

**UNA VISIÓN IUS-ECONÓMICA DE LA CULPA EN LA
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR EL HECHO PROPIO**

ANDRÉS JOSÉ TABORDA JARAMILLO

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2007**

**UNA VISIÓN IUS-ECONÓMICA DE LA CULPA EN LA
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR EL HECHO PROPIO**

ANDRÉS JOSÉ TABORDA JARAMILLO

Trabajo de grado presentado para optar al título de Abogado

Asesora: María Helena Franco Vargas

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2007**

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, noviembre de 2007

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
1. INTRODUCCIÓN AL MOVIMIENTO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	9
1.1. RECUENTO HISTÓRICO DEL AED	9
1.1.1. Contexto jurídico-cultural del análisis económico del derecho.....	12
1.2. ¿QUÉ ES EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?	15
1.3. ENFOQUES DEL AED	17
1.4. FUNDAMENTO ÉTICO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. DIFERENTES NOCIONES DE EFICIENCIA.....	19
1.5. ESCUELAS DE PENSAMIENTO DEL AED	29
2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL: ANÁLISIS JURÍDICO	35
2.1. RECUENTO DOCTRINAL.....	39
2.2. LA JURISPRUDENCIA EN COLOMBIA.....	47
2.3. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	55
3. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR EL HECHO PROPIO	59
3.1. DETERMINACIÓN DE LA CULPA EN EL AED	61
3.2. COMPARACIONES CON EL ANÁLISIS COLOMBIANO	67
3.3. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA FÓRMULA LEARNED HAND .	71
3.4. PROPUESTA	73
4. CONCLUSIONES	80
BIBLIOGRAFÍA	83

INTRODUCCIÓN

En el último año del programa de derecho de la Universidad EAFIT está previsto dentro del pénsum que los estudiantes puedan optar por una de cinco líneas de énfasis: en derecho empresarial, privado, penal, público o derecho internacional. El autor de este proyecto eligió hacerlo en derecho privado, el cual tiene una duración de un año. En ese año hubo una modificación sobre los temas objeto de estudio, en el primer semestre se analizarían algunas instituciones del derecho privado desde una perspectiva económica, consistía en un Análisis Económico del Derecho Privado; en el segundo, en cambio, se dejaría igual, equivaldría al primer semestre de la especialización en Responsabilidad Civil y Seguros que se ofrece en la Universidad debido a la implementación de un programa llamado sistema metro.

La reacción que tuve al saber que se realizaría el estudio del Derecho Privado desde un enfoque económico fue de escepticismo debido a la concepción que tenía de eficiencia; pensaba que era difícil la garantía de principios o valores constitucionales a partir de un análisis estrictamente de costo-beneficio; al fabricante, al distribuidor, al intermediario, a quien se dedica a la explotación de una actividad económica y en general a cualquier persona lo que le interesa es abaratar sus recursos para obtener ganancias sin ninguna otra consideración, entonces, la pregunta que surgía era si las consideraciones jurídicas de justicia en un determinado caso cederían ante la eficiencia. Por ejemplo, una persona con discapacidad física con su comportamiento provoca un daño. Otra persona sin discapacidad produce el mismo resultado, ambas, en situaciones similares. ¿Será que debe juzgárseles con el mismo rasero? La eficiencia entendida bajo la forma estricta del criterio costo-beneficio así lo exigiría.

No obstante, existía una buena disposición para el aprendizaje y era en el marco de ese curso donde se podrían resolver las dudas e inquietudes que el tema generaba. Fue así como aprendí sobre las distintas nociones de eficiencia de las que se habla en economía: optimalidad de Pareto, superioridad de Pareto y Kaldor-Hicks o maximización de la riqueza, pero lo más importante fue descubrir la posibilidad de realizar un estudio de eficiencia teniendo en cuenta las normas jurídicas y su finalidad.

El desarrollo del curso de Análisis Económico del Derecho Privado se dedicó y circunscribió en esos seis meses, principalmente, al estudio de tres temas: el primero de ellos consistió en el análisis económico del derecho de propiedad, el segundo fue el análisis económico de los contratos y, finalmente, el análisis económico de la responsabilidad civil. En este último, se examinó la fórmula económica de un juez norteamericano de nombre Learned Hand que determinaba si una persona había o no obrado con culpa, la cual fue retomada por Richard Posner, el propulsor del “nuevo” enfoque del AED. Este particular asunto llamó la atención de quien escribe, me preguntaba si eso era posible y, de serlo, si reducía o no la discrecionalidad judicial. Así fue que comencé la investigación sobre el tema.

Por otro lado, en el semestre de la especialización en Responsabilidad Civil y Seguros, trabajé y estudié el tema de la culpa en la responsabilidad por el hecho propio, lo cual me sirvió como punto de anclaje en mi investigación sobre la fórmula de Hand, aunque tenía algún conocimiento previo, no muy enriquecido, sobre la forma de abordar el estudio de la culpa.

En Colombia la responsabilidad por el hecho propio se estructura a partir de tres elementos: el hecho generador, el daño y el nexo de causalidad entre los dos primeros. La imputación de un hecho a un sujeto se realiza a título de dolo o culpa (ese es el hecho generador), el agente está obligado a reparar el daño si la causa

es un delito o culpa suyo. El juez, para determinar si un sujeto obró o no con culpa, se basa en la construcción de un modelo abstracto que él mismo realiza en el caso concreto: *el buen padre de familia*; este es un parámetro de conducta que cualquier persona al actuar con mediana diligencia y cuidado habría seguido si hubiera estado inmersa en esa misma situación. Pero todo esto se construye a través de las valoraciones y abstracciones que realiza el juez caso por caso, lo cual no significa necesariamente que sea arbitrario sino que tiene un amplio margen de discrecionalidad.

Ahora bien, el problema jurídico que se plantea en este trabajo consiste en establecer si la fórmula Learned Hand sirve como instrumento para lograr reducir la discrecionalidad de los jueces y si es posible adoptarla en Colombia. Además, de analizar las otras posibles ventajas que tenga. Para lograr desarrollar este planteamiento se trabajaron tres capítulos, los cuales se pasan a explicar brevemente:

En el primero, titulado “Introducción al Movimiento del Análisis Económico del Derecho” se realizó un recuento de la evolución histórica, dónde y cuándo se origina, sus principales exponentes, lo que se entiende por dicho concepto, los distintos enfoques para abordar su estudio, las diferentes nociones de eficiencia y las diversas escuelas de pensamiento que se han dedicado al desarrollo e ilustración sobre el tema. Este capítulo es importante porque en Colombia la propagación de la materia es reciente, el abogado o economista no está muy familiarizado con este asunto y debido a que la fórmula Learned Hand se desarrolla en el marco del Análisis Económico del Derecho¹ y es una propuesta que se estudia, desarrolla y se aplica allí, es pertinente conocer su contenido, marco, método de aplicación y filosofía, lo cual no sería posible si no se conoce esa disciplina.

¹ En adelante AED.

El en segundo capítulo, “Aproximación al concepto de Culpa en la Responsabilidad Civil Extracontractual”, se realiza un estudio sobre el concepto de culpa: cuál es su definición legal o una lista taxativa de conductas que constituyan culpa, cómo en la jurisprudencia se ha entendido la noción de culpa y cuál es el método de apreciación que se utiliza para determinar si una persona ha obrado o no con culpa, pero para llegar a ese punto es preciso conocer las fuentes doctrinales en las que se apoya, si se ha establecido por parte de la jurisprudencia un modelo que deba aplicar el juez en sus decisiones y cómo construirlo. La finalidad de este capítulo es tener claro cómo se desarrolla el método que utiliza el juez para saber si una persona actúa o no con culpa, si se basa en la ley o en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia o si es en la doctrina.

Finalmente, en el capítulo tres, “Análisis Económico de la Culpa en la Responsabilidad Civil Extracontractual por el Hecho propio”, se propone incluir la fórmula Learned Hand como criterio alternativo para determinar la culpa de cualquier persona y las ventajas que representa hacerlo. Pero antes de eso se hacen unas comparaciones entre la aplicación de la fórmula por Posner en sus sentencias y el método de apreciación de la culpa utilizado en el sistema colombiano. Luego se muestran las ventajas que representa adoptarla.

1. INTRODUCCIÓN AL MOVIMIENTO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

1.1. RECuento HISTÓRICO DEL AED

La relación entre el derecho y la economía es un asunto que ha tenido una larga tradición. En efecto, desde el Código de Hammurabi (1700 a.c.), se consagraban reglas en materia de intereses y salarios. De igual forma, aproximadamente hace un milenio los pensadores islámicos recomendaban estimular la agricultura con medidas tributarias. En España, durante el siglo XVI, debido al incremento del poder adquisitivo producto de las exportaciones a las Indias, el Rey, por solicitud de los Procuradores de las ciudades, tuvo que decretar un aumento en los precios de los bienes y servicios para estimular las importaciones y así equilibrar la balanza. A finales del siglo XVIII, Adam Smith sostenía que las Leyes de Pobres, impedían el desarrollo económico e industrial de Inglaterra. En realidad, durante siglos se ha notado que el sistema jurídico presenta repercusiones sobre el económico, efecto que también opera en sentido contrario.² De esta manera, se evidencia que la relación existente entre el derecho y la economía está sujeta a los problemas económicos pertinentes para cada época.

Antonio José Nuñez³ sostiene que el origen del *Análisis Económico del Derecho* no es producto de una metodología coherente sino que toma forma con el paso del tiempo. Afirma que la aproximación económica a la realidad, en estricto sentido, se entiende relacionada con la obra principal de Adam Smith, “La Riqueza de las Naciones” de 1776, quizás porque es el primer gran estudio de la economía moderna en donde se resalta que los individuos están incentivados a competir

² ARJONA TRUJILLO, Ana María y RUBIO PARDO, Mauricio. *El Análisis Económico del Derecho*. En: Precedente Anuario Jurídico. Editorial Litocenco Ltda. (2002); p. 118-150.

³ NUÑEZ TRUJILLO, José Antonio. *Antecedentes y Principios Fundamentales del Análisis Económico de la Ley*. En: Colección de Derecho Económico. Bogotá. (2000); p. 66 y ss.

entre sí para obtener su propio beneficio o ganancia, lo cual promueve el interés de la sociedad; así el agente no tenga ese interés, de manera eficaz como si fueran conducidos por una mano invisible. Sin embargo, no desconoce como antecedente a la obra de Smith el aporte de un autor clásico contemporáneo –de Smith-, Cesare Beccaria⁴ quien exponía que la pena privativa de la libertad tenía como finalidad la prevención los delitos; en esa medida, constituye un incentivo a la conducta de las personas para comportarse de tal o cual manera. Igualmente, no niega la existencia de escritos anteriores a la segunda mitad del siglo XVIII que apuntan a evaluar la efectividad de las leyes⁵.

Históricamente, los economistas se han interesado por el derecho a través de dos vías. La primera, es la concepción de que el derecho está conformado por las decisiones del soberano tendientes a reglamentar, entre otras cosas, los asuntos económicos, área de interacción conocida como derecho económico. La segunda, conocida como la escuela neo-institucional, es la que concibe al derecho como factor determinante del desempeño económico de las sociedades.

En el siglo XX, se establecieron otros dos vínculos adicionales entre el derecho y la economía; inicialmente, en Estados Unidos y luego en otros países. El primero fue el uso de los casos judiciales como fuente de información para el estudio del comportamiento de algunos actores económicos, se inició a partir del análisis de los casos *antitrust* o *antimonopolio*. El segundo, es el enfoque económico del comportamiento humano vigente en la actualidad.

⁴ En desacuerdo con la pena de muerte, sostenía que la fuerza o intensidad de la pena no es lo que produce el mayor efecto en el ánimo del hombre sino su duración por mínima que sea: “*No es el terrible pero pasajero espectáculo de la muerte de un criminal, sino el largo y continuado ejemplo de un hombre privado de libertad, que convertido en bestia de servicio recompensa con sus fatigas a la sociedad a la que ofendió, lo que constituye el freno más poderoso contra los delitos.*” Más adelante expresa: “... yo mismo me veré reducido a tan prolongada y mísera condición, si cometo tales hechos, es mucho más abrumador que la idea de la muerte, que los hombres siempre miran en una oscura lejanía.” BECCARIA, Cesare. De los delitos y las penas. Cuarta edición. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 2000. p. 42 y 43.

⁵ Como por ejemplo, La República de Aristóteles en donde se evaluaba los efectos desfavorables desde el punto de vista de la asignación de recursos la propuesta de Platón de la comunidad de esposas e hijos en la ciudad ideal. NUÑEZ, Op. Cit. p. 67.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, en los años 70 aproximadamente, el *Análisis Económico del Derecho* se desarrolla como disciplina autónoma con la publicación del trabajo de Richard Posner titulado *Economic Analysis of Law* en donde el Autor realiza un estudio que muestra la aplicación de la teoría económica a todos los campos del derecho y ya no limitado únicamente a los casos *antitrust*. De ahí que tanto la economía como el derecho hayan sufrido una renovación mediante la adopción de una nueva mirada interdisciplinaria. En efecto, el derecho se interesa en cuestiones económicas porque, como lo dice Jesús Antonio Bejarano, le “... ofrece una “teoría científica” para pronosticar los efectos de las normas legales sobre el comportamiento. Para los economistas las sanciones son como precios [...] los individuos responden ante las sanciones legales más severas realizando menos la actividad sancionada.”⁶ En esta medida, las normas son consideradas incentivos que modifican la conducta de las personas y la economía ofrece una “teoría del comportamiento” que pronostica la respuesta de los individuos ante un cambio normativo. Igualmente, el derecho se interesa en los instrumentos que utiliza la economía para predecir las consecuencias de una determinada opción política con el fin de evaluar su eficiencia. De esta manera en palabras del mismo Bejarano, “... la economía ofrece un criterio normativo útil para la aplicación del derecho a las políticas públicas”.⁷

En parte, lo que a la economía le interesa del derecho es la asignación de los derechos de propiedad y la regulación de las facultades que tiene el dueño sobre el bien porque al seguir a Ronald Coase si esos derechos están bien definidos y correctamente asignados y si no existieran costos de transacción, las partes inmersas en una negociación encontrarían una solución óptima que las beneficie a las dos; se producirá una reasignación del bien a quien lo valore más.⁸ Sin

⁶ BEJARANO, Jesús Antonio. El Análisis Económico del Derecho: Comentarios sobre textos básicos. En: Revista de Economía Institucional. N° 1 (noviembre de 1999). p. 158 y 159.

⁷ Ibid, p. 159.

⁸ El Problema del Costo Social, trabajo originalmente publicado en *The Journal of Law and Economics* (octubre de 1960), p. 1-44.

embargo, en la mayoría de los casos la regulación del mercado, necesaria para la resolución de conflictos y distribución de la riqueza, implica costos de transacción. Por eso, “... *la solución eficiente no podría producirse con independencia de las normas jurídicas [...] lo que llevaría a introducir en el análisis la utilización de las técnicas patrimoniales del derecho privado tradicional (propiedad, contrato, responsabilidad civil) con el objeto de diseñar una estructura de negociación y solución de conflictos que sea fiel traducción de la decisión del mercado.*”⁹

1.1.1. Contexto jurídico-cultural del análisis económico del derecho

En este trabajo, la expresión AED se utiliza para referirse al movimiento doctrinal e intelectual del estudio del derecho que se caracteriza por la aplicación de herramientas microeconómicas a las normas e instituciones jurídicas. Por lo anterior, se considera preciso hacer referencia al contexto jurídico-cultural bajo el cual tuvo origen dicho movimiento. Se trata del momento histórico en el cual los postulados del modelo *formalista* del derecho comenzaron a ser objeto de crítica por parte de los adeptos de un movimiento doctrinal “nuevo” que tenía una concepción *antiformalista* del mismo (del formalista). A continuación, se expondrá, de manera sintética, las ideas básicas que, según Chiassoni¹⁰, diferencian a un modelo del otro, para así entender el origen del movimiento ius-económico.

Los dogmas del movimiento doctrinal conocido como formalismo jurídico puede sintetizarse en cinco ideas básicas:

- El derecho es entendido como un conjunto de normas las cuales constituyen un dato para los destinatarios de las mismas.

⁹ BEJARANO, Op. Cit., p. 162 y 163.

¹⁰ CHIASSONI, Op. Cit., p. 5-13.

- El derecho positivo está compuesto por un conjunto de normas que es intrínsecamente ordenado y sistemático, razón por la cual no pueden existir conflictos normativos (sistema coherente) ni tampoco lagunas normativas (sistema completo).
- El conocimiento correcto del derecho se obtiene por medio de la interpretación, para eso es necesario conocer los métodos interpretativos de la ley, como los propuestos por Savigny: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.
- La interpretación de las leyes es un proceso cognoscitivo y técnico, el cual deja a un lado los juicios de valor moral y las posturas políticas.
- Es deber de los jueces identificar las normas jurídicas relevantes a través del proceso interpretativo y compararlas con los hechos destacados del caso o litigio y, a partir de un razonamiento deductivo, infieren las consecuencias jurídicas correctas.

Por su parte, el modelo antiformalista del derecho puede resumirse en siete postulados:

- El derecho no es un conjunto de normas u otros elementos sino una práctica social compleja en donde se constata que algunos agentes – legisladores, ejecutivo, jueces- producen reglas y otros las aplican, por esta razón las normas juegan un papel marginal en las decisiones judiciales y es la voluntad de los jueces, no las normas –entendidas como datos- la que se impone en la sentencia.
- El derecho positivo es un conjunto de materiales jurídicos desordenados producido por agentes en tiempos diferentes. El orden lo imponen los operadores jurídicos, es un orden proveniente del exterior. El derecho no es un conjunto de normas que tenga sus propios fines sino que es

una herramienta para perseguir los fines que el hombre o la sociedad desea.

- Las normas proporcionan más de una solución jurídica a cualquier caso y el juez o los intérpretes a través de las técnicas interpretativas justifican una decisión, tomada de varias posibles, presentándola como correcta. Se trata, entonces, de una actividad puramente retórica.
- El derecho es una ciencia jurídica pero diferente a como la presentan los formalistas. Desempeña labores importantes a favor de la sociedad: contribuye a hacer una práctica racional en el sentido en que se buscan fines relevantes social y abiertamente elegidos a través de medidas jurídicas adecuadas para lograrlos.
- Se tiene en cuenta que el derecho tiene naturaleza convencional e instrumental y que sus normas en la gran mayoría de casos están indeterminadas, el juez al tomar sus decisiones está lleno de prejuicios e inclinaciones que afectan su imparcialidad. La decisión, entonces, no tiene como base el silogismo sino la orientación moral, política y social del juez.
- El derecho sufre de una doble indeterminación: por un lado, la indeterminación de las normas aplicables y, por otro, la indeterminación de los hechos relevantes del litigio. Esta última es pasada por alto por los operadores jurídicos en general, los cuales sólo se ocupan de la primera.
- Como consecuencia de lo anterior, el ideal de las decisiones judiciales debe ser la justicia para el caso concreto y no la seguridad jurídica.

