

Tercera conferencia

EL "TORTS" DE NEGLIGENCIA

Como señalé en la conferencia anterior, la rama legal que estoy tratando ha sido históricamente, en esencia, una ley de "torts" más que una ley de "tort". En otras palabras, de tiempo en tiempo se ha provisto de recursos respecto de algunas situaciones de hecho particulares pensándose que garantizarían el derecho de resarcimiento. No hay una proposición general (como la de numerosos códigos) de que la persona afectada por la conducta intencional o descuidada de otra tenga derecho a ser compensada. En verdad, para empezar --como también he señalado-- en el origen de la ley de "torts" en el siglo XIII solamente podía remediarse el daño físico directo a través de una acción de Transgresión, ya sea en la forma de un daño directo a la persona por 'agresión' ('battery --un término que ya he explicado) o daño directo a los bienes o a las tierras de una persona. Sin embargo, poco a poco, en el transcurso de algunos siglos, se dieron nuevos recursos para otros tipos de situaciones, aunque el proceso de desarrollo fue lento. Por ejemplo, no fue sino hasta fines del siglo XIV que las Cortes Reales (en contraposición con las eclesiásticas) concedieron derecho de acción en el caso de difamación; ni, en verdad, hasta fines del siglo XVIII, que lo hicieron para el caso de fraude. Había grandes lagunas en la ley pues no se daba derecho de acción para muchos casos de daños. Pero había una máxima *ubi jus ibi remedium* --'donde hay un derecho debe haber un recurso'--; y de tiempo en tiempo se actuó de acuerdo a esta máxima hasta que hubo un gran número de "torts" individuales que surgían de situaciones de hecho particulares. Una de las situaciones reconocidas más recientemente es la interferencia a sabiendas en las relaciones contractuales, que he mencionado antes refiriéndolas al caso *Lumey v. Gey* (1853), el caso de la cantante de ópera que hizo nacer este "tort". De manera que con el tiempo hubo un amplio campo de resarcimiento ante una serie de "torts" particulares e independientes.

Sin embargo, no había un solo principio, como lo hay en mu-

chos otros sistemas legales, de que si yo, por conducta descuidada, le hago daño, deba ser responsable ante usted. Eso no quiere decir que la noción de negligencia fuera desconocida. En verdad, ya en el siglo XIV en *algunas situaciones* encontramos que las cortes permitían un alegato porque el acusado “tam negligenter” (tan descuidadamente) hizo tal o cual cosa y causó daño del cual podría ser responsable. Por ejemplo, el cirujano quien “negligenter” operó podría ser responsable desde la Edad Media y también el herrador que puso los herrajes descuidadamente. Y con el correr del tiempo el descuido se volvió la clave de la responsabilidad en muchas otras situaciones especiales. Por ejemplo, hacia fines del siglo XVIII, el manejo descuidado de carruajes (manejados con furia y velocidad en los caminos recién hechos) fue hecho sujeto de acción. Ya he citado el caso *Jones v. Boyce* (1816), el caso del coche defectuoso y del hombre que saltó de él. Y con el advenimiento de los trenes en el siglo XIX se aplicaba lo mismo al descuido en la conducción de trenes. Para tomar otro ejemplo: hacia el siglo XIX se aceptaba plenamente que el dueño u ocupante de tierras o de casa tenía el deber de cuidar por la seguridad de los visitantes que entraran en la propiedad. Así llegaron a haber muchos campos en los que el descuido era un elemento esencial en la responsabilidad de modo que, como dijo una vez un juez, la ley de Negligencia estaba construida de “losas sueltas”. Pero hasta 1932 no había un principio *general* de que el causar daño por descuido fuera sujeto de acción.

