un seguidor*, y no en *el de un líder*: lo que es verdaderamente importante se ve meramente rastreado, y no constituido, por los bienes económicos que el derecho de responsabilidad civil pueda conseguir.” (En su ensayo, “Backwards and Forwards in Tort Law”, en M. O’ROURKE y D. SHIER (eds.), *Law and Social Justice*, MIT Press, Cambridge, 2009). En otras palabras, por importantes que sean las consideraciones económicas, ellas siempre deberán tomar el asiento trasero frente a las exigencias de la razonabilidad práctica, la moral y la justicia.

⁴⁵ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 1º, Madrid, 1999, pag. 171.

⁴⁶ MAZEAUD-TUNC, n. 5, pag. 71 y sgts.

⁴⁷ Idem. anterior, pag. 75.

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”.

Aún así, y salvado este primer escollo, subsiste la posibilidad de incoherencia o incompatibilidad entre ambas nociones de la culpa. Pues: una cosa parecería ser juzgar la conducta de un sujeto en concreto – *éste sujeto, en éstas circunstancias* – y otra hacerlo en abstracto – *un sujeto idealizado, la persona razonable, en circunstancias genéricas*. La incompatibilidad entre ambos conceptos terminaría siendo, entonces, real.

Sin embargo, la tan mentada incompatibilidad es, en última instancia, sólo aparente. Ningún sistema, ni el que haya adoptado el más radical *concretismo*, ni el más profundo *abstraccionismo*, ha podido deshacerse absolutamente de las cuestiones concretas o de las genéricas en el análisis de un hecho particular de daños y perjuicios. El sistema concreto en algún momento necesitará hacer una comparación con un *standard* o modelo idealizado, mientras que el abstracto en algún momento necesitará bajar a la tierra y analizar, aunque sea encubiertamente, las circunstancias particulares del caso concreto.

Como ya he argumentado en otra ocasión⁴⁸, el absolutismo en esta cuestión es una opción ilusoria, y basta con recordar como la doctrina argentina más sofisticada ha sabido construir un modelo de la culpa *in concreto* (el art. 512 de VÉLEZ, o 421 nuestro) que evita caer en un concretismo irredento. Así, el jurista argentino que ha analizado quizás con mayor profundidad el problema (avanzando sobre ideas expresadas por otros soberbios juristas de su país, como Alfredo COLMO), el Prof. Alberto BUERES, ha llegado al respecto a una conclusión que, me parece, debe ser aceptada con relación al sistema *in concreto* del Código argentino (y, por ende, del nuestro):

*La culpa se aprecia en concreto pero utilizándose un tipo comparativo abstracto – que se tornará elástico, flexible, adaptable, a cada situación particular -. Con este alcance se interpretará el subjetivismo que pregona una buena parte de la doctrina cuando afirma que la culpa se aprecia “en concreto”, pues el examen valorativo del actuar obrado reclama, de manera inexorable, su comparación con el actuar debido, siendo este último actuar – a despecho de su elasticidad – una indudable creación abstracta.*⁴⁹

De esta forma, aún el sistema concreto recurrirá a un patrón abstracto para contrastar la conducta del sujeto ante el hecho ilícito, lo que le permite a BUERES concluir que el art. 512 del Código Civil argentino consagra un sistema “mixto (concreto-abstracto)”⁵⁰; es decir, requiere de ambos patrones generales de juicio.⁵¹

⁴⁸ Más extenso y detallado el tratamiento contenido en el ensayo “Contribución en 9 Movimientos al estudio de la culpa en el Código Civil Paraguayo” (6to. Movimiento).

⁴⁹ Ver Alberto BUERES, *Derecho de Daños*, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pag. 349.

⁵⁰ Idem. anterior.

⁵¹ Y en este punto es pertinente agregar que incluso un sistema en el cual realmente existió un desliz fundamental, esta duplicidad de concepciones de la culpa no llevó al colapso, ni mucho menos. Me refiero, claro está, al caso del Código Civil de España, que por un desliz de su codificador incorporó, (para peor, en un mismo artículo, el 1104), a ambos criterios: el del buen padre de familia y el concreto de VÉLEZ. Esto no ha impedido, por supuesto que la doctrina y jurisprudencia hayan armonizado correctamente para poder aplicarlos razonablemente en la práctica. 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*

Esto en cuanto a un sistema que es en principio concreto. Ahora bien, si vamos a sistema declaradamente abstractos, como el francés o el italiano, veremos que en los tribunales, en algún momento de su análisis, han tenido que bajar este tipo ideal a la tierra, darle carne y forma. Por ello, hoy ya no se discute que los jueces y tribunales deben también, a pesar de que tienen un patrón puramente abstracto de contrastación, atender a las “circunstancias del tiempo, las personas y el lugar”.⁵² Es decir, recurrir también a un parámetro *in concreto*.

Vale decir: ninguno de los dos sistemas es, ni puede ser, absolutista en la práctica. Siempre existirá una suerte de sincretismo, o retroalimentación: el concreto recurrirá a algún modelo abstracto, y éste a las circunstancias concretas para bajar a la tierra al patrón ideal. La aparente irreconciliabilidad de los criterios termina siendo eso: apariencia.

Quizás ello responda al hecho que, como hacía referencia la cita a BORGES en el acápite, ambos tipos de culpa, a la postre, terminen siendo como sus teólogos, “una sola persona” – la misma cosa.

Esta última conclusión implica que, aún cuando la sorpresa que nos tenía preparada DE GÁSPERI – la adopción del “*reasonable person*” – hubiese significado un acontecimiento sumamente llamativo para nuestro derecho (y no exento de implicancias anecdóticas, pero también prácticas), ello no hubiese llevado a los operadores jurídicos a caer en una suerte de esquizofrenia jurídica. Pues: desde una cosmovisión filosófica sólida⁵³, el concepto de “razonabilidad” viene a ser el *concepto-maestro* de todo el derecho, incluyendo, en este caso, al derecho de daños. Y parece imposible, por no decir otra cosa, que en un caso determinado y aún cuando no se haya acogido el criterio abstracto del *common law* en forma explícita (como en el caso definitivo de nuestro Código), un juez considere negligente a un sujeto sin preguntarse, en algún momento de su deliberación judicial, si ello se debe a que ese sujeto ha fallado y no ha actuado, ¡oh sorpresa!, como lo haría una *persona razonable*.

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.” YZQUIERDO TOLSADA, n. 14, pags. 226-27.

⁵² Ver por todos VAN GERVEN, LEVER y LAROCHE, *Cases, Materials and Text on Tort Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000, pag. 310 y sgts., con amplias referencias del derecho comparado europeo.

⁵³ Me refiero a la más lúcida exposición que existe sobre el derecho como instancia primordial de la razonabilidad práctica, efectuada por el Profesor John FINNIS, en su magistral *Ley Natural y Derechos Naturales*, Edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2000 (con excelente estudio preliminar de Cristóbal ORREGO). Toda esta maravillosa obra puede ser leída, en este sentido, como un esfuerzo de la razonabilidad práctica en comprender y evaluar los asuntos de la moral, la política y el derecho.