Actualmente, se discute si el *Análisis Económico del Derecho* pertenece a la vertiente formalista o la antiformalista, todavía la literatura especializada sobre el tema no tiene claridad al respecto. A pesar de la discusión, en este trabajo se

considera que dicho movimiento está circunscrito al modelo antiformalista, específicamente al realista del derecho. Primero porque se combinan consideraciones económicas, filosóficas y dogmáticas en la construcción de argumentos superiores y más contundentes; se deja la vieja idea de que el derecho sólo son normas jurídicas y no tiene en cuenta otras consideraciones. Segundo, porque las normas jurídicas son enunciados lingüísticos llenos de indeterminaciones: vaguedades y ambigüedades, problemas que debe afrontar y resolver el juez continuamente en la aplicación del derecho, no de cualquier manera porque su decisión, en caso de presentarse ese asunto, debe ser proporcional, adecuada y eficaz, es decir, lejos de ser arbitraria, pero que indudablemente estará marcada por su orientación social, cultural y política¹¹.

1.2. ¿QUÉ ES EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?

Básicamente, hasta los años sesenta, hablar de *Análisis Económico del Derecho* era referirse a los casos antimonopolio. Sin embargo, como lo anota Posner, lo que distingue al “nuevo” enfoque (en los años 70) del AED “... es la aplicación de la economía al sistema legal por todas partes: a campos del derecho común tales como los daños, los contratos, la restitución y la propiedad [...] al procedimiento civil, penal y administrativo [...] al derecho constitucional ...”¹² el cual se inicia con los estudios de Ronald Coase¹³ y Guido Calabresi¹⁴ sobre los derechos de propiedad y las reglas de la responsabilidad.

¹¹ En virtud de tales indeterminaciones es que tiene origen este trabajo, mediante el cual, se verá más adelante, se intenta proporcionar un criterio alternativo de apreciación de la noción de culpa en las decisiones judiciales en los casos de responsabilidad civil extracontractual.

¹² POSNER, Richard Allen. *El Análisis Económico del Derecho*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 27.

¹³ El Problema del Costo Social, trabajo originalmente publicado en *The Journal of Law and Economics* (octubre de 1960), p. 1-44. Coase fue Premio Nobel de Economía en 1991.

¹⁴ El costo de los accidentes, trabajo publicado en *Yale Univesity Press* (1970).

Para el profesor Pierluigi Chiassoni, la locución *Análisis Económico del Derecho* aparece y se difunde al inicio de los años setenta del siglo XX, dicha expresión se utiliza para denotar no menos de cinco cosas distintas -según un determinado contexto- pero relacionadas entre sí.

La primera de ellas, denota un “*movimiento intelectual*”, en especial, el movimiento académico que se desarrolla a partir del final de la década de los años cincuenta y los años setenta del siglo XX en las Escuelas de Derecho (Law Schools) de Chicago y de Yale. La característica principal y genérica de éste movimiento es la aplicación de herramientas de la teoría microeconómica al análisis de las reglas y de las instituciones. De esta forma, la expresión AED es sinónimo de nociones conocidas en la cultura jurídica como “Derecho y Economía” (“Law and Economics”) y el “movimiento jurídico-económico” (“The law and economics movement”).

En segundo lugar, en estricto sentido, puede entenderse por AED, el “*método o conjunto de métodos*” utilizado por los partidarios de dicho movimiento intelectual en sus investigaciones sobre el derecho. En este sentido, la expresión AED es sinónima de la noción “el acercamiento económico al derecho” (“the economic approach to law”).

En tercer lugar, el AED indica el conjunto de las “*divisiones particulares o subdivisiones*” que se forman al interior del sistema jurídico. El significado que se le da aquí al AED es sinónimo de la expresión “teoría económica del derecho” (“the economic theory of law”).

En cuarto lugar, la expresión AED significa la “*disciplina o el campo de investigación*” cuya característica es la adopción de un enfoque económico al derecho, que se incluye en las ramas de la ciencia jurídica y de la economía. Aquí,

nuevamente, la locución AED es sinónimo de “Derecho y economía” (“Law and Economics”) y “La economía y el Derecho” (“Economics and the Law”).

Finalmente, en quinto lugar, el AED sirve de “... *título de curso universitario, en donde los estudiantes aprenden las teorías y los métodos de los juristas-economistas.*”¹⁵

1.3. ENFOQUES DEL AED

Desde el derecho y la economía existen diferentes formas de abordar el *Análisis Económico del Derecho*. Desde la perspectiva económica se puede hacer uso de los mismos criterios que utiliza la teoría económica, esto es, el enfoque positivo y el normativo. Y desde el derecho se podría hablar de un método de estudio sociológico y otro normativo.

Tradicionalmente, se han identificado dos enfoques económicos del *Análisis Económico del Derecho*.

El primero de ellos es el *positivo*, a través de éste enfoque se intenta explicar cuáles son los efectos de las leyes y, a partir de esas explicaciones, determinar los resultados que dichas leyes permiten alcanzar y que se consideran deseables. Se analizan las soluciones que proporciona o puede proporcionar el derecho positivo a problemas específicos. Igualmente, se podría evaluar la eficiente utilización de recursos por parte de las instituciones jurídicas para determinar si favorecen la minimización de los recursos. También brinda herramientas para analizar las causas económicas de los cambios jurisprudenciales y aplicación de los principios jurídicos para el caso concreto. En fin, puede darse un sinnúmero de casos en los cuales el enfoque positivo del AED sirve para describir y analizar el

¹⁵ Respecto al significado de la expresión véase en CHIASSONI, Op. Cit. p. 1-3

funcionamiento del sistema jurídico. De esta manera, a través de la utilización de éste enfoque el *Análisis Económico del Derecho* denota que es una disciplina, la cual consiste en el estudio de las normas jurídicas desde el punto de vista de sus funciones económicas. Se analiza el modo en que operan dichas normas (estudio descriptivo) y se examina su capacidad de obtener un determinado objetivo económico (estudio evaluativo)¹⁶.

En segundo lugar, se encuentra el enfoque *normativo* que se utiliza para establecer o especificar los objetivos deseables para la sociedad, lo que se considera mejor para su beneficio. Lo anterior implica, necesariamente, la emisión de juicios de valor sobre el sistema jurídico operante. Así, el análisis económico del derecho desde la perspectiva normativa, denota que es una disciplina dedicada a la valoración de las consecuencias o efectos que producen las normas jurídicas a partir de su mayor o menor deseabilidad y a la presentación de propuestas o soluciones óptimas que tiendan a la equidad.

Ahora bien, para abordar el estudio del AED desde un enfoque jurídico es preciso, por lo menos, realizarlo de dos maneras: desde una dogmática jurídica o desde la filosofía del derecho.

El primer enfoque sería utilizar el Análisis Económico del Derecho como una herramienta para solucionar un determinado problema jurídico concreto en el marco de una dogmática jurídica específica como lo es el caso de la Responsabilidad Civil Extracontractual. Dicho efecto –solución- puede ser hallado y justificado mediante la interpretación de las “lagunas” en el derecho y la definición de conceptos jurídicos. La justificación debe ser adecuada, es decir, requiere de cierta carga argumentativa que produzca un efecto convincente en el

¹⁶ Es el concepto de análisis económico enunciado por Germán Coloma. En este sentido véase el artículo “Las funciones económicas del derecho”, publicado por la Universidad del CEMA. Buenos Aires. p. 1.

auditorio al cual va dirigido. A partir de ésta perspectiva se puede abordar un estudio de determinada ciencia jurídica descriptivo o valorativo (normativo).

Un segundo enfoque es el del filósofo e historiador del derecho que, de acuerdo con Chiassoni, a quienes les interesan "... las teorías y las ideologías que los juristas-economistas sostienen, explícita o implícitamente, acerca del derecho, de la ciencia jurídica y de la función judicial."¹⁷

En este trabajo se adoptará el enfoque normativo de la Responsabilidad Civil Extracontractual porque a partir de la utilización de un análisis descriptivo se propondrá un criterio alternativo de apreciación a casos concretos de la noción de culpa que permita desarrollar más ampliamente los criterios de valoración del artículo 2341 del Código Civil que se refieren al concepto aludido. De esta manera, el criterio suministrado para interpretar el concepto de culpa, como se verá más adelante, permitirá un mejor desarrollo de la *seguridad jurídica* –para el caso específico- norma de rango constitucional y por ello uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, brindará garantías para ejercer de forma adecuada el *derecho de defensa*, derecho adscrito al principio constitucional del *debido proceso* y frente a casos similares el criterio propuesto suministrará *igualdad* de tratamiento al restringir en cierta forma la discrecionalidad judicial. También se verá que esta propuesta puede ser una aplicación de una interpretación proporcional y adecuada de dicha norma –vigente- y, por último, es posible que contribuya a la eficacia de la misma.

1.4. FUNDAMENTO ÉTICO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. DIFERENTES NOCIONES DE EFICIENCIA

¹⁷ CHIASSONI, Op. Cit. p. 3

Una de las propuestas esenciales de éste movimiento intelectual, específicamente de la corriente de Chicago, es la aplicación de un método de estudio al análisis de las normas e instituciones jurídicas, mediante la utilización de herramientas microeconómicas que permitan evaluar su eficiencia. No obstante, esta escuela tradicional de AED se desarrolló bajo una influencia neoclásica de la economía que ha sido complementada y criticada en años posteriores por nuevas teorías como la de la Escuela Neoinstitucional, la cual sostiene la importancia de las instituciones debido a que demuestra que un mercado presenta fallas (monopolios, racionalidad limitada, costos de transacción, etc.), razón por la cual es necesaria la intervención de las mismas. Bajo este marco de la eficiencia, es posible identificar, como se hizo anteriormente, que uno de los principales postulados de dicho movimiento es la concepción de las normas jurídicas como modificadoras de incentivos en el comportamiento de las personas para alcanzar el fin social deseado¹⁸. En consecuencia, el énfasis del análisis está puesto sobre el criterio de eficiencia de las normas jurídicas que constituye el punto de partida.

Desde sus inicios, el AED ha basado sus valoraciones y recomendaciones al seguir los postulados económicos neoclásicos cuyo sustento ético se identifica con el utilitarismo. En la economía clásica, cuyo fundador es Adam Smith con su obra *La Riqueza de las Naciones* (1776), Smith sostenía que el interés social se obtenía mediante la búsqueda del propio interés a través de la competencia entre los individuos por los bienes y servicios existentes¹⁹. Y, obviamente, es más competente o más apto quien maximiza sus recursos, es decir, quien obtiene un beneficio mayor a bajo costo. El individuo es racional y egoísta; sabe qué quiere y cuáles son sus restricciones en aras de obtener un beneficio. La teoría de Smith constituyó durante mucho tiempo una hipótesis carente de demostración hasta 1870 con *La Teoría del Equilibrio* de Léon Walras quien explica y demuestra como los precios de los diferentes bienes y servicios se pueden determinar por las

¹⁸ En este sentido ARJONA-RUBIO, Op. Cit. p. 129. También CHIASSONI, Op. Cit. p. 23.

¹⁹ STIGLITZ, Joseph E. La economía del sector público. Tercera edición. Editor Antoni Bosh, 2002. p. 67.

interacciones entre los mercados; teoría que se desarrolló dentro del marco de la economía neoclásica y que hoy sigue planteando la teoría económica, específicamente la economía del bienestar.

Por su parte, el utilitarismo, fundado por Jeremy Bentham (1789), constituye la justificación ética de los economistas para los diferentes criterios de eficiencia. Esta corriente de pensamiento sostiene que *una sociedad justa es una sociedad feliz*, lo que es o no justo para la humanidad lo determina el estado de placer vivido por las personas, no las ideas metafísicas del derecho natural. La tesis del utilitarismo se basa en el nivel de placer obtenido por cada persona, por cada individuo y éste a su vez, constituye el interés que todo ser humano persigue; de ahí que sea considerada una teoría individualista. Además, se considera que el interés colectivo es la suma de los intereses individuales²⁰.

Las dos corrientes que conforman el utilitarismo son el consecuencialismo y el bienestarismo. El primero, se entiende como la valoración moral que se hace de algo a partir de sus consecuencias. El segundo, refleja la idea según la cual los resultados que se obtengan deben compararse y valorarse en términos de bienestar. Para precisar esta idea se puede tomar el siguiente ejemplo: “... supongamos que debemos escoger entre dos opciones: A y B. Se puede tratar de acciones individuales o colectivas. Frente a tales elecciones, el utilitarismo propone una máxima única: evaluemos tan exactamente como sea posible las consecuencias que A y B tendrían sobre el bienestar –o la utilidad- de cada miembro de la colectividad considerada; calculemos, para cada una de las opciones, la suma de niveles de bienestar que pueden obtener los miembros de la colectividad y escojamos de las dos opciones la que maximiza esa suma, es decir, la que produce el bienestar agregado más elevado.”²¹

²⁰ Véase ARNSPERGER, Christian y VAN PARIJS, Philippe. Ética económica y social. Teorías de la sociedad justa. Editorial Paidós, 2002. p. 27-33.

²¹ Ibid, p. 27-28.

Ahora bien, el problema que ha enfrentado la economía hasta nuestros días es el intento de dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Cómo se maximiza el bienestar o la utilidad? ¿Cómo se mide? En un primer intento, se proponía la comparación interpersonal de utilidad bajo una serie de supuestos: i) cada individuo posee una escala de evaluación de las distintas opciones (hipótesis de la cardinalidad) y ii) las escalas de evaluación de cada persona pueden ser comparadas entre sí (comparabilidad interpersonal).²² Esta idea fue abandonada y reemplazada por la ordinalista intrapersonal que sostenía que los individuos expresan sus preferencias mediante ordenaciones en distintas escalas de acuerdo al grado de felicidad que le confieren. Tesis –ambas- que no resistieron las críticas de Lionel Robbins (1930) quien sostuvo que no podían demostrarse de manera científica.

Desde el siglo XIX hasta nuestros días se han planteado otras nociones que intentan demostrar que es posible medir la utilidad a través de criterios de eficiencia que reflejen el bienestar obtenido por los individuos. Para efectos de este trabajo se comenzará por enunciar la eficiencia u optimalidad de Pareto, en segundo lugar, la superioridad de Pareto y finalmente la eficiencia de Kaldor-Hicks. A continuación, se enunciará brevemente en qué consiste cada una de estas nociones²³.

a) *Eficiencia u optimalidad de Pareto:* se le otorga valor a éste criterio debido a las críticas y dificultades presentadas por las hipótesis cardinales y ordinales. Según Pareto, un estado de cosas es óptimo si ningún otro estado es superior a él, es decir, cualquier alejamiento con respecto a ese estado de cosas – óptimo- hace que por lo menos un individuo empeore. En este caso, no es posible modificar la situación de una persona sin desmejorar la de otra.

²² *Ibíd.* p. 33.

²³ Sobre los criterios de eficiencia véase COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. Ed. Fondo de cultura económica. México. ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. Ed. Fondo de cultura económica. México: 2001. GUZMÁN AGUILERA, Patricia. *Introducción al análisis económico del derecho ambiental*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006. POSNER, Op. Cit. p. 11-25.

- b) *La superioridad de Pareto*: un estado de cosas, A, es superior en términos de Pareto a otro estado, B, si y sólo si el moverse de A a B no deja ningún individuo peor que antes y hace que por lo menos una persona mejore. En otras palabras, se mejora la posición de, al menos, una persona sin empeorar la posición de ninguna otra.
- c) *La eficiencia de Kaldor-Hicks o superioridad potencial de Pareto*: surge para hacer frente al problema de las críticas que suscitaban las nociones de eficiencia Paretianas. La mayoría de cambios que ocurren en el mundo real no serían comparables; la adopción de una determinada política normativa, por ejemplo, producirá “ganadores y perdedores” lo cual sería ineficiente.

Kaldor-Hicks desarrollaron la idea de la compensación potencial la cual pretende que el ganador gane más que aquello que el perdedor pierde para que éste último pueda ser eventualmente compensado por el primero. De esta manera, un estado de cosas, A, es más eficiente en términos de Kaldor Hicks a otro estado, B, si después de moverse de B a A los ganadores pueden compensar a los perdedores. Es potencial, no exige su efectividad real y hay eficiencia porque los ganadores compensan a los perdedores o podrían hacerlo.

En definitiva, para los economistas en general, independientemente del criterio que acojan, la eficiencia implica una relación costo-beneficio; se busca minimizar tanto como sea posible los costos de producción, distribución y combinación de productos para obtener así el máximo rendimiento posible con los recursos disponibles. Esto, por supuesto, maximiza la utilidad de cada individuo, su bienestar y siguiendo la corriente utilitarista, la de la sociedad.

De igual manera, el movimiento del AED ha considerado que una norma jurídica es buena si tiene como resultado el máximo bienestar posible. En esta medida, se ven reflejadas las corrientes utilitaristas en el AED: la consecuencialista y la bienestarista. En el primer caso, porque las normas, las acciones, las políticas y las instituciones se juzgan en función de las consecuencias que producen para los individuos de determinada sociedad. En el segundo caso, lo único que interviene en la evaluación de las consecuencias es el bien de los individuos de la sociedad, el cual es concebido exclusivamente como su nivel de bienestar²⁴.

Por bienestar se ha entendido en la interpretación hedonista de Bentham la relación entre placer y dolor: *una sociedad justa es una sociedad feliz*. Bajo esta óptica, la maximización de la utilidad se logra cuando se reduce tanto como sea posible los males que sufren los individuos al intentar procurarles el máximo placer. En la versión contemporánea según Arnsperger y Van Parijs “... *la utilidad se define como el indicador de satisfacción de las preferencias de una persona, se traduzca o no esta satisfacción en una experiencia de placer.*”²⁵ De esta forma, el dogma utilitarista busca satisfacer, al máximo posible, las preferencias de todos, “... con una limitante: que sean racionales.”²⁶

Por último, otra de las nociones de eficiencia es la planteada por Richard Posner: *la maximización de la riqueza* (ver concepto más adelante), la cual Posner también denomina Kaldor-Hicks²⁷. No obstante, la diferencia que se encuentra entre la propuesta de Posner y criterio Kaldor-Hicks consiste en que el primero no tiene un sustento ético utilitarista sino que se basa en los principios de autonomía y consenso²⁸, mientras que el segundo si tiene sustento en la ética utilitarista. Para

²⁴ ARNSPERGER, Op. Cit. p. 27-33.