Sin embargo, en 1932 hubo un cambio trascendental causado por un juez verdaderamente excelente, Lord Atkin. Sucedió con el caso *Donoghoe v. Stevenson* (1932) que demuestra cómo las grandes cosas pueden surgir de las pequeñas. La demandante fue con un amigo a un café en Paisley, en Escocia. (El lugar, para quienes conocen de eso, es el origen de los mundialmente famosos diseños “Paisley” de telas para ropa). El amigo generoso ofreció a la demandante una cerveza de jengibre. Cuando el dueño del café vertió la cerveza de jengibre en el vaso de la demandante salieron los restos descompuestos de un caracol. Este hecho hizo que la sensible demandante contrajera gastritis, respecto de la cual alegó negligencia contra el *fabricante* de la cerveza de jengibre. (¡Debo agregar, entre paréntesis, que la demandante tenía cabalmente razón en enfermarse pues en uno de los discursos del juez figura que había helados mezclados con la cerveza de jengibre!) Semejante alegato contra un *fabricante* era novedoso pues en un caso anterior se ha-

bía sostenido que donde hubiera un contrato, como el que había entre el fabricante y el mayorista a quien él suministró la botella contaminada, la única obligación legal era entre las dos partes contratantes y ninguna tercera persona agraviada por el incumplimiento del contrato (en este caso para suministrar una botella de cerveza de jengibre sin defectos) podría enjuiciar a la parte contratante. Esta regla indebidamente restrictiva fue declarada incorrecta por la Cámara de los Lores en donde se veía el caso, mandándose que el fabricante sí tenía un deber de cuidar que los caracoles no entraran en sus botellas para causar daños a los consumidores finales de la cerveza de jengibre.

En general, esa fue simplemente una decisión sobre los hechos del caso, pero en un discurso famoso Lord Atkin enunció una regla general que desde entonces es parte de la ley. El dijo que *en general* “Usted debe tener el *cuidado razonable* para evitar actos y omisiones que pueda usted razonablemente prever que podrían dañar al prójimo”. Luego continuó, “¿Quién es, pues, mi prójimo?”. La respuesta parece ser “personas que están *tan cercana y directamente* afectadas por mi acción que yo debo razonablemente *contemplarlas* como afectadas cuando dirijo mi mente a los actos u omisiones llamados a cuestión”. Esto viene a ser, entonces, no una proposición sobre cualquier situación *particular*, sino una declaración de que yo no debo causar *descuidadamente* un daño *previsible* de cualquier clase. Y así se introdujo en la ley inglesa el “tort” general de Negligencia, y el deber de cuidar de no hacer daño se convirtió, a primera vista, en un deber universal. La proposición de Lord Atkin es ahora aceptada y forma parte de nuestra ley. Pero, desde el principio, hubo escépticos, y eso por una razón obvia. Ellos señalaban que había una abundancia de situaciones en las que semejante deber no es obligatorio. Permítanme, como de costumbre en asuntos referentes a la “Common Law”, llevarlos a los orígenes, llevarlos hasta el año 1410. Ese año se decidió el caso *Gloucester Grammar School*. Un hombre administraba un colegio en la ciudad de Gloucester y he aquí que viene un rival, instala otro colegio y se lleva a los alumnos del demandante! El pedagogo demandante hace un juicio por la pérdida. La corte no tuvo dificultad en decidir que no había responsabilidad. ¿Por qué? Porque para el bien común nuestras cortes, como un asunto al que de manera vaga llaman “política” (“policy”), consideran esencial que haya libertad de competencia. Sucede lo mismo con los negocios en

general: la ganancia de cada hombre de negocios es la pérdida de otro, pero sería notoriamente incorrecto permitir una acción respecto de esas pérdidas pues el comercio se extinguiría.

Sin embargo, el principio de Lord Atkin ha sido aceptado; es decir, causar directamente y de manera descuidada un daño previsible a otra persona es sujeto de acción; y nosotros llamamos a ese daño Negligencia. Pero en años recientes se ha tenido que enfrentar las críticas de los escépticos y la formulación moderna de la regla dice que éste es el caso *en general*, pero no serán admisibles los alegatos en los cuales pueda demostrarse que el admitirlos es contrario a la “política” (“policy”).