²⁵ Ibid, p. 29.

²⁶ Ibid, p. 29-30.

²⁷ POSNER, Op. Cit. p. 21.

²⁸ Ver en el ensayo “Utilitarismo: Economía y teoría jurídica” realizado por POSNER, Richard y compilado por ROEMER, Andrés. Derecho y economía: Una revisión de la literatura. México:

este Autor los criterios de eficiencia enunciados anteriormente son objeto de las mismas críticas que se le hacen al utilitarismo debido a que se fundamentan en dicha ética económica y social. En esta medida, el utilitarismo es objetable por tres razones:

1. *El problema de los límites.* ¿De quién son las utilidades que cuentan? ¿Se tiene en cuenta la felicidad de los animales? ¿La de las futuras generaciones? Este problema se refiere a la vieja discusión de los utilitaristas acerca de si la meta utilitaria debiera ser la maximización promedio o la felicidad total. Para dar claridad se citará el ejemplo propuesto por Posner. *“Si se matara a la mitad más pobre de Bangladesh, el nivel de vida de la otra mitad aumentaría y por lo que se sabe también su felicidad subjetiva, en virtud de la proporción menor de gente con respecto a la tierra y otros recursos naturales disponibles. Sin embargo, la felicidad total bien podría ser menor. Por consiguiente, no hay una base clara para escoger entre la felicidad promedio y la felicidad total.”*²⁹

2. *El problema de la medición.* ¿Cómo medir la satisfacción subjetiva en términos objetivos? Para Posner no existe un patrón de medida confiable mediante la utilización de los criterios de eficiencia utilitaristas Paretianos. Aun si se aceptara que una transacción de mercado aumenta la felicidad de las partes respecto a lo que se tenía antes de realizarse el intercambio, es posible afectar a terceros: aumentar la demanda de un producto puede hacer que suba el precio de ese bien para otros compradores y el precio más elevado puede situar a otros consumidores en la miseria. Además, dichos análisis plantean una petición de principio en dos puntos a saber: (i) Que los bienes intercambiados se distribuyeron inicialmente de manera adecuada, es decir, que se logra la maximización de la

Coeditores, Centro de estudios de gobernabilidad y políticas públicas, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Fondo de Cultura Económica, 2002. p. 173-188.

²⁹ POSNER compilado por Roemer, Op. Cit. p. 166-168. ROEMER, Op. Cit. p. 30.

felicidad con tal distribución. (ii) El sistema de mercados libres crea más felicidad que los sistemas alternativos de asignación de recursos³⁰.

3. *El problema de la monstruosidad moral.* ¿Cómo ponderar las satisfacciones del criminal y de la persona no productiva? Existen dos tipos de monstruosidades. Una se refiere a la dificultad utilitarista para efectuar distinciones morales entre clases de placer, como ejemplo Posner menciona que “... si A pasa su tiempo de ocio arrancando las alas de una mosca, mientras que B lo pasa alimentando palomas, y que debido a que A tiene una mayor capacidad para el placer logra mayor felicidad en su tiempo de ocio que B. Un utilitarista congruente tendría que juzgar como mejor hombre a A que a B, porque la actividad de A agrega más a la suma de la felicidad que lo que agrega B.”³¹

La otra clase de monstruosidad surge de la prontitud con que se sacrifica al individuo inocente en el altar de la necesidad social. Posner cita el ejemplo de Alan Donagan. “Probablemente habría más bien y menos mal matar de forma indolora, sin ser descubierto, a tu malvado, viejo e infeliz abuelo que si te abstuvieras de hacerlo, porque así lo librarías de su miserable existencia; sus hijos disfrutarían de la herencia y no sufrirían por su maldad, y tú anticiparías la recompensa prometida a quienes hacen el bien en secreto. Nadie en su sano juicio dudaría que un comportamiento como el descrito sea algo monstruoso.”³²

Ahora bien, lo que propone Posner es un criterio de eficiencia alternativa: el de maximización de la riqueza. Con esta noción dicho Autor quiere indicar “... la política de intentar maximizar el valor agregado de todos los bienes y servicios, ya sea que se comercien en mercados formales (los bienes y servicios “económicos” usuales) o que no se comercien en tales mercados (en el caso de bienes y servicios no económicos, como la vida, la recreación, la familia y la libertad de

³⁰ POSNER compilado por Roemer, Op. Cit. p. 167-170. ROEMER, Op. Cit. p. 29.

³¹ POSNER compilado por Roemer, Op. Cit. p. 170.

³² Ibíd, p. 170.

dolor y sufrimiento). El “valor” es determinado por lo que el dueño de los bienes o el servicio exigirían para separarse de él o por lo que un no-dueño estaría dispuesto a pagar para obtenerlo –cualquiera de los dos sea el mayor. La “riqueza” es el valor total de todos los bienes y servicios “económicos” y “no-económicos” y ésta es maximizada cuando todos los bienes y servicios, en la medida en que esto sea posible, sean asignados a sus usos más rentables...”³³.

De esta manera, con la utilización del mencionado criterio se evita los problemas de límites que enfrenta el utilitarismo porque el único tipo de preferencias que cuenta en un sistema de maximización de la riqueza es el que está respaldado por dinero, es decir, el inscrito en el mercado. Así, mientras que un cálculo utilitarista debería considerar las preferencias de los animales y de los extranjeros, no sucedería tal cosa con el sistema propuesto.

El problema de la medición se resuelve con facilidad si el dominio del criterio de maximización de la riqueza se restringe a mercados que están libres de problemas serios de monopolios o externalidades: cualquier transacción voluntaria que tenga lugar en el mercado deberá incrementar la riqueza de la sociedad. No obstante, la voluntariedad es una condición demasiado restrictiva porque una vez se incluye en mercados hipotéticos surge un problema de medición, aunque es menos serio que tratar de medir la felicidad. Es más fácil adivinar las preferencias de mercado de las personas en áreas en las que el mercado no está en marcha, que adivinar qué políticas maximizarían la felicidad subjetiva.

Por último, el problema del monstruo moral no tiene lugar en un sistema ético fundado en la maximización de la riqueza. Si una persona siente gran placer al torturar a sus víctimas, ese placer que siente no lo haría un buen hombre, ni le daría derecho a torturar personas. Tendría que comprar el consentimiento de sus víctimas, y estas compras acabarían rápidamente con la riqueza de todos, excepto

³³ POSNER, Op. Cit. p. 682.

con la de los sádicos más ricos. En un sistema de maximización de la riqueza las actividades de “los monstruos utilitaristas” están circunscritas a los límites de su riqueza, y sus víctimas están protegidas por un sistema de derechos que obliga al monstruo a pagar a sus víctimas el nivel de compensación que ellas mismas determinan³⁴.

Plantea Posner que el uso del *principio de maximización de la riqueza* implica varias cosas:

- Una distribución inicial de derechos individuales (a la vida, libertad y trabajo) a sus dueños naturales.
- Libre mercado que permita que esos derechos sean reasignados de vez en cuando para otros usos.
- Normas jurídicas que simulen las operaciones de mercado cuando los costos de transacción del mercado sean prohibitivos.
- Un sistema de remedios legales para impedir y arreglar invasiones a los derechos.
- Un sistema de moralidad personal (las “virtudes” protestantes) que sirvan para reducir los costos de transacción del mercado³⁵.
-

Como se mencionó anteriormente, el consenso es el fundamento del criterio de maximización de la riqueza. La idea de consenso empleada por Posner es la de compensación *ex ante*. Este Autor, dice Roemer, “... *igualada las nociones de compensación ex ante y consentimiento al señalar que los individuos convendrían en la maximización de la riqueza como criterio para establecer las reglas del derecho consuetudinario con miras a la adjudicación, siempre y cuando exista una*

³⁴ Sobre la superación de las críticas a la ética utilitarista mediante la adopción de la maximización de la riqueza véase en POSNER compilado por Roemer, Op. Cit. p. 181-185.

³⁵ POSNER compilado por Roemer, Op. Cit. p. 180.

*probabilidad suficiente de que el individuo se beneficiaría a largo plazo con dichas reglas aun cuando pueda haber perdedores en la aplicación de una regla en particular.*³⁶. Las instituciones jurídicas que maximizan la riqueza *ex ante* son las menos costosas afirma Posner. En efecto, un sistema en el que se paga una compensación *ex post*, es más costoso que un sistema en el que no se paga compensación alguna.

1.5. ESCUELAS DE PENSAMIENTO DEL AED

En el ámbito norteamericano se han identificado al menos tres escuelas de pensamiento que compiten en la actualidad por desarrollar las ideas del AED: La Escuela de Chicago, El Neoinstitucionalismo y El Public Choice.

- La escuela de Chicago

Es la escuela más ortodoxa en la literatura del AED. Se distinguen tres grandes etapas: la primera, comienza en los años setenta con el análisis de los casos *anti-trust*. La información legal contenida en ese tipo de expedientes se utilizó por economistas preocupados por el fenómeno del monopolio con el fin de estudiar y analizar las prácticas corrientes en los negocios y perfeccionar la teoría sobre el comportamiento de la empresa en ambientes no competitivos. Se veía al fenómeno del monopolio como algo ocasional e inestable, una deformación del mercado que sería corregida por presiones de la competencia. De esta manera, la aplicación de leyes antimonopolio sería innecesaria e incluso se pensaba que los remedios oficiales podían empeorar la situación debido a la ineficiencia de las instituciones. Igualmente, se identifica el comienzo de esta etapa con un programa interdisciplinario de estudios legales que incluía cursos de economía y contabilidad para el desarrollo de un proyecto de investigación. Finalmente, con la fundación

³⁶ ROEMER, Op. Cit. p. 34.

del *Journal of Law and Economics* se consolida este movimiento en la Escuela de Chicago³⁷.

La segunda etapa se inicia con los trabajos de Ronald Coase y Guido Calabresi quienes establecieron un marco analítico para estudiar la asignación de los derechos de propiedad y los problemas de responsabilidad civil. Coase en su artículo El Problema del Costo Social analiza las empresas que tienen efectos perjudiciales frente a terceros y propone enfocar el problema de manera distinta procurando siempre evitar el daño más grave. La pregunta es quién debe resultar perjudicado. Sostiene que las transacciones tienen un costo y que las decisiones judiciales tratan de producir un resultado semejante al que se hubiera producido en ausencia de costos de transacción, es decir, estas últimas deberán producir el mismo resultado que se hubiera generado en condiciones de mercado perfecto³⁸. Calabresi, por su parte, sostiene que los juicios jurídicos en el tema de la responsabilidad civil deben construirse bajo consideraciones de eficiencia. Así, considera que si la responsabilidad recae sobre quienes pudieron haber previsto el daño, los incentivamos a asegurarse y, de ese modo, el costo de los daños que el agente pudiera causar se verá dispersado entre todos los asegurados; es mejor que un daño sea repartido entre muchos a que sea concentrado en uno sólo, aunque éste sea quien lo causó³⁹.

La tercera etapa, se presenta a finales de los años setenta con el trabajo de Gary Becker sobre el comportamiento criminal. En relación a las anteriores etapas existen dos diferencias importantes. La primera, es que el objeto de estudio deja de ser la empresa y el mercado y comienza a ser el individuo. La dificultad con la que Becker tuvo que tratar es que los individuos no maximizan beneficios sino su

³⁷ ARJONA-RUBIO, Op. Cit. p. 121-123.

³⁸ En este sentido, NUÑEZ, Op. Cit. p. 79-93.

³⁹ En este sentido véase el ensayo "El costo de los accidentes" realizado por CALABRESI, Guido. Compilado por ROSENKRANTZ, Carlos F. La responsabilidad Extracontractual. Primera edición, Editorial Gedisa S.A., Barcelona: 2005. p. 85-103.

utilidad la cual no es posible cuantificar básicamente porque i) la función de utilidad de las personas incluye componentes distintos a la riqueza y ii) no es posible hacer comparaciones interpersonales de utilidad ya que varían entre individuos. La segunda diferencia es la propuesta de minimización de costos del sistema penal a través del análisis de los objetivos, manifiestos o implícitos, del derecho penal y de la política criminal.

Gary Becker retoma el cálculo de los incentivos placenteros o dolorosos, propuesto por Bentham, que hace actuar a las personas y concluye que ciertos comportamientos son en términos de ingreso económico más eficientes que otros (caso de la discriminación). También retoma el tema de la efectividad de las penas en materia criminal, demuestra que el castigo para un determinado delito es un precio para la actividad criminal y que al aumentarse dicho precio la actividad criminal tiende a disminuir⁴⁰.

- La nueva economía institucional.

Retoma las bases de la vieja economía institucional que surge a partir de los estudios sobre la organización económica elaborados por Frank Knight en 1892, este Autor identificó el concepto de “riesgo moral” como un comportamiento frecuente de las personas y que debía ser tomado en cuenta por la organización económica. Más adelante, Jhon R. Commons sostuvo que debido a la escasez natural de los recursos y a los conflictos de interés por la auto-atribución de derechos subjetivos, se hace necesaria una aproximación institucional como una manera de resaltar la acción colectiva, la cual consiste en el grado de cooperación necesario para lograr la eficiencia. Los institucionalistas no creen que la eficiencia surja espontáneamente de la armonía de los intereses sino de la acción de las instituciones que imponen orden en el conflicto. La intervención estatal se hace necesaria por las fallas que se presentan en el mercado. Como se desprende, una

⁴⁰ En este sentido NUÑEZ. Op. Cit. p. 79-93. También ARJONA-RUBIO, Op. Cit. p. 121-123.

de las características de ésta escuela es el profundo escepticismo con la idea la racionalidad ilimitada; que las personas lleguen a acuerdos convenientes y, de hacerlo, que esos acuerdos se cumplan en interés de las partes y la sociedad sin la existencia de un marco institucional⁴¹.

La Nueva Economía Institucional no es una escuela uniforme sino un conjunto de temas desarrollados sobre premisas más o menos homogéneas. En la actualidad se destacan varios exponentes, entre ellos Oliver Williamson, Douglas North y Harold Demsetz.

Williamson sostiene que el estudio sobre las relaciones contractuales tiene por objeto mostrar que el propósito principal y efecto de las instituciones económicas del capitalismo es el de economizar los costos de transacción. Para este Autor existen tres factores principales que inciden sobre el proceso de contratación: el nivel de oportunismo de los agentes, el grado de racionalidad de los mismos (dado que el entendimiento es un recurso escaso debe ahorrárselo al tiempo de contratación, usándolo hasta que su rendimiento marginal decrezca) y la especificidad de los activos.

North pretende explicar por qué surgen las nuevas instituciones y sostiene que su objeto es reducir la incertidumbre al establecer una estructura estable (no necesariamente eficiente) de la interacción humana. Las instituciones no siempre son eficientes porque quienes las establecen generalmente persiguen su propio interés y no la maximización de la riqueza de la comunidad. En efecto, North plantea la necesidad de diferenciar las organizaciones (los jugadores) de las instituciones (las reglas). La interacción entre unas y otras es lo que determina el sendero institucional, la forma como se van configurando las instituciones en una sociedad. Así las cosas, la reglas de juego endógenas que dependen de los intereses y del poder relativo de los jugadores exitosos –no del interés público–,

⁴¹ Ver en NUÑEZ. Op.. Cit. p. 76-79. También en ARJONA -RUBIO. Op. Cit. p. 125-127.

trae como consecuencia que las reglas de juego no siempre tengan como finalidad la eficiencia económica⁴².

Esta escuela se diferencia de la institucional porque aun cuando supone que el método neoclásico de análisis económico utilizado por los institucionalistas es válido, critica la rigidez de sus supuestos de análisis debido a que distingue dos tipos de mercado: uno en donde los costos de transacción son bajos o inexistentes y que funcionan bajo dicho modelo neoclásico y el Teorema de Coase y otro en donde esos supuestos no son aplicables, razón por la cual se hace necesaria la introducción de instituciones para que las transacciones se asignen a estructuras de gobernación en forma analítica⁴³.

- El Public Choice o la Elección Pública

Se entiende por este la aplicación del instrumental económico para la toma de decisiones políticas. Es un Análisis Económico de toma de decisiones que se presenta fuera del mercado porque tiene por objeto el estudio de las decisiones públicas, la estructura del Estado, las normas electorales y la influencia de los grupos de interés en esas decisiones.

También es conocida como la escuela de New Haven, que se origina en los trabajos de Duncan Black⁴⁴. Posteriormente, el trabajo de Black es continuado por Kenneth Arrow en su ensayo *Social Choice and Individual Values* (Wiley and Sons, New Cork, 1951). No obstante, se dice que estrictamente esta escuela comienza con el escrito de James Buchanan y Gordon Tullock: “El Cálculo del

⁴² En este sentido véase en NUÑEZ Trujillo, Op. Cit. p. 93-100. También en ARJONA-TRUJILLO y RUBIO PARDO, Op. Cit. p. 127-129.

⁴³ MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Anotaciones sobre Análisis Económico del Derecho. Escuelas. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2005. Vol. I, p. 187; y NUÑEZ TRUJILLO, Op. Cit. p. 93

⁴⁴ BLACK, Duncan. On the rationales of group decision making. En: Journal of Political Economy. No. 56 (February 1948); y BLACK, Duncan. The decisions of a committee using special majority. En: Econométrica. No. 16 (July 1948).

Consenso”, por la cantidad de artículos y trabajos desarrollados después del de ellos, por el desarrollo de la infraestructura de análisis económico de la política y por la fundación de una revista sobre el tema⁴⁵.

Los objetivos de esta escuela de pensamiento son:

- a)** Definir la justificación económica para la acción pública.
- b)** Analizar las instituciones políticas y burocráticas de manera realista y
- c)** Definir los roles útiles para el sistema judicial en el ámbito de éste sistema de política pública⁴⁶.

Este enfoque se justifica en la observación del creciente papel regulador que juega el Estado. Se diferencia de la escuela de Chicago en que consideran que el problema no es de mucha sino de poca regulación por la existencia de múltiples fallas de mercado, lo cual afecta no sólo la eficiencia del mismo sino también la distribución.

⁴⁵ MÁRQUEZ ESCOBAR, Op. Cit. p. 219- 220.

⁴⁶ ARJONA-RUBIO, Op. Cit. p. 124.

2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR EL HECHO PROPIO: ANÁLISIS JURÍDICO

“Al evocar la noción de *culpa*, se refiere el legislador a una de las nociones más vagas, más huidizas, que existen en el orden jurídico; a propósito se ha dejado en la imprecisión; se ha contentado con plantear un principio y encomendar al juez el cuidado de asegurar la aplicación del mismo, confiándole al hacerlo una de las misiones más delicadas y temibles.” (Louis Josserand)⁴⁷.

En el presente capítulo no se pretende precisar el contenido de la noción de culpa; lo que interesa mostrar es cómo la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de realizar esta dificultosa labor ante la indeterminación legal del concepto. Para realizar esta tarea se tomará como punto de referencia la Responsabilidad Civil extracontractual por el hecho propio.

La idea de fundar la responsabilidad civil en la culpa de las personas aparece en el ámbito de la Ley Aquilia. En dicha Ley existía una disposición que contemplaba el uso legítimo del derecho propio, de un derecho subjetivo que se le había asignado a un sujeto; legítimo en tanto no se excediera en su uso, lo cual se determinaba –el exceso- cuando la utilización discrecional y arbitraria desconocía la razón o propósito para el cual se había establecido dicho derecho y, con ello, se causaba un daño. De esta forma, el exceso se identificaba con la idea de culpa o dolo⁴⁸. Igualmente, la noción de culpa por el uso ilegítimo del derecho se tuvo en cuenta en la época del derecho justiniano como soporte para que operaran las

⁴⁷ JOSSERAND, Louis. Derecho Civil: Teoría general de las obligaciones. Buenos Aires: Editorial Ediciones jurídicas Europa-América, 1993 Tomo II, Vol. I., p. 303.

⁴⁸ En este sentido. PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Bogotá: Editorial Temis, 1979. p. 109.

sanciones previstas en la Ley Aquilia que carecían de un principio reparatorio⁴⁹. De ahí que cuando se expidiera el Código Napoleónico, el criterio de imputación y uno de los requisitos centrales de la responsabilidad civil era la noción de culpa, la cual, igualmente, fue recogida por el Código Civil Francés, fuente de la mayoría de los códigos civiles suramericanos, entre ellos el de Colombia.

Innumerables han sido los intentos por precisar el concepto de culpa sin llegar a una definición satisfactoria. Sin embargo, la culpa subsiste como requisito fundamental de la responsabilidad civil y se deja al intérprete la tarea de establecer si en el caso concreto el agente obró o no con culpa.

Ahora bien, para determinar que el comportamiento de un individuo constituye una culpa se han utilizado algunos métodos de apreciación y comparación. En efecto, desde el derecho romano se apreciaba la culpa –delictual- mediante la verificación de si la intención del agente es o no maliciosa de causar un daño; el análisis se basaba en el examen de conciencia del individuo, si existía coincidencia entre la voluntad y el acto. Era un examen subjetivo-moral, una apreciación “*in concreto*” de la culpa. Pero ¿Qué pasaba en los eventos en que no existía esa coincidencia? Se consideró que en algunos casos surgía la necesidad de ampliar la esfera de responsabilidad para proteger a las víctimas; de presentarse se obligaba a la reparación *quasi ex delicto*, es decir, como si hubiera habido delito (llamados cuasidelitos por Justiniano en la diferenciación de las fuentes de las obligaciones). Posteriormente, una investigación realizada por los jurisconsultos bizantinos determinó que los casos que ampliaban la responsabilidad, es decir, los cuasidelitos tenían en común una culpa no intencional, cuya apreciación se realizaba de la misma manera que la culpa intencional (la delictual), era un análisis

⁴⁹ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 1996. Tomo I, p. 14-17.

por descarte; si no había delito, entonces, era casi un delito⁵⁰. Esta forma de apreciación se mantuvo hasta finales del siglo XIX.

A finales del siglo XIX, aparece de la teoría del riesgo, la cual tiene su origen debido al desarrollo industrial de la época que aumentó en medida considerable los accidentes que sufrían los obreros; muchas veces su causa era un misterio, lo que exoneraba al empleador de responsabilidad. La sociedad moderna, más compleja y emprendedora, en donde las relaciones jurídicas se intensifican, genera un mayor número de riesgos de causar daño a los demás. Por esta razón, Saleilles y Marc Sauzet propusieron y defendieron la idea de una responsabilidad sin culpa en los contratos de trabajo y, más adelante, propusieron su extensión a la responsabilidad contractual.⁵¹ Uno de los fundamentos de esta teoría consistía en que quien creaba el riesgo de dañar con su actividad debía asumir las consecuencias de ese riesgo, con lo cual, desde luego, quedaba comprometida su responsabilidad.

A partir de este momento, se empezaba a hablar de una doble concepción de la imputación: una objetiva que niega la necesidad de culpa y otra subjetiva en donde ella es requisito indispensable.

En un intento por frenar la avanzada de la teoría del riesgo, uno de sus principales opositores, Marcel Planiol, redefine el concepto de culpa para que entren en ella los casos en que la teoría del riesgo había demostrado la necesidad de proteger a las víctimas. En suma, surge la propuesta de un análisis de apreciación de la

⁵⁰ MAZEAUD, Henri y LEÓN Y TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Buenos Aires: Editorial Ediciones jurídicas Europa-America, 1962. Tomo I, Vol. II, p. 56-59, 77, 78; y PEIRANO, Op. Cit. p. 109-111.

⁵¹ Sobre la evolución de la teoría del riesgo ver en PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado práctico de derecho civil francés.. La Habana: Editorial Cultural S.A., 1945. Tomo sexto, p. 667-676; RIPERT, Georges. La regla moral en las obligaciones civiles. Bogotá: Editorial La gran Colombia. 1946. p. 166-176; JOSSERAND, Op. Cit. p. 296-302.

culpa “*in abstracto*”⁵², es decir, se separa el acto del agente; se debe actuar como lo harían los demás, “... desde el punto de vista de la previsión y de la diligencia en el actuar.”⁵³ Se compara la conducta del autor del daño con un modelo abstracto de comportamiento; se pregunta el juez qué es lo que habría hecho otro individuo en la misma situación.⁵⁴ Ya no sería necesario escudriñar la conciencia del individuo, bastaría la discordancia de su conducta con lo que harían los demás en idéntica situación. Conviene anotar, entonces, que se trataba de una concepción intermedia de la culpa; el fundamento de la responsabilidad todavía es la culpa, pero apreciada de una manera objetiva. Hoy en día, la jurisprudencia tanto francesa como la colombiana siguen éste método de apreciación al igual que un gran número de doctrinantes.

Actualmente, existe una discusión sobre el método de apreciación de la culpa delictual. En efecto, para determinar si una persona comete culpa delictual, es decir, obra con la intención de causar un daño, el juez debe realizar un análisis. ¿Cómo lo realiza? Hay dos posiciones al respecto. Unos acuden a la teoría de la representación formulada por Franz Von Listz; el autor del daño obra con la intención de causarlo cuando tiene conciencia de que con su actuar puede causar un perjuicio a otro y, aún así, actúa (puede que no desee la realización del daño o actúe para conseguir un objetivo diferente). Por consiguiente, la culpa delictual es conocimiento y voluntad de lo que se hace. Esta posición constituye una objetivación del análisis. Otros se apoyan en Légal quien critica la anterior teoría. Légal decía que prever y querer son dos conceptos distintos; tener la intención de realizar un acto, no es habérselo representado de antemano sino que supone dirigir la voluntad hacia un resultado determinado.⁵⁵ Esta última es la concepción

⁵² PLANIOL, Op. Cit. p. 716.

⁵³ Ibid, p. 716

⁵⁴ MAZEAUD-TUNC. Op. Cit. p. 60, 71-74.

⁵⁵ Ibid, p. 60-61.

que predomina en Francia según los Mazeaud. Actualmente en Colombia, la discusión persiste⁵⁶.

2.1. RECUENTO DOCTRINAL

Para el efecto propuesto al comienzo del capítulo se mostrará lo que han dicho algunos doctrinantes sobre lo que consideran debería ser la definición de culpa a partir de la concepción intermedia:

Marcel Planiol: Mencionaba que una persona “... *incurre en culpa cuando causa un perjuicio ilícito, ya sea conciente y voluntariamente, sea por imprudencia o negligencia. Los arts. 1382 y 1383 establecen la obligación general de no perjudicar a tercero...*”.⁵⁷ Más adelante dice: “*Cuando no se demuestra que el autor del daño ha previsto deliberadamente su posibilidad, solamente incurre en culpa si sobre él pesaba la obligación de preverlo y de desarrollar su diligencia para evitar su producción.*”⁵⁸ Para Planiol la culpa es un hecho ilícito porque implica la violación de una obligación preexistente. Esta definición ha sufrido una precisión terminológica por parte de otros autores, como por ejemplo Savatier que consideraba que no se puede hablar propiamente de una obligación debido a que entre las personas que media una culpa delictual o cuasidelictual ésta –la obligación- no se deriva previamente de vínculo jurídico obligacional alguno. Por lo tanto, se comienza a utilizar el concepto de deber jurídico.

La crítica que se le hace a esta definición consiste en que el deber incumplido no siempre está determinado; a veces lo que se vulnera es el “deber de diligencia y cuidado” que igualmente carece de concreción; la legislación no formula la regla

⁵⁶ Para ampliar ver en TAMAYO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Bogotá: Editorial Legis, 2007. Vol. I, p. 218-220.

⁵⁷ PLANIOL-RIPERT. Op. Cit. p. 707.

⁵⁸ Ibid, p. 716.

de conducta que los destinatarios tengan que cumplir para no incurrir en culpa, no define en qué consiste la conducta debida, es decir, en estos casos de trasgresión de la norma no se precisa en qué consiste la culpa, lo cual constituye un retroceso que sitúa el análisis en el comienzo.

Paul Leclercq: El Fiscal General Belga definió a la culpa como el atentado contra integridad de una persona o su patrimonio.⁵⁹ Esta definición confunde la culpa con el perjuicio porque en el instante en que hay un daño, hay una culpa; siempre que exista una lesión o atentado contra los bienes corporales, materiales o inmateriales existe culpa. Sin embargo, al seguir a los hermanos Mazeaud esta definición se basa en un silogismo que contiene una petición de principio en sus premisas: “... *la ley prohíbe atentar contra la integridad de la persona o del patrimonio de otro; obrar contrariamente a la ley es incurrir en una culpa; luego, el que atenta contra la integridad de la persona o del patrimonio de otro incurre en culpa.*”⁶⁰ La prohibición está dirigida a causar daño con culpa, la responsabilidad se establece no porque se causó un daño sino porque ese daño fue producto de una culpa. De ahí que daño y culpa se consideran elementos diferentes estructurantes de responsabilidad civil, como también el nexo causal existente entre ellos.

René Demogue: Después de analizar la jurisprudencia francesa vislumbra dos requisitos para que haya culpa: uno objetivo, el cual consiste en el atentado contra el derecho, otro subjetivo, que se manifiesta en el hecho de haber advertido o podido advertir que se atentaba contra derecho ajeno. Esta definición tampoco convence. En cuanto al primer requisito, no se sabe con certeza qué significa un atentado contra derecho: ¿Se refiere a un daño? ¿A un acto ilícito? Si es un daño, se confunde la culpa con el daño; si es un acto ilícito, se incurre en una tautología, por cierto arriesgada, porque conlleva al peligro de hacer creer erróneamente que

⁵⁹ Tomado de MAZEAUD –TUNC, Op. Cit. p. 41

⁶⁰ Ibid, p. 42.

quien actúa de conformidad con una obligación o deber legal, nunca podrá comprometer su responsabilidad. Frente al segundo elemento, si se tiene la intención, no hay tantos problemas, pero cuando no existe esa intención, la definición es tan vaga como el término culpa ¿Cómo saber que el agente podía prever que al realizar su conducta atentaba contra el derecho ajeno?⁶¹

René Savatier: Según este Autor, la culpa es el incumplimiento de un deber que el agente podía conocer y observar. De lo anterior se desprende la existencia de dos elementos: un deber violado y la imputabilidad. En relación al primero, es extensible la crítica que se le hace a Planiol acerca de la existencia de deberes no determinados, carentes de contenido como el de diligencia y cuidado. En estos casos ¿Qué es la culpa? Pero se piensa que ocurre algo más grave porque Savatier admite, junto a la existencia de deberes determinados por ley, uno general de no perjudicar a otro⁶², que sitúa el problema en las definiciones de culpa que confunden el daño con aquella. El segundo elemento de nada sirve para precisar el primero, su utilidad se encuentra en la exclusión de responsabilidad de las personas consideradas incapaces.

Henri y Léon Mazeaud: Ellos parten de la función preventiva de la responsabilidad civil que consiste en asegurar la armonía entre las personas que viven en sociedad y no se encuentran unidas por algún vínculo jurídico. Dicha función se deriva de lo que ellos consideran que es un principio: "... *el deber de conducirse de manera social.*"⁶³ que limita la libertad de cada individuo por la de los demás; quien no se conduce de manera social incurre en un error de conducta. De esta manera, deberá obrarse dentro del cause que mejor armonice esas libertades; no comportarse como los demás cuando ellos se comportan "*de manera social*", alejarse de tal referencia es incurrir en culpa. Sin embargo, aclaran que

⁶¹ Ibid, p. 46, 47.

⁶² Ibid, p. 48.

⁶³ Así se refieren los Autores al deber de diligencia y cuidado; actuar en contravía, equivale a error de conducta. Ibid, p. 68.

existe cierto nivel de tolerancia contra los atentados a la libertad que generan molestias e incluso riesgos que se explican y se aceptan debido a la convivencia en sociedad. En síntesis, presentan la siguiente definición de la culpa: *“La culpa cuasidelictual es un error de conducta tal, que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias “externas” que el autor del daño.”*⁶⁴

¿Qué son circunstancias externas? Para los Mazeaud son internas aquellas que atañen a la propia individualidad del victimario, a sus particularidades físicas o morales v.g. sexo, edad, salud, estado de su conciencia, la clase social, la inteligencia, el hábito de peligro etc.; las demás son externas.⁶⁵

El modelo de comparación es el hombre prudente y cuidadoso, ese modelo varía con cada asunto, con cada actividad. Para juzgar la conducta, por ejemplo, del médico se la compara con la que habría observado otro médico; la de un técnico de reparación de maquinaria con otro de su misma clase, etc.; criterio que variará según la evolución técnica, científica y social.⁶⁶ Sin embargo, *“... no puede compararse con el hombre medio el que ha actuado en un orden de cosas en que posee evidentemente conocimientos o aptitudes superiores al grado medio, sea o no un profesional.”*⁶⁷

Las críticas que pueden realizarse a esta teoría son las mismas que se predicen de la noción de culpa de Planiol. En efecto, contrario a lo que sostienen los hermanos Mazeaud de proponer una nueva noción de culpa distinta a las demás, conviene señalar que el punto central de su tesis lo constituye el error de conducta, lo cual no es otra cosa que el incumplimiento de un deber: el deber de conducirse de manera social. Y si cualquier persona no sigue ese deber, necesariamente

⁶⁴ Ibid, p. 85.

⁶⁵ Ibid, p. 83,84.

⁶⁶ Ibid, p. 80-82.

⁶⁷ PLANIOL. Op. Cit. p. 716; igualmente, MAZEAUD-TUNC, Op. Cit. p. 82 (En la apreciación in abstracto deben entrar en cuenta algunos elementos concretos).

realiza un hecho ilícito; consideración también criticada por éstos Autores. De ahí que siga vigente la misma pregunta que le hacían a Planiol en los casos de incumplimiento de deberes no determinados en las normas ¿Qué es la culpa en esos casos? Porque Planiol también daba pautas para construir un modelo abstracto a partir de la previsión y diligencia que debía tener el responsable.⁶⁸ ¿Habrá que construir tantos modelos como actividades existan?

Philippe Le Tourneau: Define la culpa como “... *comportamiento ilícito que contraviene a una obligación a un deber impuesto por la ley o por la costumbre.*”⁶⁹

Destaca dos elementos dentro del concepto: uno material que sería la conducta del sujeto, y otro jurídico que sería la ilicitud. Le Tourneau considera que la culpa delictual es la intención de causar daño a diferencia de la cuasidelictual que sería un error de conducta del agente. El error de conducta debe apreciarse en contraste con el comportamiento que debe realizar un “... *buen padre de familia atento y honesto, seguro de sus actos como de sus hechos, que respeta las leyes, los reglamentos, la costumbre e incluso los buenos hábitos.*” Circunstancias estas que evolucionan con el paso del tiempo. En otras palabras, se vuelve a la noción de culpa que tenía Planiol.

En Colombia: La ley tampoco definió con precisión lo que debe entenderse por culpa; la tarea de llenar el contenido de ésta noción ha correspondido a la doctrina y la jurisprudencia que han acogido en forma expresa, en varias ocasiones, la noción de culpa y el método de apreciación en abstracto de la misma, propuestos por los Mazeaud⁷⁰. Cuando la responsabilidad se fundamenta en la culpa es necesario realizar un análisis de la conducta del sujeto, de su acción. En este

⁶⁸ Mencionaba este autor que la obligación de evitar el daño se presenta porque es posible preverlo en función de las aptitudes que posee el hombre de capacidad media. PLANIOL, Op. Cit. p. 716.

⁶⁹ LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad civil. Bogotá: Editorial Legis, 2004. p. 122.

⁷⁰ Tamayo menciona que existen algunas variaciones a la apreciación propuesta por los Mazeaud, los menores de 10 años y los dementes no tienen capacidad para cometer culpa según el artículo 2346 del Código Civil. Las condiciones físicas y culturales del agente, dice, deben tenerse en cuenta. TAMAYO, Op. Cit. p. 202-209; SANTOS, Op. Cit. p. 27

punto se analiza si la acción específica de un sujeto determinado en un momento dado y en relación a un hecho dañoso corresponde al modelo de conducta que debe seguir cualquier persona situada en esas mismas circunstancias, a un modelo ideal –en el Código Civil Colombiano es el del buen padre de familia-, que el operador jurídico se encargará de llenar de contenido, pero debe tener como base la jurisprudencia y la doctrina como fuentes auxiliares de derecho debido a la indeterminación del concepto adoptado por el legislador colombiano⁷¹. Es aquí en donde el juzgador concluye si la acción desplegada por un sujeto en relación con un resultado dañoso para un bien jurídico es constitutiva o no de culpa. Javier Tamayo Jaramillo considera que el método de apreciación se realiza en abstracto⁷².

Después de realizarse el anterior estudio sobre la evolución de la noción de culpa es posible plantear la siguiente conclusión: en nuestro sistema jurídico se acoge la noción de culpa propuesta por los hermanos Mazeaud, la cual no presenta diferencias esenciales respecto del planteamiento de Planiol porque, según lo anotado anteriormente, el error de conducta es un hecho ilícito. El método de apreciación o modelo de referencia utilizado para determinar la existencia de culpa –material, no jurídica- es el del buen padre de familia, como un modelo indeterminado sin contenido predefinido por el legislador. Algunos doctrinantes consideran que por indeterminado debe adaptarse, de modo que cuando se habla del buen padre de familia se puede hablar del buen médico, el buen peatón, el buen hombre de negocios, etc. Es un concepto que varía en el tiempo. Es

⁷¹ Art. 230 de la Constitución Política de Colombia.