En breve retornaré al concepto difícil de la “política” (“policy”) pues pienso que antes debo dar una ilustración contrastante sobre como funciona el principio de la “previsión razonable”. Permítanme primero tomar un caso en el cual el daño causado estaba claramente dentro de los límites de la previsión razonable: el caso de *The Home Office v. Dorset Yacht Club Ltd.* (1970) que he mencionado antes. Ustedes recordarán que en él los guardas de la prisión llevaron a unos delincuentes jóvenes a una isla y los dejaron solos. No es necesario decir que los muchachos se dedicaron a hacer daño y estropearon el yate del demandante. Evidentemente los guardas (por quien el Home Office —Ministerio del Interior— era responsable) debían haber previsto semejante suceso, como dijo uno de los jueces: “el riesgo era notoriamente obvio”. En consecuencia, bajo el principio de Atkin, el Home Office era responsable. Podemos hacer el contraste con el caso *Bourhill v. Young* (1943). La demandante, que como tantas mujeres demandantes se encontraba encinta, estaba bajando de un tranvía. Al otro lado del tranvía, a cierta distancia, el acusado tuvo una colisión en su motocicleta por negligencia. El impacto hizo ruido y esto afectó a la demandante quien luego dio vuelta hacia la escena del accidente y vio sangre en la calzada; esto la afectó aún más. Estaba tan afectada que se enfermó y no pudo continuar con su trabajo de vendedora de pescado. De modo que enjuició al acusado. Este no fue considerado responsable: no podría esperarse que hubiera previsto que alguien tan alejado del accidente sufriera un trauma, ni podría esperarse que previera que cualquier extraño normal pudiera sufrir un trauma semejante por haber visto sangre en la calzada.

Volvamos a la “política” (“policy”). Esto significa las demandas de los intereses del público en contraste con los del individuo afectado, pero es una expresión muy indeterminada que también incluye consideraciones sobre viabilidad y conveniencia. Ilustraré su funcionamiento al negar o modificar demandas por Negligencia respecto a tres tipos particulares de responsabilidad, es decir, demandas por pérdida económica (en contraste con las físicas), demandas por causar “shock” nervioso y demandas por afirmaciones inexactas.

Primero en cuanto a pérdida económica. Cuando uno considera que el remedio principal ante la perpetración de un “tort” es la compensación monetaria bajo la forma de daños, parecería a primera vista que la pérdida económica es justamente el tipo de daño por el cual debería ser más fácil hacer una demanda, puesto que la pérdida de dinero puede remediarse mediante el pago de dinero para compensar la pérdida sufrida. En realidad, parecería más fácil determinar semejantes pérdidas en términos de dinero que tasar el “valor” de una lesión física —como la pérdida de una pierna, un ojo o un brazo— en semejantes términos. Y mi punto de vista personal es que, siempre que la pérdida económica esté estrechamente vinculada con el acto del acusado, ésta siempre debería ser recuperable bajo la condición que, en una demanda por negligencia, haya sido razonamiento predecible. Pero la “Common Law” angloamericana ha tratado la recuperación respecto a la pérdida económica de manera muy restrictiva. La razón es que se pensaba que mientras la pérdida física por lesión personal necesariamente es algo limitada en su variedad, la pérdida económica puede ser muy amplia. En las famosas palabras de un famoso juez americano, puede hacer surgir “responsabilidad por una cantidad indeterminada, por tiempo indeterminado a una clase indeterminada”. Estas palabras se pronunciaron en un caso en el cual un contador había hecho un informe descuidado: un gran número de personas podría haberse apoyado en este informe y en consecuencia podría haber sufrido pérdida económica. El temor es que si se permite semejante demanda, puede dar lugar a lo que con frecuencia se ha llamado una “inundación” de acciones legales. Con frecuencia se ha dicho que si se permite esta demanda, se abrirán las “compuestas”. Así la “política” (policy) (o la conveniencia práctica) dicta que se niegue la demanda, o al menos que se la restrinja, manteniendo las “compuertas” cerradas. El argumento de las “compuertas” ha dejado