⁷² Al referirse al tema del análisis en concreto o en abstracto de la conducta dice que lo importante de la discusión no radica en si el análisis se debe hacer de una u otra manera porque la conclusión será que ella se juzga en abstracto, “[...] lo importante [...] radica en saber si [...] para la conformación de ese tipo abstracto se deben tener en cuenta o no, los elementos internos del agente cuya conducta concreta se juzga por el fallador”. Para él el análisis de la conducta en abstracto se puede realizar con base en circunstancias externas e internas del sujeto. Vg. Se pregunta en un caso determinado ¿Cómo se habría comportado un automovilista puesto en las mismas circunstancias del agente? Esto lo afirma al seguir a Boris Starck. Ver en: TAMAYO, Op. Cit. p. 202-204.

abstracto, de modo que en éste modelo no intervienen las características concretas del individuo que actuó, por ejemplo, no se tienen en cuenta sus particularidades físicas (sexo, edad, salud, estado de su conciencia, etc), psicológicas (inteligencia y carácter), culturales (no se tiene en cuenta el nivel de instrucción de la persona) y sociales (no se mira el medio social donde creció). Sin embargo, el carácter abstracto tiene ciertos matices; así, por ejemplo, el modelo se acomoda al tipo de persona, si es una persona normal, esto es, sin contexto o actividad particular se le compara en relación a ese grupo de personas; si es un profesional la comparación tiene en cuenta el tipo de profesión. De esta manera, el modelo es manejable, se adapta al tiempo y tipo de persona en su actividad, pero se deja por fuera lo interno que corresponde al modelo en concreto, incluso, por el tipo de persona se analiza a cada una de ellas en sus circunstancias concretas externas, verbigracia, no se le juzga igual al médico que actúa en la calle al atender un accidente que a un médico que está en el quirófano, esto porque el modelo se adapta. Para el modelo no es indiferente el tipo de intereses que están en juego, si está de por medio la seguridad de otra persona o la integridad de la cosa, intereses pecuniarios o de tipo extrapatrimonial. Igualmente, el modelo tiene en cuenta la gravedad de las consecuencias de una conducta normal, si los efectos de la conducta son catastróficos para la otra persona el modelo de referencia va a exigir más.

En relación con los aspectos internos del sujeto que actuó, como las situaciones de inferioridad (edad, que no es la edad para tener capacidad aquiliana, disfunción orgánica como ser ciego) o de superioridad (capacidades, conocimientos o experiencias), cabe afirmar que, en relación a las primeras, el modelo no se adapta a las inferioridades del sujeto sino que se compara su conducta con la de una persona diligente y prudente, alerta, segura de sus actos. En este caso el modelo abstracto exige para éstas personas un mayor grado de diligencia y cuidado para realizar algunas actividades, el buen padre de familia que esté inmerso en una condición de inferioridad debe medir sus posibilidades concretas

de actuación y no debe arriesgarse a hacer lo que no puede, el deber de diligencia y cuidado consiste en no realizar actividades para las que requiera de alguna capacidad; hacerlo sería comportarse como no lo habría hecho un buen padre de familia –de esta manera estas circunstancias de inferioridad se tienen en cuenta pero para exigir una diligencia especial, incluso mayor, en el modelo-. Respecto a las condiciones de superioridad, se dice que éstas sí entran en el modelo para exigirle al individuo más diligencia y cuidado, por lo tanto, en éste caso al individuo se le juzga en concreto, se tiene en consideración lo que él pudo haber hecho de acuerdo a sus conocimientos, experiencias o capacidades que le dan una condición de superioridad.

En conclusión, en principio, es posible afirmar que la apreciación de la culpa se realiza en abstracto, salvo ciertas situaciones excepcionales en las que se incorpora al modelo de referencia circunstancias o particularidades del caso concreto a valorar.

Cuando se trata de analizar si hubo culpa del responsable o de la víctima o de ambos, la configuración del modelo no cambia; en ambos casos se tendrá un modelo abstracto como parámetro de comparación de su conducta, con la posibilidad de inclusión excepcional de algunas circunstancias concretas antes enunciadas.

Por último, se precisa que no siempre se requiere culpa en la víctima para configurarse el “hecho” eximente de responsabilidad; a grandes rasgos, puede decirse que si se trata de un “hecho exclusivo” basta que ocurra el mismo sin necesidad de ser calificado de “culposo”; por el contrario, cuando se trata de concurrencia causal de la conducta del responsable y de la víctima, sí se requiere que esta última se califique como culpa, esto al menos tratándose de la responsabilidad por el hecho propio.

2.2. LA JURISPRUDENCIA EN COLOMBIA

Ahora una breve descripción de lo que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia sobre la noción y el método de apreciación de culpa, los cuales, al sentar la conclusión por adelantado, no han sido diferentes a lo planteado por los hermanos Mazeaud. En realidad, la evolución jurisprudencial colombiana sobre el concepto de culpa se ha limitado a reproducir y transplantar predominantemente el concepto elaborado por los autores mencionados. Al respecto, algunas sentencias que tratan el tema no sin antes mencionar que la elección de ellas se debe a las referencias que de las mismas hacen algunos autores colombianos en sus textos y también porque en la búsqueda de otras sentencias que trataran el tema de la locución culpa y su método de apreciación no se encontró jurisprudencia que abordara el problema de manera detallada, sólo tangencialmente:

Sentencia del 20 de febrero de 1948: en ella se establece la diferencia entre la culpa delictual y la culpa cuasidelictual y se indica el método de apreciación. Al respecto la Corte sostuvo:

“La culpa delictual y cuasidelictual son de naturaleza diferente. Para que la primera exista es, en resumen, indispensable que el demandado haya deseado verdaderamente que se realice el perjuicio y haya obrado con ese propósito. Para que se dé la segunda es apenas menester que incurra en imprudencia o negligencia, por acto omisión, o sea “en un error de conducta en el que no habría incurrido un individuo colocado en las mismas circunstancias externas del demandado”. En aquella se considera subjetivamente la actuación del agente, lo que vale decir que se aprecia **in concreto** y en ésta se la compara con el tipo de buen padre de familia, o sea, que se aprecia **in abstracto**. La no existencia de la última implica necesariamente la de la primera.”⁷³

⁷³ CSJ, Sala de Casación Civil, 20 de febrero de 1948. G.J. Tomo LXIII. p. 692 y ss. M.P. Dr. Pedro Castillo Pineda.

Como puede notarse la Corte se apoya en la noción de culpa propuesta por los hermanos Mazeaud.

Sentencia del 17 de octubre de 1951: La Corte en esta sentencia sostuvo que existe una “responsabilidad” objetiva y otra subjetiva. En realidad, a lo que se refiere el alto Tribunal es al criterio de imputación que constituye uno de los elementos de la responsabilidad civil, es decir, al juicio que se utiliza para atribuir un hecho a un sujeto. La discusión se ubica, pues, en la doble concepción de la imputación anteriormente señalada (culpa o riesgo creado) y dicha institución señala la culpa como criterio de reproche de acuerdo con la legislación colombiana. Al respecto señala:

“Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se han reconocido siempre dos clases de responsabilidad: la subjetiva que acoge nuestra legislación, y se funda siempre en la culpa probada o presunta del autor, o de la persona de quien éste depende, o a quien pertenece el objeto con que se produjo el perjuicio; o en una presunción de peligrosidad que la conlleva, cuando el daño se causa por razón de actividades naturalmente peligrosas. Y la responsabilidad objetiva, o del riesgo creado, en la cual no cabe examinar si existió o no una culpa en el agente, sino que se deduce por el solo hecho del daño ocasionado. Del estado de culpabilidad a que conducen aquellas presunciones se libra el responsable mediante la prueba de la ausencia de culpa, o demostrando fuerza mayor o caso fortuito, o intervención de un hecho extraño. De la responsabilidad objetiva, en cambio, no puede exonerarse: **ubi emolumentum ibi onus**, quien recibe el provecho, debe asimismo soportar las cargas.”⁷⁴

Sentencia del 2 de junio de 1958: En esta sentencia la Corte analizó si el demandado incurrió o no en culpa por haber denunciado la presunta conducta punible del demandante a quien absolvió el juez penal en el proceso, lo cual le

⁷⁴ CSJ, Sala de Casación Civil, 17 de octubre de 1951. G.J. Tomo LXX. p. 480 y ss. M.P. Dr. Gualberto Rodríguez Peña.

causó una serie de perjuicios. El alto Tribunal se pronunció sobre el concepto de culpa de la siguiente manera:

“Es definida la culpa por la doctrina en los siguientes términos: “Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar”.

La culpa, pues, se presenta en dos casos:

a) Cuando el autor conoce los daños que pueden ocasionarse con un acto suyo pero confió imprudentemente en evitarlos. Esta es la llamada culpa consciente y es desde luego la más grave. Así, cuando alguien conociendo los defectos de una máquina antes de proceder a su reparación la emplea en una actividad en la esperanza de no perjudicar a otro, es responsable de culpa o negligencia consciente en razón del daño causado.

b) Cuando el autor no prevé el daño que pueda causarse con un acto suyo, pero hubiera podido preverlo, dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos. Aquí se trata de una negligencia o culpa inconsciente. En el ejemplo anterior el no conocer los defectos de una máquina hace al autor responsable de una culpa inconsciente, pues una persona prudente debe examinar continuamente los instrumentos que emplea en una determinada actividad.

Conforme a esta definición, la culpa se condiciona a la existencia de un factor psicológico consistente en no haber previsto un resultado dañoso pudiéndose haber previsto, o en haberlo previsto y haber confiado en poder evitarlo.

¿Qué criterio o pauta debe seguirse para saber si una persona ha incurrido en culpa, es decir, si ha obrado negligentemente?

Si se aplica un criterio meramente subjetivo hay que estudiar, en cada caso concreto, el estado mental y social del autor del daño.

La aplicación de un criterio meramente subjetivo ha sido desechado unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas. La culpa no es posible determinarla según el estado de cada persona; es necesario un criterio objetivo o abstracto. Este criterio abstracto aprecia la culpa teniendo en cuenta el modo de obrar de un hombre prudente y diligente considerado como arquetipo.

De lo expuesto se deduce que la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones [...]

La anterior doctrina de la culpa entendida en un sentido abstracto u objetivo es parte integrante de las doctrinas de la responsabilidad subjetiva o responsabilidad fundada en la culpa, y es bien diferente de aquellas otras doctrinas que pretenden fundar la responsabilidad civil en el riesgo (doctrinas de la responsabilidad civil objetiva). La doctrina del riesgo prescinde totalmente del elemento culpa para deducir la responsabilidad del agente [...]

En la responsabilidad subjetiva o responsabilidad por culpa se responde en principio, porque se ha obrado mal, es decir, porque el autor del daño se ha portado de manera diferente a como lo hubiera hecho un hombre normal; en cambio, en la responsabilidad objetiva se responde simplemente porque se ha obrado.”⁷⁵

La definición a la que alude la Corte para referirse a la culpa padece de un defecto grave, pero antes de mencionarlo es conveniente señalar las dos situaciones que se presentan en la definición: la primera se refiere a que el agente debe prever lo previsible, en cambio, la segunda parte del supuesto de que el sujeto ya se anticipó a los hechos (previó), pero por su imprudencia de todas maneras el resultado dañoso tuvo ocurrencia. En apariencia esta construcción lingüística

⁷⁵ CSJ, Sala de Casación Civil, 2 de junio de 1958. G.J. Tomo LXXXVIII. p. 135 y ss. M.P. Dr. Arturo Valencia Zea.

resuelve el problema, pues se intenta llenar de contenido una expresión vaga con palabras igualmente indeterminadas como “imprudencia” y “poder prever los efectos nocivos del acto”, lo cual traslada el problema nuevamente: ¿Qué es imprudencia? ¿Es posible saber que el agente pudo prever y cómo? A esta última pregunta se le da respuesta al utilizar la discusión sobre el método de apreciación *in concreto* o *in abstracto* y la Corte tomó partido por la segunda al basarse, entre otros autores, en los Mazeaud. El primer cuestionamiento, es decir qué es imprudencia, se queda sin resolver. Sin embargo, más adelante en la sentencia, la Corte se refiere a la culpa como el “obrar mal”, “no portarse como lo hubiera hecho un hombre normal” ¿Dicha Corporación se refiere a la noción de culpa de los Mazeaud, es decir, a la culpa como error de conducta? De acuerdo a la exposición sobre el tema se nota que es así.

Sentencia del 17 de abril de 1970: La Corte se enfrenta al tema de la responsabilidad civil por actividades peligrosas en donde un sujeto A al realizar una quema controlada dentro de su propiedad ocasiona perjuicio a su vecino B en su cosecha. La Corporación sostiene que en el artículo 2356 del Código Civil se consagra una presunción de culpa contra el autor del daño y éste sólo puede exonerarse mediante la prueba de una causa extraña. Sin embargo, al analizar uno de los elementos de la misma (de la causa extraña), la previsibilidad, que se refiere a la conducta asumida por el sujeto en aras de evitar el daño cuando es posible preverlo, y encontrar que no se tuvo al poder tenerla, señala a esa situación como un error de conducta (aunque no se refiere expresamente a ello) que equivale a la noción de culpa propuesta por los hermanos Mazeaud. Esta institución (la Corte) menciona:

“... la afirmación contenida en la contestación de demanda, respaldada por algunos testimonios, de que “solamente a causa de fuertes vientos imprevistos” el fuego llegó, a través de otros predios, a la parcela del demandante, carece de eficacia exonerativa, pues de los elementos constitutivos de la fuerza mayor es

evidente que, al menos el de la imprevisibilidad, no se da respecto del hecho alegado. De todos es sabido, en efecto, que por causas diversas pueden presentarse intempestivamente corrientes de aire y, por consiguiente, su ocurrencia no está fuera de la previsión ordinaria. De esta suerte, un hombre prudente y diligente, colocado en las mismas circunstancias en que lo estuvo el administrador de la granja de la entidad demandada que ordenó la quema, tenía que prever la posibilidad de que se presentaran vientos de un momento a otro...⁷⁶.

Sentencia del 27 de septiembre de 2002: Se trata de un caso en el cual a un paciente se le realizó una intervención quirúrgica para corregirle un problema máxilo-facial que presentaba. Después de realizada la cirugía, dicho sujeto presenta abundante sangrado lo cual es normal en ese tipo de operación. No obstante, en los exámenes prequirúrgicos que se le realizaron se encontró un problema de coagulación debido al tiempo en que se demora dicho proceso. Como consecuencia de lo anterior dicho paciente comienza a sangrar, más de lo normal para éste tipo de intervenciones por lo que sus familiares avisan a las enfermeras quienes informan al médico de turno, éste –el médico- prescribe una droga tranquilizante para calmar al paciente, la cual tiene un efecto somnífero. Sin embargo, el sangrado continúa y las enfermeras se despreocupan de la vigilancia del paciente hasta que se complica su situación y muere debido a varias causas: i) No se tiene en cuenta el examen prequirúrgico por parte del médico tratante ii) El médico de planta de la clínica le recetó al paciente una droga que produce sueño, lo cual impidió su reacción para salvar su vida iii) Las enfermeras se desprendieron del control del paciente una vez recetada la prescripción médica del médico tratante.

A continuación, lo que dijo La Corte sobre la culpa del médico tratante:

⁷⁶ CSJ, Sala de Casación Civil, 17 de abril de 1970. G.J. Tomo CXXXIV. p. 41 y ss. M.P. Dr. Ernesto Cediel Ángel.

“... las condiciones de Molina Rendón al momento de la cirugía no eran normales, pues tenía especial riesgo de presentar hemorragia; que era aconsejable y prudente, por ese motivo, consultar previamente con un hematólogo y adoptar las medidas que éste indicara a efecto de llevar adelante el procedimiento quirúrgico; que si la operación se realizó sin la precaución aludida, se imponía al cirujano prever el riesgo mencionado y, en armonía con ello, adoptar medidas igualmente especiales que la ciencia médica contempla para evitar las complicaciones mismas o sus efectos, lo que no hizo; que pese al riesgo del sangrado el doctor Echeverri Durán, con todo y residir a solo seis cuadras de la clínica, después de concluir la cirugía (2:30 P.M.), se limitó a comunicarse una vez por teléfono para saber las condiciones de su paciente, a quien no volvió a ver hasta aproximadamente las 11:00 P.M., cuando concurrió por el llamado de urgencia que se le hizo, momento en el cual ya no fue posible salvar su vida [...] lo prudente era que se interesara en su recuperación y que lo controlara en forma personal y directa y no, como lo hizo, que se limitara a averiguar telefónicamente sobre su estado de salud y a esperar ser requerido del centro asistencial donde aquél se encontraba recluido, más cuando, como se sabe, no ordenó que la etapa siguiente a la cirugía se cumpliera en la unidad de cuidados intensivos.”⁷⁷

En relación con la culpa del médico residente menciona ésta Corporación:

“... la prescripción que éste hizo de una ampolleta de "valium", fue una determinación contraria a la regla de mantener al paciente despierto y que su aplicación, sumada a la paulatina pérdida del estado de consciencia que la disminución del volumen sanguíneo va produciendo en quien la padece, generó que Héctor Hugo no evitara el reflejo de vómito y que no pudiera eliminar el contenido gástrico por él vomitado, broncoaspirándolo y asfixiándose.”⁷⁸

Las enfermeras incurren en culpa, según la Corte, porque:

⁷⁷ CSJ. Sala de Casación Civil, 27 de septiembre de 2002. Expediente No. 6143. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

⁷⁸ Ibid.

“... durante las dos horas que transcurrieron desde cuando el médico de turno controló al paciente y hasta cuando se le volvió a llamar, las enfermeras [...] no chequearon a Molina Rendón, de seguro porque al quedarse éste dormido no fueron requeridas para hacerlo y porque al verlo así, se confiaron en que ya se había estabilizado, pertinente era y es concluir que su conducta, en primer término, fue poco profesional, pues desconoció la evolución postoperatoria del nombrado, quien, como lo dijeron las propias enfermeras en los interrogatorios de parte que absolvieron, había tenido desde su arribo al piso hemorragia, tosía, contrariando la instrucción que se le daba de no hacerlo, y se mostraba notoriamente intranquilo, y, en segundo lugar, contribuyó al desenlace final, ya que, a no dudarlo, en algún momento de esas dos horas la pérdida de sangre debió reflejarse en sus signos vitales, de donde si se hubiese realizado un control más frecuente de los mismos, habría podido detectarse a tiempo la ocurrencia de esa anomalía, evitarse su progresión y prevenirse sus efectos fatales.”⁷⁹

Al respecto conviene señalar que la Corte para analizar la conducta de los sujetos anteriormente mencionados en la sentencia, se apoya en un análisis *in abstracto* de la culpa, es decir, a los médicos se les compara su conducta de acuerdo a lo que habrían realizado otros galenos situados en esa misma situación según el estado de la *lex artis*, lo cual quiere significar, el avance científico y tecnológico que regula y suministra una guía de comportamiento que debe seguir el buen médico en su profesión u oficio. En igual sentido, la conducta de las enfermeras es comparada con el comportamiento de sus pares en similares circunstancias de hecho, de conformidad con las *reglas técnicas* que regulan su oficio. Sin embargo, dicha Corporación no se ocupa de la noción de culpa, no dice en qué consiste, sólo utiliza un modelo objetivo de comparación. ¿Será que no seguir el modelo constituye un hecho ilícito? ¿Un error de conducta? Sea cual fuere la respuesta, no seguir el modelo, al parecer, es incurrir en culpa.

⁷⁹ Ibid.

2.3. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

El análisis anterior constituye una descripción de la evolución jurisprudencial colombiana sobre el concepto de culpa en la responsabilidad civil extracontractual que se apoya en la noción propuesta por la doctrina francesa, especialmente, la definición suministrada por los hermanos Mazeaud.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia se ha apoyado en la doctrina extranjera para intentar llenar de contenido la expresión culpa porque, según el análisis realizado, la ley no dice de manera precisa en qué consiste, sólo prescribe que las personas deben responder de los daños que ocasionen cuando actúen con culpa. De ahí que los jueces para poder realizar su labor de manera adecuada en estos casos (entre otras cosas que la sentencia esté debidamente motivada y fundada) tratan de decidir el problema, lo natural y legítimo es que así lo hagan, se preguntan qué es la culpa y cómo es posible determinarla para establecer si en el caso concreto la conducta de un sujeto objeto de análisis es constitutiva o no de culpa. En realidad, lo que el juez hace es acudir a una fuente auxiliar del derecho como lo es la doctrina para precisar la noción de culpa y su método de apreciación.

La Corte Suprema ha transplantado la definición de culpa propuesta por los autores franceses Henri y Léon Mazeaud y se ha inclinado, en principio, por un método *in abstracto* de apreciación de la misma. Sin embargo, la definición de tal concepto se ha quedado en un intento fallido porque se llena de contenido con expresiones igualmente indeterminadas. En cuanto al método de apreciación, no es uniforme, varía en cada caso concreto, depende de sus particularidades, no ha sido posible establecer a partir de esa forma de valoración –abstracta- una regla general que indique de manera precisa cuándo las personas actúan con culpa. Por lo anterior, no existe un precedente judicial que defina satisfactoriamente la noción de culpa, la determine y que prescriba que deba ser esa y no otra la conducta a

seguir. Tampoco existe un parámetro de apreciación uniforme que sirva de modelo general para las distintas e innumerables situaciones en que esté en discusión si un sujeto obró o no con culpa, pero si se debe optar por el método de apreciación *in abstracto* de la culpa. De ahí que, según lo planteado, el juez puede acudir a la doctrina en su intento por definir el concepto de culpa y por establecer un método abstracto de apreciación de la misma.

Independientemente de la noción que se tenga de la culpa, lo cierto es que La Corte Suprema de Justicia se ha basado en modelos abstractos de comparación de la conducta de los sujetos para determinar si su comportamiento es o no constitutivo de culpa. En efecto, no actuar de conformidad con la Constitución y la ley, a los reglamentos, a la *lex artis* o a las reglas técnicas sin que ello se deba a una causa extraña⁸⁰ o a una causal de justificación⁸¹, como lo hubiera hecho otra persona inmersa en similar circunstancia, es una culpa.

Para llegar a la conclusión de que un determinado sujeto obró o no con culpa el juez recurre al modelo hipotético y objetivo del *buen padre de familia* el cual debe llenar de contenido a través de una serie de abstracciones como las anteriormente mencionadas. El juez, sin embargo, no realiza un análisis de tipo sociológico, el cual, sea dicho de paso, podría ser un interesante proceso de estructuración de la responsabilidad civil extracontractual por culpa, pero que sería tema de otro trabajo, sino que en el estudio del comportamiento humano en las situaciones en que se causa un daño para poder catalogar la conducta de culpa se basa en una comparación, la cual, indudablemente, estará determinada por su formación social, política y cultural. El juez es quien llena de contenido el modelo y “su

⁸⁰ Por causa extraña entiendo el evento exterior a la conducta del agente que interviene en el desarrollo causal del hecho(s) generador del daño y que rompe la cadena causal de acontecimientos encaminados a producir el daño, cuyo efecto consiste en considerar a ese hecho intervenor como la causa verdadera del daño, lo cual exonera de responsabilidad al demandado. Se caracteriza también por ser un evento imprevisible e irresistible para el agente.

⁸¹ Norma de tipo permisivo la cual autoriza a un sujeto determinado en una situación específica a actuar de cierta forma a pesar de considerarse esa conducta en situaciones normales como prohibida por el ordenamiento jurídico.

hombre medio” lo ubica en la situación objeto de examen para determinar cómo se hubiera comportado; el resultado de ese estudio lo compara con la actuación del demandado y si se encuentra que está por debajo de los estándares de comportamiento construidos, la conclusión es obvia, el agente generador del daño cometió una culpa.

Lo anterior no necesariamente significa que el juez pisa los terrenos de la arbitrariedad, si no existe una definición legal de la culpa o una lista legal taxativa de comportamientos culposos, el juez puede acudir a la jurisprudencia y a la doctrina como fuentes auxiliares del derecho (Art. 230 Constitución Política de Colombia) como en efecto se suele hacer. Y, si aun así, persiste la indeterminación el juez debe decidir, no de cualquier forma, sino que debe atender a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Los jueces han sido y son afectados por diversas orientaciones culturales, sociales y políticas que contribuyen en su formación personal y profesional y de las cuales es muy difícil, casi imposible, abstraerse. No es irrazonable ni desproporcionado que en el modelo influya la formación del juez, al contrario, esto representa una subcultura social, una representación de los distintos valores y principios sociales, el interés en que unos prevalezcan sobre otros y sean dignos de protección. Si la decisión fuera arbitraria se afectarían normas constitucionales como el debido proceso, la seguridad jurídica y la igualdad. Sin embargo, en la elaboración del mencionado modelo existe un amplio margen de discrecionalidad judicial; incluir ciertas consideraciones y no otras, valorar un caso de una forma y otro similar de otra, tomar una decisión de cierta manera al poder decidir de otra, etc.

Ahora bien, en el derecho norteamericano, el juez Richard Posner ha utilizado una fórmula económica para determinar si una persona ha obrado o no con culpa. Dicha fórmula utilizada, en un comienzo por otro juez norteamericano Learned Hand, consiste en que una persona comete culpa si, y solo si, el *costo de precaución* -representado por la letra B- empleado para evitar el daño, es menor

que el beneficio obtenido por la reducción del *costo esperado del daño o accidente*, representado por las letras PL. La fórmula es la siguiente:

$B < PL$

B= Costo de precaución

P= Probabilidad de ocurrencia del daño y

L= Magnitud del daño.

Esta fórmula, como será estudiada en el siguiente capítulo, fue propuesta como un criterio alternativo al ya existente para analizar si un sujeto actuó o no con culpa y el examen está dirigido a si éste criterio permite la reducción o eliminación en el modelo de la discrecionalidad judicial –no arbitrariedad- y de las condiciones inherentes a la personalidad del juez que tienen incidencia en su decisión, tales como su formación cultural, social y política.

3. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR EL HECHO PROPIO

En el Sistema Jurídico Colombiano, cualquier persona que cometa un delito o culpa y, en virtud de ello, cause un perjuicio a otro es obligado a efectuar la reparación correspondiente a ese daño⁸². A este tipo de responsabilidad se le ha denominado extracontractual, tradicionalmente⁸³, porque no se deriva del incumplimiento de obligaciones contractuales sino que por cualquier situación específica de la vida una persona al realizar una actividad determinada, le causa un daño a otra. Son pues tres los elementos indispensables para que se pueda predicar responsabilidad civil: hecho imputable, daño y nexo causal entre los dos anteriores. La responsabilidad civil es la consecuencia jurídica que se deriva del incumplimiento de un deber legal específico; es un vínculo obligacional concreto cuyo objeto es la reparación.

Ahora bien, tal como se ha dicho en reiteradas oportunidades, el objeto de análisis de este trabajo se enfoca en uno de los elementos estructurantes de la responsabilidad civil extracontractual: la culpa, cuyo contenido no ha sido fácil de precisar a pesar de haberse discutido el tema durante varios siglos. Todavía sigue

⁸² El artículo 2341 del Código Civil Colombiano dice: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga, por la culpa o el delito cometido.”*

⁸³ Tradicionalmente, porque ha existido una fuerte discusión entre los partidarios de un sistema unitario de responsabilidad civil y los que defienden el sistema dual. Los primeros, consideran que es posible construir un régimen único de responsabilidad civil porque las diferencias que se plantean para mantener la distinción entre uno y otro régimen, bien, no lo son o, bien, son irrelevantes. Por el contrario, los segundos, sostienen que no es posible unificar el régimen de responsabilidad contractual y extracontractual debido sus diferencias esenciales. Para profundizar sobre este tema ver: TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo. Tratado de la responsabilidad civil: el derecho de daños en la actualidad, teoría y práctica. Cap. 6. Responsabilidad contractual y extracontractual. Editorial La Ley, 2004.

siendo una expresión que además de ambigua es vaga y los intentos por definirla o conceptualizarla se han quedado precisamente en eso, en intentos.

En el derecho norteamericano también existe un similar problema, no se ha dado una definición precisa de la culpa. Quizás para esquivar esa tarea tan complicada, delicada y temible comienza a surgir, con una sentencia del Juez Learned Hand del año de 1947⁸⁴, la posibilidad de realizar el análisis del concepto de culpa a partir de una perspectiva económica, pero teniendo en cuenta algunos conceptos jurídicos; los elementos de la responsabilidad civil se enriquecen con la utilización de herramientas económicas. Conviene anotar que en esta fecha no había surgido propiamente el movimiento del AED. Posteriormente, uno de los propulsores del nuevo enfoque de AED (ver en capítulo I), el Juez Richard Posner, retoma aquellos elementos para analizar la “*responsabilidad por negligencia*”⁸⁵.

De igual manera que Hand en la sentencia mencionada, Posner propone como criterio para determinar cuándo una persona ha sido “*negligente*” (que ha obrado con culpa) una fórmula, la cual –en palabras- consiste en que una persona actúa con culpa cuando debió haber incurrido en un costo de cuidado para evitar un perjuicio y no lo hizo, siempre y cuando ese costo -de cuidado- hubiera sido *menor* al costo esperado del accidente. La fórmula es la siguiente: $B < PL$ (B=Costo de precaución; P= Probabilidad de ocurrencia del daño; L=Magnitud del daño).

Ambos, P y L, representan lo que se espera que cueste el accidente en caso de ocurrir, también constituyen el límite del costo de las precauciones (B) que debe tomar un agente determinado y, en consecuencia, como existe el riesgo de causar un daño con una actividad específica, el agente debe asumir esos costos de prevención (B) dentro del marco trazado por PL. De esta manera, B representa el

⁸⁴ Véase United States vs Carroll Towing Co., 159 F. 2d 169, 173 (2o. Cir. 1947).

⁸⁵ Este es el término que se utiliza en el derecho norteamericano para referirse a la responsabilidad civil cuando se fundamenta en la culpa del agente. El equivalente en nuestro sistema jurídico sería la responsabilidad por el hecho propio.

beneficio o utilidad que percibirá el agente debido al efecto que produce reducir o eliminar PL. Para ilustrar esta situación, Posner plantea el ejemplo de la posible compra de un generador de energía que garantice el suministro de electricidad para un equipo que provee de oxígeno a unos lagartos de colección. Dicha decisión tiene en cuenta la comparación entre los costos y beneficios. Al respecto dice: “... *el beneficio esperado del generador auxiliar para quien lo compra es de \$10 al año.*”⁸⁶ Ese valor -\$10- se identifica con lo que se espera cueste el accidente (PL) de no tomar las precauciones, por eso, si se toman el agente se beneficia; en otros términos, maximiza su riqueza.

3.1. DETERMINACIÓN DE LA CULPA EN EL AED

Después de optar por la aplicación de la fórmula “Learned Hand”, el siguiente problema con el que se enfrenta el juez es el de establecer si el supuesto victimario obró o no con culpa. ¿Qué puede hacer el juez que se encuentra ante una fórmula económica? ¿Qué procedimiento deberá seguir? Se han descubierto dos posibles soluciones: una que **cuantifica las variables** económicas y de estadística contenidas en ella (la fórmula), otra que se concentra en un **análisis valorativo** de cada una de las variables. En la primera de ellas, el juez deberá valerse del criterio de una persona experta en el tema. No obstante, los jueces norteamericanos nunca han hecho eso en ninguna sentencia, según lo menciona el mismo Posner.⁸⁷ La propuesta no es que a esto se limite el análisis,

⁸⁶ POSNER. Op. Cit. p. 156.

⁸⁷ En este sentido véase, United States Fidelity & Guaranty Co. Vs Jadranska Slobodna Plovidba, 683 F.2d “*Though mathematical in form, the Hand formula does not yield mathematically precise results in practice; that would require that B, P, and L all be quantified, which so far as we know has never been done in an actual lawsuit. Nevertheless, the formula is a valuable aid to clear thinking about the factors that are relevant to a judgment of negligence and about the relationship among those factors. It gives federal district courts in maritime cases, where the liability standard is a matter of federal rather than state law, a useful framework for evaluating proposed jury instructions, for deciding motions for directed verdict and for judgment notwithstanding the verdict, and, in nonjury cases, for preparing Rule 52(a) findings. (For a good example of the use of the Hand formula by a district judge in this circuit in preparing Rule 52(a) findings, see Chief Judge Robson's opinion in Ohio River Co. v. Continental Grain Co., 352 F. Supp. 505, 509 (N.D. Ill. 1972).) We do*

hacerlo implicaría dejar en manos de economistas el examen del derecho bajo consideraciones económicas más no jurídicas.

La otra solución consiste en lo que se ha hecho en las sentencias que desarrollan la aplicación de esta fórmula: un **análisis valorativo** de cada una de las variables, para el cual se crea una escala cualitativa de valores aplicable a cada uno de los extremos de la fórmula: al costo de precaución (B) y al costo esperado del accidente (PL); así, por ejemplo, una escala con los valores de alto, bajo y moderado que el juez deberá asignar a cada una de las dos variables.

Con el fin de ilustrar la segunda de las soluciones, se presenta, el caso United States Fidelity & Guaranty Co. Vs Jadranska Slobodna Plovidba de 1982, decidido por Richard Posner, que se analizó de la siguiente manera:

El caso

Se apela la decisión que exonera de responsabilidad civil extracontractual al propietario de un barco por no encontrar culpa en su comportamiento, en relación con la muerte de un estibador llamado Patrick Huck.

Los hechos

1. Huck trabajaba para una persona diferente al dueño del barco que se encarga profesionalmente a cargar y descargar embarcaciones.

not want to force the district courts into a straitjacket, so we do not hold that they must use the Hand formula in all maritime negligence cases. We merely commend it to them as a useful tool -- one we have found helpful in this case in evaluating the plaintiff's challenge to the jury instructions and its contention that negligence was shown as a matter of law.1022 (7o. Cir., 1982)."

2. Huck se encontraba realizando las labores propias de un estibador, carga y descarga, acomodación y almacenamiento de mercancías, en el compartimento número 1 del barco junto con otros compañeros de trabajo.

3. Una vez terminado el trabajo en dicho espacio, se reanudó la actividad en el compartimento número 4 y posteriormente en el 2 del cual Huck se desplazó hacia el 1 de manera inadvertida.

4. Una vez finalizado el trabajo en la sección 1, el personal de la embarcación cerró la escotilla ubicada en la cubierta (llamada cubierta de clima) y abrió las escotillas ubicadas en los niveles inferiores (llamadas Tween superior y Tween inferior)⁸⁸, lo cual es una práctica acostumbrada para economizar tiempo en el próximo puerto de escala.

5. Al cerrar la escotilla el lugar queda en absoluta oscuridad, por lo menos ese espacio que se cierra, en este caso el número 1.

6. Huck fue encontrado muerto en la bodega del compartimento 1 tras haber caído por el hueco al haber dejado abiertas las escotillas de los niveles inferiores al de la cubierta.

7. Se estableció que la puerta de entrada a la sección 1 o estaba abierta o cerrada pero sin llave, lo cual facilitó el acceso; Huck se cayó al final de la parte delantera del hueco dejado por la escotilla abierta; en la parte delantera de ese lugar por donde se cayó Huck se almacenaba licor.

Análisis de la culpa del Propietario del barco. Fórmula de Hand

⁸⁸ El barco tenía cinco compartimentos por donde se introducía la mercancía hasta la bodega de almacenamiento ubicada en el fondo de la embarcación y, al parecer, cuatro niveles: terraza, Tween superior, Tween inferior y bodega.

El Juez Posner utiliza la siguiente línea de análisis:

“L, la pérdida, si el accidente ocurriera, era grande. Había una caída de 25 pies de altura desde la cubierta Tween superior del compartimento número 1 hasta la parte inferior del abismo, y una caída de esa altura era muy probable que causara serias lesiones o, como en este caso, la muerte.

Respecto a B, la carga de las precauciones, había varias maneras en que el dueño de la embarcación podía haber prevenido el accidente. Podía haber iluminado la bodega, cerrado con llave la puerta que llevaba hacia esa sección desde la cubierta de clima del hoyo número 2, acordonado la escotilla abierta, o puesto una señal en la escotilla (aunque la eficacia de esta última precaución puede ser dudosa). Probablemente, el camino más barato de evitar el accidente habría sido que el equipo de la embarcación no hubiera abierto las escotillas hasta que todos los estibadores hubieran salido de la embarcación. Esto habría representado o que el equipo estaba trabajando después de los horarios normales, o, si la apertura de las escotillas fue pospuesta hasta la siguiente mañana, un retraso en comenzar las operaciones de carga y descarga en el próximo puerto de escala. Posner no consideró que cualquier alternativa hubiera sido muy costosa así que consideró que B en este caso fue, a lo sumo, moderado, y posiblemente bajo.