una huella singular en la ley inglesa en el campo económico pues mientras la ley permitirá la recuperación de la pérdida económica (como ejemplo la pérdida del empleo) *después de una lesión física a la persona o la propiedad*, en general, ha rehusado permitir, sujetas a las excepciones que mencionaré, semejantes demandas por pérdidas *puramente económicas* y no relacionadas a lesiones físicas. Por supuesto, hablo de recuperación en casos de “tort”, no de recuperación por incumplimiento de contrato. Permítanme ilustrar el funcionamiento de esta regla haciendo referencia a algunos casos. En un caso un remolcador halaba un barco; otro barco chocó por descuido con el barco remolcado y lo hundió. Los dueños del remolcador trataron de recuperar los daños por la pérdida del flete que hubieran obtenido por remolcar el barco. Se sostuvo que no podían recuperarla porque *ellos* no habían sufrido pérdida física —el barco remolcado no era de ellos— sino solo pérdidas económicas y aunque éstas fueran predecibles, no podían demandar por ellas. Y muy recientemente en las más altas cortes ha habido dos decisiones similares. La primera fue el caso de un barco alquilado. Este barco fue dañado por la negligencia del barco del acusado. Tuvo que ser puesto en puerto para reparaciones. El arrendatario, que era un arrendatario temporal y no tenía más que un interés contractual en el barco, perdió la ganancia de los fletes que de otra manera habría obtenido durante el período de reparación. La corte negó la recuperación por esta pérdida porque era solamente económica. En el segundo caso se sostuvo que un consignatario de una carga que estaba a bordo de un barco, quien tenía un derecho contractual a la carga pero no tenía sobre ella derecho de propiedad, no podía resarcirse en contra del dueño del barco que de manera descuidada había permitido que la carga se malograra. Una vez más, la pérdida era puramente económica. Hay, entonces, una distinción sutil. En general, la pérdida puramente económica no es recuperable en base a negligencia, pero *es* recuperable si es el resultado de una lesión física o de daños a la persona o a la propiedad del demandante. Este punto se hace evidente en el caso *Spartan Steel Ltd. v. Martin* (1973). Los acusados, contratistas de caminos, descuidadamente cortaron un cable eléctrico debajo de una calle. En consecuencia, se cortó el suministro eléctrico a la fundición del demandante. Como resultado había peligro de que el metal fundido que estaba en el horno del demandante se solidificara y dañara el revestimiento del horno. De manera que echaron oxígeno sobre el metal, lo enfriaron y lo retiraron. Pero se estropeó el metal y per-

dió su valor. Los demandantes no pudieron poner otras cuatro “hornadas” en el horno durante el tiempo en el cual la electricidad estuvo cortada. Los demandantes hicieron la demanda respecto al valor reducido de la primera “hornada” y por la pérdida de la ganancia que hubieran obtenido vendiéndola. También demandaron por la pérdida de la ganancia de las otras cuatro “hornadas”. Se sostuvo que en cuanto a la primera “hornada” podían resarcirse por la reducción de su valor y también por la pérdida de la ganancia. Pero, bajo la regla de lo puramente económico, en contraposición con lo económico derivado de lo físico, la pérdida no era recuperable; no podía haber resarcimiento por la pérdida de la ganancia de las otras cuatro “hornadas”.

No se puede negar que una regla arbitraria que restringe de esta manera el resarcimiento por la pérdida económica es legalista e insatisfactoria. Sin embargo, muy recientemente la Cámara de los Lores la ha reafirmado enfáticamente. Me apresuro a agregar que esto se aplica a la pérdida económica provocada *negligentemente*, no a la pérdida económica por fraude. También me apresuro a agregar que recientemente he escrito un artículo en contra de la regla y he sugerido que la formulación de Lord Atkin sobre la naturaleza de la Negligencia que restringe la responsabilidad a “personas que estan. . . cercana y directamente afectadas” por un acto descuidado sea salvaguarda suficiente contra las “compuertas” sin necesidad de una regla tan artificial. ¡Pero por supuesto, nadie leerá lo que escribí ni me harán caso! Más aún, ha habido decisiones aisladas que han tenido resultado diferente en defensa de la misma “Common Law” que es flexible.

El siguiente campo, en el cual el argumento de la “política” (“policy”) basado en las “compuertas” ha desempeñado un papel, es la recuperación respecto al “shock nervioso”. Por “shock nervioso” quiero decir no solo miedo sino el causar algún desorden psicológico que pueda ser reconocido. En este asunto la ley tiene un desarrollo de larga historia. Ya en 1897 se reconoció que cuando semejante daño fuera causado intencionalmente, habría resarcimiento. En el caso en cuestión un bromista mal aconsejado le dijo a una mujer que su marido había sido herido en un accidente callejero (lo que no era cierto). Esto hizo que la mujer se enfermara y se sostuvo que podría aceptarse la demanda. Pero cuando la demanda era por negligencia el progreso era lento. La historia empe-

zó en 1888 con una apelación desde Australia en donde una señora (encinta, por supuesto) sufrió un “shock” severo por la negligencia de un guardabarrera de ferrocarril. La corte negó el resarcimiento basándose en la idea de las “compuertas” pues si fuera aceptado podría “abrirse un amplio campo para demandas imaginarias”. Debe anotarse, por supuesto, que en esa época las enfermedades psicológicas no eran muy bien comprendidas. Sin embargo, hubo un cambio a partir de 1901 cuando las cortes avanzaron cautamente. En ese caso la mujer del dueño de una posada sufrió un “shock” serio —con el resultado de un aborto— cuando una carreta retrocedió chocando contra la pared delante del bar. Se sostuvo que podía resarcirse en base al cauto argumento de que podía haber resarcimiento en los casos en los cuales el acto ilegal pusiera al demandante en un temor inmediato de lesión a *sí mismo*. Lentamente se fue ampliando el campo de la responsabilidad, y en 1925 se sostuvo que podía haber resarcimiento en los casos en los que el “shock” fuera causado por un temor inmediato de lesión no solo a uno mismo sino también a los *parientes cercanos*. El caso en cuestión era uno en el cual una mujer sufrió un “shock” severo por el miedo de que sus hijos fueran lesionados por un camión sin control. Hacia 1951 la categoría se había ampliado aún más para incluir el miedo a la lesión de un compañero de trabajo. (Observen cómo funciona la “ley por casos”). Pero surge la pregunta final: ¿Puede resarcirse el “hombre de la calle”, el espectador desinteresado que sufre un “shock nervioso” por ver un choque en la calle? Un caso antiguo estableció que no, pero esto ya no es cierto desde la decisión de la Cámara de los Lores en el caso *McLoughlin v. O'Brian* (1982) en el cual una madre sufrió un “shock” severo al ver a su marido y a sus hijos heridos en el hospital inmediatamente después de un accidente causado por el manejo negligente del acusado. Por supuesto que el desarrollo vacilante de la ley por casos se ha debido al temor de abrir “compuertas” a demandas imaginarias. Pero en el caso *McLoughlin* la Cámara de los Lores por mayoría de pronunciamientos expresó la opinión de que después de todo no había una razón de “política” (“policy”) para restringir el resarcimiento en casos de “shock” nervioso y que lo único real era si el acusado debía haber previsto la probabilidad del “shock”, que en el caso en cuestión se consideró que sí debió haberlo previsto. Queda por verse hasta dónde nos conducirá esto. Uno de los jueces imaginó un caso en el cual una mujer cuyos hijos y marido estuvieran en un hotel mientras ella se quedaba en casa y el hotel fuera

negligentemente incendiado. A la mañana siguiente la mujer sufre un “shock” al leer la noticia en el diario. El juez pensó que ella debía tener derecho a la demanda. Sin embargo, otro de los jueces con quien estoy respetuosamente de acuerdo, pensó que cuando el “shock” fuera causado por un accidente callejero debía haber resarcimiento solo cuando el demandante esté en la escena del accidente o, en todo caso –como en el caso *McLouglin*– cuando se encuentre con los resultados del accidente inmediatamente después. Tenemos entonces, en los casos de “shock nervioso” un ejemplo de una restricción “política” sobre el resarcimiento en casos de negligencia que parece haber sido abandonada.