Si P, la probabilidad de un accidente si las precauciones que se advirtieran no fueran tomadas, era alta, entonces aparecería, “en la luz” de la discusión de L y B, que el dueño de la nave fue negligente porque dejó de tomar una de las precauciones que se mencionaron. Pero probablemente P era bajo. No había razón para que un estibador volviera a entrar a un compartimento después de que había terminado su trabajo allí y se desplazara a otra parte de la embarcación. El demandante especula que Huck podría haber dejado una pieza de ropa en el hueco número 1 y había vuelto para recuperarla. No parece muy probable que alguien entrara en un hueco bastante oscuro para recuperar un guante o una media o una chaqueta, cuando podía preguntar por la luz fácilmente. Es de lejos más probable que Huck entrara para un propósito ilícito. Esto no implicaría

exonerar al propietario del barco si hubiera sido negligente; ni la asunción del riesgo ni la culpa concurrente son una defensa de la responsabilidad en una demanda de negligencia según las normas norteamericanas. Pero Huck estaba motivado a entrar al hueco número 1 porque se basa en la probabilidad del accidente y, por lo tanto, en el nivel de precauciones eficientes tomadas por el dueño de la embarcación. A menos que sea común para los estibadores tratar de hurtar de sitios oscurecidos –y correspondía la carga probatoria al demandante para mostrar que así era- el dueño del barco no tendría razón para prever que, probablemente, un estibador estaría en una bodega oscurecida como para tomar las precauciones en contra de su caída a través de una escotilla abierta.

Además, la probabilidad relevante, hasta donde interesa la fórmula de Hand, no es la probabilidad de que un estibador entrara en un sitio oscuro sino la probabilidad de que cayera en una escotilla abierta en ese lugar. La probabilidad era pequeña. La oscuridad era una advertencia eficaz del peligro como lo hubiera sido una señal. Cualquier estibador sabría que había una escotilla sobre el piso y no podía suponer racionalmente que estaba cerrada. Solamente una persona imprudente caminaría alrededor del hueco en esas circunstancias, si no tuviera una linterna; Huck no tenía ninguna. Hay personas imprudentes cuando hay personas deshonestas; pero el demandante no trató de probar que hay muchos estibadores deshonestos e imprudentes como para requerir las precauciones que el demandado en este caso habría tenido que llevar para evitar la lesión para ellos.

No se sabe si Huck era consciente de la costumbre de abrir las escotillas después de que los estibadores dejaran el compartimento, y por las razones ya sugeridas no era crítico si lo era o no. Pero probablemente lo fue. Su cuerpo fue encontrado bien hacia adelante de donde habría caído si hubiera entrado derecho hacia el hueco. Sin duda él –Huck- estaba tratando de rodear lo que sabía que era una escotilla abierta. El dueño de la nave no fue requerido para que previera que un estibador que sabía del eje abierto no fuera capaz de evitarlo; esto fue lo que posiblemente ocurrió pero la probabilidad era demasiado remota para garantizar las precauciones más allá de la advertencia sobrentendida de la oscuridad misma.

La empresa de carga tenía una norma de trabajo que prohibía que estibadores estuvieran por cualquier lado de la embarcación excepto donde las operaciones de carga y descarga estaban en marcha. El dueño del barco tenía el derecho de confiar en que la empresa hiciera cumplir esa regla, si bien, no el 100 por ciento, por lo menos lo suficiente como para hacer el accidente altamente improbable, teniendo en cuenta las otras circunstancias referidas, que uno de los estibadores se apartaría del resto y caería en un hueco oscurecido.”⁸⁹ (Traducción libre).

A partir de estas observaciones, Posner considera que la conclusión del jurado fue razonable al decidir que el dueño del barco no obró culposamente.

En la sentencia también se hace un análisis hipotético que involucra los costos de transacción propuestos por Ronald Coase en su artículo El Problema del Costo Social, las consideraciones son más o menos las siguientes:

“Si el dueño de un barco fuera a seguir una práctica que desapruera la fórmula de Hand –en otras palabras, que fuera ineficiente, porque el costo esperado del accidente asociado con la actividad supera los costos de abandonar la práctica y así prevenir la ocurrencia de cualquier accidente- entonces tendría que pagar tarifas más altas a sus estibadores empresarios para compensarlos por el riesgo adicional que corren sus empleados, los estibadores, a quienes la empresa de carga debe compensar bajo las normas norteamericanas (33 U.S.C. § 904) a pesar de la culpa, para cualquier lesión que los estibadores sufran en el transcurso de su empleo. Y desde que por hipótesis el coste para la empresa de la compensación adicional –el coste esperado del accidente, en otras palabras- excederá el coste de abandonar la práctica (porque por lo demás la práctica sería eficiente), se pagaría al propietario de la nave para abandonarla. Por esta razón, si el dueño del barco persiste en una práctica peligrosa -si el todo comercio continúa

⁸⁹ United States Fidelity & Guaranty Co. Vs Jadranska Slobodna Plovidba, 683 F.2d 1022 (7o. Cir., 1982).

con la práctica- que es algo de evidencia, aunque no concluyente, la práctica es eficiente, y no negligente.”⁹⁰ (Traducción libre).

3.2. COMPARACIONES CON EL ANÁLISIS COLOMBIANO

En el tema de la responsabilidad civil extracontractual, la jurisprudencia colombiana define la culpa cuasidelictual como un error de conducta (tema ya tratado) debido a que un determinado sujeto no se conduce de manera social. El operador jurídico al comparar el comportamiento de un agente determinado verifica si se ajusta o no a los parámetros de conducta establecidos, esto es, si ese sujeto actuó como lo habría hecho el buen padre de familia, modelo construido a partir de todas las abstracciones que realiza el juzgador. En la responsabilidad por el hecho propio, la culpa (o delito) es el hecho generador del daño, es la causa que lo origina. Por eso, no es extraño que a las personas se les exija actuar con la diligencia y el cuidado esperados, que es seguir el modelo, lo debido. Este deber se exige porque no obrar con culpa evitará posiblemente la causación de daños a terceros, pero para que exista ese deber es necesario prever el daño.

Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto pudiendo hacerlo o los previó y confió en evitarlos, en otras palabras, no previó lo previsible, lo que cualquier otro sujeto en su situación hubiera previsto⁹¹. Si la persona **prevé** puede tomar las medidas necesarias para **resistir** el daño.

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ En este sentido Planiol sostenía que el deber de actuar con diligencia y cuidado para evitar un daño se exige siempre y cuando sea previsible. Al respecto decía: “*Para que exista semejante obligación es necesario primeramente que haya sido posible preverlo, determinándose esa posibilidad, en términos generales, en función de las aptitudes que posee el hombre de capacidad media. Se dice que la culpa se aprecia in abstracto, desde el punto de vista de la previsión y de la diligencia en el actuar.*” Ver PLANIOL, Op. Cit. p. 716.

Ahora bien, ¿Qué es **previsibilidad**? Semánticamente el concepto “previsibilidad” alude a aquello que pasa por la mente del hombre antes de su ocurrencia, “ver con anticipación”⁹², a cuando existe alguna razón particular para pensar que el hecho ontológicamente se podía producir. Sin embargo, en el Derecho todo hecho susceptible de producirse no implica necesariamente que sea considerado previsible. La jurisprudencia nacional ha tenido diferentes criterios de valoración para predicar la previsibilidad en sentido jurídico. En una sentencia del 23 de junio de 2000 de la Corte Suprema, se recogen tres criterios que deben tenerse en cuenta con el fin de establecer cuándo un hecho apreciado en concreto puede considerarse **imprevisible**, para aclarar, eso sí, que se debe obviar todo tipo de generalización⁹³. Estos criterios son:

- El referente de su normalidad y frecuencia.
- El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo.
- El atinente a la probabilidad de su realización.

Y ¿Qué es **resistibilidad**? Semánticamente⁹⁴ resistibilidad significa “... aquello que se puede resistir.” Por resistir se entiende “Oponerse un cuerpo o una fuerza a la acción o violencia de otra.” Sin embargo, en la misma sentencia se precisa que la resistibilidad en sentido jurídico hace referencia a algo diferente y se define de manera negativa: “... *la irresistibilidad debe entenderse como aquel estado*

⁹² Diccionario de la Real Academia Española.

⁹³ Sentencia del 23 de junio de 2000 de la CSJ, Sala de Casación Civil, cuyo Magistrado Ponente fue Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, en ella se dice: “*Es así, ad exemplum, como ha ligado funcionalmente este requisito a una previa contemplación efectuada con sujeción a las previsiones normales “que suceden en el curso ordinario de la vida” (sentencia del 31 de mayo 1965, G.J. CXI-CXII, pag. 126), o a las “...circunstancias normales de la vida” (Sentencias del 13 de noviembre de 1962 y del 20 de noviembre de 1989), las que en esta tesis se erigen en rasero para medir la normalidad o la frecuencia del suceso que se dice liberatorio; o a que el hecho respectivo, en el terreno probabilístico, no sea “...lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él” (Sentencias del 5 de julio de 1.935 y del 7 de octubre de 1.993); o a la generación física de un acontecimiento que, ‘in casu’, sea “...intempestivo, excepcional o sorpresivo” (Sentencia del 2 de diciembre de 1.987).*”

⁹⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

predicable del sujeto respectivo que entraña la imposibilidad objetiva de evitar ciertos efectos o consecuencias derivados de la materialización de hechos exógenos - y por ello a él ajenos, así como extraños en el plano jurídico - que le impiden efectuar determinada actuación, lato sensu. En tal virtud, este presupuesto legal se encontrará configurado cuando, de cara al suceso pertinente, la persona no pueda - o pudo - evitar, ni eludir sus efectos.”

Por lo anterior, la **previsibilidad** de un suceso se mira en función de la **resistibilidad**, es decir, si se puede prever que una acción específica genera un riesgo de daño, entonces, se podrán tomar las medidas para eliminarlo o reducirlo, lo cual no requiere la toma de medidas desproporcionadas, exageradas, irrazonables o salidas de toda normalidad.

Por otro lado, al retomar el **análisis valorativo** (segunda posibilidad de solución) de la fórmula de Hand aplicada a la sentencia de Posner, es posible hacer una comparación con el análisis que se hace en el ordenamiento jurídico colombiano. En este sentido, conviene señalar que el examen hecho por Posner de la variable P es similar al estudio de la previsibilidad que realiza el juez colombiano. Posner efectúa una valoración de lo que era previsible para una persona dueña de un barco que se explota comercialmente en la misma situación, realiza una serie de abstracciones para establecer si el propietario del buque razonablemente estaba en capacidad de prever la caída de alguno de los estibadores al haber dejado abierta una de las escotillas. Por ejemplo, en el desarrollo normal de los acontecimientos, no es común saber que un estibador se desplazará a otros lugares del barco que no tiene relación con su labor, incluso con la prohibición de hacerlo; es sorprendente que lo hiciera en condiciones de absoluta oscuridad, a pesar, aparentemente, de la conciencia del peligro porque *un buen estibador* no podía suponer racionalmente que la escotilla estuviera cerrada y si el estibador estaba bajo la vigilancia y cuidado de otro sujeto lo esperado es que esa persona pudiera controlar a sus dependientes de manera adecuada. El estudio valorativo

de la variable P, que representa una variable de probabilidad, no es otra cosa que el examen de lo previsible y de análisis probabilístico no tiene sino el nombre.

B, el costo de precaución, es posible identificarlo con las medidas que debe tomar el dueño del barco para resistir. También en la Fórmula de Hand la precaución se mira en función de la previsión (probabilidad). Aunque en la sentencia se comienza por el análisis de ésta variable y se concluye que el costo de precaución es bajo porque se hubieran podido tomar una serie de medidas tales como el haber dejado encendida una luz, acordonado la zona alrededor de la escotilla, puesto señales e incluso haber dejado cerrada la escotilla, no sería posible adoptar tales precauciones si *ex ante* la ocurrencia del daño es imprevisible. Sin embargo, esto se hace porque la fórmula así lo amerita para valorar el nivel del costo y poder cuantificar las variables que darán un resultado final: hay culpa si $B < PL$.

En cuanto a L, la magnitud del daño, el estudio se realizó también de manera valorativa, se concluyó que era muy alto, extremadamente costoso, pues, implicó la pérdida de una vida humana. Dicho análisis no tendría sentido al considerar la ocurrencia de un daño como imprevisible porque lo probable, lo normal y esperado es que no suceda, pero para llevar a cabo la aplicación de la fórmula es necesario que se le asigne un valor.

Finalmente, no sobra anotar que al enfrentar la fórmula de manera cuantitativa, es decir, asignándole valores a cada una de las variables, labor que realizará un experto, ésta no tiene nada de parecido al análisis que sobre la noción de culpa se hace en Colombia.

3.3. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA FÓRMULA LEARNED HAND

De lo expuesto hasta el momento, se encuentran algunas dificultades en la aplicación de la fórmula de Learned Hand, como cuando se trata de afectación a bienes “extrapatrimoniales” (o bienes no económicos en términos de Posner) que no son susceptibles de valoración en dinero. Si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico Colombiano (Art. 2341 C.C.) se ha establecido la obligación de pagar una “compensación” -no reparación- en dinero por ese tipo de daños, no es que esta suma represente el valor real del daño causado, pero es ese valor real el que debería considerarse al analizarlo en relación con el costo de precaución; no puede primar la “no precaución” por ser menos costosa que la probabilidad de la “compensación”, la comparación debería ser entre el costo de precaución y el valor probable del daño real.

Si bien en su libro “El Análisis Económico del Derecho” Posner hace alusión al carácter “no económico” de bienes como la vida, se puede observar que en la sentencia expuesta se le dio un valor cualitativo a la vida (muy alto) y en consideración a eso se hizo el análisis con fundamento en la fórmula. Otra salida a la dificultad sería establecer un valor adicional en la escala que se denomine “invaluable” y que se ubique en el punto más alto. Sin embargo, el hecho de que el valor de estos bienes “extrapatrimoniales” siempre estuviera en la cúspide de la escala, no implica que por la fórmula su afectación siempre produzca como resultado la existencia de culpa, pues sería la relación con la probabilidad del daño la que determinaría su existencia. Aún así, se encuentra problemático asignar calificación de una misma escala a bienes de naturaleza tan distinta, para luego determinar cuál prima y concluir si hubo o no culpa, así por ejemplo vida-dinero, daño fisiológico-dinero. Esto sin entrar a tener en cuenta que desde el enfoque del derecho Constitucional se han planteado ciertos bienes jurídicos como “imponderables”, que están por encima de todos los otros bienes jurídicos, entre ellos la vida.

De todas maneras, sí conviene resaltar que existe un método del derecho con cierta similitud al expuesto en este trabajo y es aquel establecido para resolver las “pugnas” entre principios constitucionales, “La Ponderación”; la cual, si bien no lleva el análisis a la asignación de valores de una escala, a la consideración del costo en dinero, ni a la consideración de la probabilidad, sí se pregunta acerca de en qué proporción la restricción en uno de los bienes jurídicos implica el favorecimiento o el aumento en el otro bien jurídico, así también se presenta una comparación y un criterio económico para resolver la pugna. Si bien en materia de responsabilidad civil no se ha abierto campo a dicho método, es cierto que en un caso de esta naturaleza siempre estará en pugna el interés de la víctima afectada con la libertad del responsable. Al condenarse al responsable a la indemnización de perjuicios, una víctima se cambia por otra, pero la óptica del análisis de la afectación se hace tradicionalmente frente a la víctima y no frente a ambos; de cara al responsable lo que se suele hacer, según se explicó en el capítulo de aproximación al concepto de culpa, es valorarse la “reprochabilidad” de su conducta, pero no la afectación que podría tener, no sólo con la toma de precauciones, como lo propone Posner, sino también ante la imposición de la indemnización, aspecto que ya excede el objeto del presente trabajo.

Por otro lado se deja planteado, como un cuestionamiento frente a la fórmula, ¿Qué pasa cuando son iguales el valor del costo de la precaución al del costo esperado del accidente? Siempre que el costo de precaución sea menor habrá culpa pero en el signo de la fórmula no se considera la igualdad; sin embargo, parece que cuando son iguales no habría culpa, lo cual resulta cuestionable, ¿Por qué se va a priorizar el interés del agente en no tomar las precauciones sobre el interés de la víctima en el bien jurídico que se le lesiona? Se considera que para priorizar en cada caso el interés de uno de los sujetos sobre el otro, ante la igualdad de valores, se requiere una detallada y sólida motivación, en derecho, por parte del fallador.

Además se precisa que en lo que Posner denomina “costo de precaución” se encuentran consideradas tanto las medidas de prevención, entendidas como aquellas previas para evitar que los eventos dañosos ocurran (disminuir la frecuencia), así como las medidas de protección, que son aquellas que entran a operar una vez se realiza el riesgo para disminuir su magnitud (disminuir la severidad).

3.4. PROPUESTA

Con las precisiones efectuadas en el aparte anterior, en este trabajo se busca proponer la utilización de la fórmula Learned Hand ($B < PL$) como criterio alternativo al existente para establecer si una persona actuó o no con culpa.

Según la fórmula, cualquier persona deberá asumir *costos de precaución* cuando éstos son menores a los *costos esperados de un accidente*, de no hacerlo, pudiendo, incurrirá en culpa.

En la propuesta, el procedimiento que deberá seguir el juez al enfrentarse a una fórmula económica de esta naturaleza es diferente de los dos tipos de procedimientos planteados, es decir, de aquel que cuantifica las variables económicas y del que hace una valoración de cada una de ellas, pero toma elementos de uno y otro.

La forma de apreciación de la culpa (de la fórmula) consistirá en que el juez realizará una valoración de cada una de las variables (B, P y L) y las cuantificará, esto es, que desarrollará de manera abstracta (objetiva) lo que deberá ser tenido en cuenta para cuantificar la variable (en caso de ser posible por el juez mismo o, según se verá, por un experto).

Así, frente a B (costo de precaución), lo primero que hará el juez es identificar las medidas de protección que en el momento de la actuación del sujeto (valoración ex ante) se encuentra que eran razonables y adecuadas para evitar la causación del daño; para esto podrá tener en cuenta sus conocimientos, pero los mismos generalmente no serán suficientes y podrán ser necesarios conocimientos de expertos peritos, como por ejemplo, de ingenieros de riesgos u otras áreas. Luego, deberá valorar económicamente dichas precauciones “adecuadas”, no otras, si puede hacerlo personalmente. Se resalta que la valoración económica de estas precauciones es un análisis nuevo, que no hacen los jueces.

De la misma manera procederá frente a L (magnitud del daño), valorará con criterios jurídicos cuál es el daño indemnizable, por ejemplo cuál es el daño directo según las teorías de la causalidad o cuáles son los tipos de perjuicios que, de acuerdo, al derecho se reconocerían a esa víctima y después efectuará su cuantificación a través de las herramientas económicas que utilizan los jueces en la tasación de perjuicios, como la aplicación de las fórmulas económicas para el cálculo de lucro cesante pasado y futuro, para la actualización de un daño emergente pasado, para el cálculo de intereses, etc.

En cuanto a las variables B y L, en el caso en que no sea posible su cuantificación por parte del juez, él indicará al experto perito qué es lo que debe valorar en términos económicos y un determinado estado de cosas que debe ser tenido en cuenta en el caso concreto. Verbigracia, en el evento en que una persona sea atropellada por un vehículo y muera como consecuencia del accidente (esto sería L), el juez deberá indicar el daño probado indemnizable a la luz del derecho para las víctimas indirectas, así, por ejemplo, indicará el valor del lucro cesante que dejarán de percibir su cónyuge y sus hijos (recibían apoyo económico de 10 millones de pesos) para que el perito lo calcule en el futuro, de acuerdo a ciertas variables, y determine el monto de la pérdida. En caso que el juez necesite establecer el valor del costo de precaución del accidente le señalará al perito las

circunstancias que debe considerar, por ejemplo, sólo le pide que calcule el costo de lo que hubiera representado para el conductor del vehículo ir a una velocidad de 50 km/h y no a la velocidad que llevaba de 80 km/h para cumplir con la entrega de un pliego de condiciones que estaba sobre el término de la hora de cumplimiento (faltaban 10 minutos) y, así, tener la oportunidad de participar en la adjudicación de un contrato de 500 millones de pesos en donde él era el único proponente. La labor del perito, como en cualquier proceso, se ceñirá a lo indicado por el juez, de modo que si el perito descubre un costo de precaución considerablemente más económico que el que según el juez se debió tomar (pitarle a la víctima), no es un hecho que el perito deba tener en cuenta, sólo deberá seguir lo indicado.

En cuanto a P (probabilidad de ocurrencia del daño) se deberá adoptar el **criterio cuantitativo** porque su parámetro de medición, necesariamente, corresponderá a un experto, pero el análisis se deberá basar en relación a las consideraciones teóricas del juez, atendiendo a dos de los criterios de imprevisibilidad: desarrollo normal y frecuente de los hechos y el carácter inopinado, excepcional y sorpresivo de los mismos (que es lo que sucede actualmente al realizar este análisis). Esto significa, que el juez construirá un modelo abstracto de lo previsible, de la conducta socialmente debida, lo que haría un *buen hombre* que no sería otra cosa que prever lo previsible y le indicará al perito la variable(s) que le interesa conocer, lo que no es común al modelo, para que éste cuantifique la probabilidad de ocurrencia y será sólo esa(s), no otra(s). Este punto es clave en la propuesta, pues se trata de asignarle valor a una de las variables presentes en la fórmula de Learned Hand teniendo en cuenta unos conceptos que ya se han planteado desde el derecho pero que en la práctica los jueces no aplican; el juez no suele efectuar realmente, durante el proceso constructivo de la sentencia, un juicio de probabilidad de ocurrencia del daño, pese a que desde el derecho la “posibilidad de prever y resistir el daño”, dentro de la cual está la consideración acerca de su normalidad y frecuencia, es un elemento determinante y necesario de la

imputación, la cual se rompe con la causa extraña, que se definió anteriormente como el hecho imprevisible, irresistible y externo a la órbita de control del agente.

Cabe aludir, sin que sea un tema a profundizar para este trabajo, que para cuantificar un asunto como la “probabilidad de causación de daños” existen técnicas desarrolladas reconocidas por la comunidad científica. Se podría hacer un estudio de estadística aplicada, la cual se vale de herramientas matemáticas como la probabilidad y de otros instrumentos propios de la estadística como es el análisis de datos. Concretamente, para este análisis resulta más adecuada la utilización por el estadista del método denominado “Juicio de Expertos”⁹⁵, el cual es ajustado para los eventos en que para conocer su probabilidad de ocurrencia hay que considerar la influencia de muchos factores interdependientes o en que se carece de bases de datos completas, como seguramente sucederá en un análisis como el propuesto (por ejemplo, frente a determinada conducta se pueden encontrar registros de casos en que hayan tenido consecuencias dañosas pero no registros de las veces que la misma conducta no produjo daños o puede haber variables muy particulares en cada caso difíciles de generalizar, etc.). Así, *“... las opiniones o juicios de los expertos son una alternativa que combina las aproximaciones analíticas y los métodos de estimación subjetiva de probabilidades desarrollados conforme a las reglas de la teoría de la decisión. Los expertos se pueden pronunciar sobre los índices de daños que estiman para actividades que no estén contempladas en la base de datos que se tiene. También pueden ofrecer sus reflexiones [...] para así reflejar adecuadamente las diferencias entre los valores que se tengan de una base de datos y la situación real que se pretende estudiar [...] En todo caso, mediante el juicio de expertos se pretende tener estimaciones razonablemente buenas, las «mejores conjeturas», a falta de cifras más exactas [...] Se califica como un método aceptable en la comunidad científica,*

⁹⁵ El método se explica en LEY BORRÁS, Roberto. Análisis de Incertidumbre y Riesgo para la Toma de Decisiones. Capítulo 4 “Expresando Cuantitativamente El Conocimiento Sobre la Incertidumbre”. Méjico: Editorial Comunidad Morelos, 2001.

*de una elevada madurez y que proporciona estimaciones de precisión moderada.*⁹⁶

Con el resultado de las valoraciones antes expuestas, el juez deberá proceder a continuación a aplicar la fórmula Lerner Hand, de modo que si el agente no asumió las precauciones que se evaluaron como razonables y adecuadas y su valor económico (costo de precaución) era menor al costo esperado del accidente (en el cuál está considerada la probabilidad de ocurrencia), el juez concluirá que el agente incurrió en culpa.

¿Por qué elegir la fórmula Lerner Hand? Por varias razones:

Reduce la discrecionalidad judicial. Sin duda, el juez al realizar el examen de si una persona cometió culpa o no en las situaciones en que presuntamente fue la causa de un daño ocasionado a otro se basa en una comparación; lo que la conducta social demandaba que se hiciera, la cual, indudablemente, va a estar determinada por su formación social, política y cultural. Lo anterior no significa construcción de un parámetro arbitrario, es normal y esperable que suceda, sólo un robot podría dejar de lado su formación personal y profesional en las decisiones que impliquen valoración. Ese desarrollo hecho por el juez es una elaboración teórica que carece de demostración, el planteamiento hipotético puede ser adecuado, proporcional y racional y justificar determinada decisión. Sin embargo, sería más exacto y maximizaría las otras características si se acompaña de la demostración con la fórmula, al someterse a dicha prueba se reducen las posibilidades de optar por una u otra decisión de manera discrecional. Se utiliza la expresión “reducen” porque de las características del análisis propuesto puede evidenciarse que no se elimina totalmente; en un juicio del comportamiento humano nunca podrá llegarse a la total certeza o precisión matemática.

⁹⁶ Tomado de la página web http://www.mtas.es/insht/ntp/ntp_401.htm, del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales de España, en dónde se explican las ventajas del método para un análisis de “Probabilidad de Error Humano”.

Promueve la eficacia de principios constitucionales. En efecto, al reducirse la discrecionalidad judicial, se podrá prever, con mayor facilidad, un tratamiento igual o similar a los casos en que se cometa un daño por culpa y presentes similitudes en sus hechos. De ser así, el mensaje que se le envía a los destinatarios de las normas es de confianza en las instituciones, que están funcionando como deben hacerlo; el autor del daño debe repararlo si obró con culpa y la víctima tiene derecho a la reparación. Finalmente, la discrecionalidad del juez se vuelve objeto de control al tener limitadas sus posibilidades de elección. En definitiva, se logra un mejor desarrollo de los principios constitucionales como la igualdad, la seguridad jurídica y el debido proceso (reflejado en el derecho de defensa). Además, el considerar el costo de precaución para el agente puede, en ciertos casos, acercarse a la “justicia” -con las dificultades que representa el término-, como un valor constitucional.

Amplía la racionalidad de los sujetos. Es un efecto económico importante. Al disminuirse la discrecionalidad judicial y existir un mismo tratamiento para casos similares convierte lo desconocido en objeto de conocimiento. Los destinatarios de las normas, los sujetos que participan en el mercado y tienen limitada su racionalidad empiezan a contar con nueva información para tener en cuenta en sus relaciones de mercado.

Funciona como un incentivo de conducta. Las personas al darse cuenta de la reducción o, incluso, en algunos casos, la eliminación de la incertidumbre en las decisiones judiciales que imponen obligaciones a quien cometa un daño por culpa, tendrán eso muy en cuenta para actuar con más diligencia y cuidado en las actividades en las que no lo hacían.

Facilita las transacciones y reduce sus costos. La razón es simple, una vez las partes se encuentren relacionadas por una situación de daño causado por la culpa

de una de ellas, es más fácil que lleguen a un acuerdo extraprocesal o procesal para resolver el litigio porque cuentan con la posibilidad de internalizar lo que era externo: la incertidumbre de lo que podía pasar.

Se maximiza la riqueza. De acuerdo con Posner, si la riqueza es el valor total de todos los bienes económicos y no económicos y su valor se determina por lo que el propietario estaría dispuesto a recibir en dinero por cada bien para separarse de él o por lo que estaría dispuesto a pagar un tercero⁹⁷, entonces, en un caso de responsabilidad por el hecho propio habrá maximización de la riqueza o cuando las partes realicen una transacción (entiéndase en lenguaje jurídico) o con la aplicación de la fórmula Hand porque con ella el juez establece de forma eficiente a quién corresponde el derecho de propiedad y para administrar justicia verifica en el mercado lo que vale un derecho de similar naturaleza para que el victimario lo repare.

⁹⁷ Posner. Ob. Cit. Pág. 682.

4. CONCLUSIONES

- *Normas como incentivos de conducta.* Para el Análisis Económico del Derecho las normas son consideradas incentivos que tienen incidencia en el comportamiento de las personas. La economía mediante sus teorías ofrece un pronóstico de lo que posiblemente harán los individuos frente a un cambio o un estado de cosas normativo. A partir de lo anterior, es posible evaluar y describir si esa variación o situación estable es eficiente e incluso, según el resultado encontrado en dicho estudio, se podría realizar un análisis propositivo (normativo).
- *Varias formas de entender la expresión AED.* Existen por lo menos cinco maneras de entender la expresión AED: movimiento intelectual, método o conjunto de métodos, divisiones particulares del sistema jurídico, disciplina de investigación o nombre de un curso universitario. En el trabajo se utiliza dicha expresión para referirse al movimiento doctrinal e intelectual del estudio del derecho que se caracteriza por la aplicación de herramientas de la teoría microeconómica al análisis de las reglas e instituciones.
- *Criterio alternativo de apreciación de la culpa.* Para desarrollar la hipótesis (propuesta) planteada en el trabajo se acoge un enfoque normativo del AED porque a partir del análisis descriptivo que se hizo en los capítulos II y parte del III se propone un criterio alternativo de apreciación de la noción de culpa que permita desarrollar más ampliamente los criterios de valoración utilizados por los jueces en Colombia.

- *Distintas nociones de eficiencia.* Fueron planteados diferentes criterios de eficiencia que son utilizados en el movimiento del AED. En el trabajo se utiliza el de maximización de la riqueza o Kaldor-Hicks propuesto por Richard Posner en su obra *El Análisis Económico del Derecho*.
- *No existe definición legal determinada de la culpa.* La noción de culpa en el ordenamiento jurídico colombiano, además de ambigua es vaga, el legislador no define su contenido y omite indicar la forma de apreciar la conducta de las personas para establecer si han obrado o no con negligencia. Para apreciar la culpa la ley acude al concepto de buen padre de familia, otra noción indeterminada, sin contenido.
- *La jurisprudencia no indica una pauta concreta para establecer la culpa.* La Corte Suprema de Justicia realizó un intento por definir la noción de culpa e indicar el método de apreciación de la misma; debe hacerse en abstracto, como se comportaría otra persona en la misma circunstancia, el buen padre de familia. El problema: ¿Cómo debe comportarse el buen padre de familia o una persona cualquiera de mediana diligencia y cuidado en la misma situación? Es un problema complejo, depende de cada caso concreto y la valoración que realiza el juez, se vuelve a la indeterminación. Entonces, la jurisprudencia de éste alto Tribunal no establece un parámetro preciso que se deba seguirse en cada caso para apreciar la culpa.
- *Se puede aplicar la fórmula Hand en la Responsabilidad Civil Extracontractual por el hecho propio.* Debido a la vaguedad del concepto, la dificultad existente para poder decidir que una persona

actúa o no con culpa y a la falta de parámetros concretos y precisos por parte de la ley y la jurisprudencia, el juez puede acudir a la fórmula de Learned Hand y argumentar con base en ella por qué en determinado caso una persona obró o no con culpa, sería también una decisión adecuada y proporcional, no arbitraria y menos discrecional. Equivaldría a acudir a una fuente auxiliar del derecho como la doctrina.

- *Formas de aplicación de la fórmula Learned Hand.* Se identificaron dos procedimientos que el juez norteamericano puede utilizar al enfrentarse a dicha fórmula; el que cuantifica cada una de las variables económicas y el que hace un análisis valorativo de ellas. La propuesta del trabajo consiste en utilizar un tercer camino que combina elementos de los dos anteriores.
- *Bondades en caso de adoptar la aplicación de la fórmula Learned Hand.* Se exponen las ventajas de por qué elegir la aplicación de la fórmula Learned Hand en el derecho colombiano: reduce la discrecionalidad, promueve la eficacia de principios constitucionales como el de igualdad, seguridad jurídica y debido proceso, amplía la racionalidad de los sujetos, funciona como un incentivo de conducta, facilita las transacciones y reduce sus costos y finalmente, maximiza la riqueza.

BIBLIOGRAFÍA

ARJONA TRUJILLO, Ana María y RUBIO PARDO, Mauricio. El análisis económico del derecho.

ARNSPERGER, Christian y VAN PARIJS, Philippe. Ética económica y social. Teorías de la sociedad justa. Editorial Paidós, 2002.

BECCARIA, Cesare. De los delitos y las penas. Cuarta edición. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A, 2000.

BEJARANO, Jesús Antonio. El Análisis Económico del Derecho: comentarios sobre textos básicos. En: Revista de Economía Institucional, N° 1 (Noviembre de 1999).

BLACK, Duncan. On the rationales of group decisión making. Journal of Political Economy. No. 56. February 1948; y Black, Duncan. The decisions of a comité using special majority. En: Econométrica. No. 16 (July 1948).

BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá. 1997.

CALABRESI, Guido. El costo de los accidentes. Compilado por Rosenkrantz, Carlos F. La responsabilidad Extracontractual. Primera edición. Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 2005. p. 85-103.

CHIASSIONI, Pierluigi. La metajurisprudencia del análisis económico del derecho: un enfoque iusfilosófico.

COASE, Ronald. El Problema del Costo Social, trabajo originalmente publicado en *The Journal of Law and Economics* (octubre de 1960), p. 1-44.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Derecho y economía. México: Ed. Fondo de cultura económica.

GUZMÁN AGUILERA, Patricia. Introducción al análisis económico del derecho ambiental. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006.

JOSSERAND, Louis. Derecho Civil: Teoría general de las obligaciones. Buenos Aires: Editorial Ediciones jurídicas Europa-América, 1993. Tomo II. Vol. I. p. 303.

LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad civil. Bogotá: Editorial Legis, 2004.

LEY BORRÁS, Roberto. Análisis de Incertidumbre y Riesgo para la Toma de Decisiones. Capítulo 4. Expresando Cuantitativamente El Conocimiento Sobre la Incertidumbre. Méjico: Editorial Comunidad Morelos, 2001.

MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Anotaciones sobre Análisis Económico del Derecho. Escuelas. Vol. I. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2005. p. 187

MAZEAUD, Henri y LEÓN Y TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Editorial: Ediciones jurídicas Europa-America. Buenos Aires 1962. Tomo I, Vol. II.

NUÑEZ TRUJILLO, José Antonio. Antecedentes y principios fundamentales del análisis económico de la ley.

PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Bogotá: Editorial Temis, 1979.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado práctico de derecho civil francés. La Habana: Editorial Cultural S.A, 1945. Tomo sexto.

POSNER, Richard Allen. El Análisis Económico del Derecho. México: Editorial: Fondo de Cultura Económica, 1998.

POSNER, Richard. Utilitarismo: Economía y teoría jurídica. Compilado por ROEMER, Andrés. Derecho y economía: Una revisión de la literatura. México: Coeditores, Centro de estudios de gobernabilidad y políticas públicas, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Fondo de Cultura Económica, primera reimpresión, 2002.

RIPERT, Georges. La regla moral en las obligaciones civiles. Bogotá: Editorial La gran Colombia, 1946.

ROEMER, Andrés. Introducción al análisis económico del derecho. México: Ed. Fondo de cultura económica, 2001.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana. 1996. Tomo I.

SOLA, Juan Vicente. Constitución y Economía. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 2004. p. 151

STIGLITZ, Joseph E. La economía del sector público. Tercera edición. Editor Antoni Bosh, 2002. p. 67.

TAMAYO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Bogotá: Editorial Legis. 2007. Vol. I.

TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo. Tratado de la responsabilidad civil: el derecho de daños en la actualidad, teoría y práctica. Cap. 6. Responsabilidad contractual y extracontractual. Editorial La Ley, 2004.

United States Fidelity & Guaranty Co. Vs Jadranska Slobodna Plovidba, 683 F.2d 1022 (7o. Cir., 1982).

United States vs Carroll Towing Co., 159 F. 2d 169, 173 (2o. Cir. 1947).

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil. Sentencia del 20 de febrero de 1948. G.J. Tomo LXIII. p. 692 y ss. M.P. Dr. Pedro Castillo Pineda.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de octubre de 1951. G.J. Tomo LXX. p. 480 y ss. M.P. Dr. Gualberto Rodríguez Peña.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de junio de 1958. G.J. Tomo LXXXVIII. p. 135 y ss. M.P. Dr. Arturo Valencia Zea.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de abril de 1970. G.J. Tomo CXXXIV. p. 41 y ss. M.P. Dr. Ernesto Cediél Ángel.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de septiembre de 2002. Expediente No. 6143. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de junio de 2000. M.P. Expediente. 5475. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Sitios web

Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales de España. Disponible en:
http://www.mtas.es/insht/ntp/ntp_401.htm