El último ejemplo en un campo en el cual la “política” (“policy”) ha restringido el resarcimiento en demandas por negligencia es el caso de las afirmaciones inexactas descuidadas. Las *afirmaciones* descuidadas sean de palabra o de hecho –como cuando un conductor hace una señal indicando que va hacia un lugar mientras en realidad va a otro– pueden causar tanto daño como las *acciones* descuidadas. Así, a primera vista, una demanda por “tort” debe ser aceptada por daños causados por afirmaciones inexactas descuidadas tal como se acepta por actos descuidados. Pero la “Common Law” ha encontrado dificultades de “política” (“policy”) al imponer responsabilidad para estas afirmaciones tan estrictamente como lo hace para los actos ilegales. Parece que hay dos razones para esto (aunque rara vez se expresan abiertamente). Primero, hay un sentimiento instintivo de que no puede esperarse que la gente sea tan cuidadosa de lo que dice como de lo que hace. Es demasiado pedir que debamos estar siempre en guardia respecto de lo que decimos. Por ejemplo: en un cócktel usted descuidadamente aconseja a alguien que apueste su dinero al caballo equivocado. El pierde su dinero, pero es demasiado esperar que usted esté en guardia en una circunstancia así. En segundo lugar, las afirmaciones ilegales pueden abrir las “compuertas” al tener consecuencias vastas: tómese el caso del contador que emite un informe contable falso –como ya he mencionado– y que innumerables personas, apoyándose en él sufran pérdidas.

El resultado de esta consideración y de otras más ha sido que en nuestra ley la responsabilidad por afirmaciones inexactas y descuidadas ha sido restringida. Probablemente nunca ha habido duda que semejante afirmación es sujeto de acción si causa *lesión física*

—como cuando usted, que está de visita en mi casa, me pregunta si una escalera es segura y yo le respondo que sí cuando no lo es y usted sufre una lesión. Pero cuando una afirmación inexacta es causa de pérdidas puramente económicas, las cosas han sido distintas. (Nótese como en términos de valores no expresados, la ley considera que la pérdida económica es menos seria que la pérdida física). En realidad, hasta 1964, cuando la Cámara de los Lores decidió el caso *Hedley Byrne v. Heller and Partners*, era un hecho sorprendente que la ley inglesa *no* reconociera responsabilidad por afirmaciones inexactas —en contraposición a afirmaciones engañosas que causan pérdida económica— a menos que hubiera una relación contractual entre las partes, o una situación de confianza (como entre un abogado y su cliente). Ese caso cambió la ley, aunque sus efectos exactos todavía no son claros. Los hechos del caso son que los demandantes eran una compañía de publicidad. Deseaban saber si podrían dar crédito sin riesgo a uno de sus clientes (otra compañía). Le pidieron a su banco que contactara con el banco de los clientes para averiguar sobre su crédito. El banco de los clientes informó, de manera descuidada, que éstos estaban en buena situación. En consecuencia los demandantes dieron crédito a su cliente. ¡Ay! El informe estaba hecho con descuido, el cliente se volvió insolvente y los demandantes perdieron su dinero. Por esto enjuiciaron al banco del cliente basando su argumento en el hecho de haber recibido una información inexacta y descuidada. En realidad, el banco del acusado había hecho su informe expresamente “sin responsabilidad” y esta renuncia imposibilitaba la decisión por la responsabilidad. Eso hubiera dado por terminado el caso, pero la Cámara de los Lores decidió declarar lo que ellos pensaban que hubiera sido la situación si no hubiera habido esa renuncia, y los efectos de esta decisión son de largo alcance, aunque como he dicho, todavía inciertos.

Lo que la decisión sí deja en claro es que en *algunas* circunstancias una afirmación descuidada *puede* ser, actualmente, sujeto de acción, pero la responsabilidad surgirá solo cuando haya una *relación cercana* entre las partes. El tipo de situación que se contempla es aquella en la que una persona solicite el consejo de otra que sea conocedora, o se diga conocedora, del campo sobre el cual se pide el consejo. Por ejemplo, un tasador que hace un informe sobre el valor de una casa sabiendo que el comprador se apoyará en la tasación, o un médico que aconseja a su paciente, y probable-

mente un banquero que aconseja sobre asuntos bancarios. Pero para que haya responsabilidad, la situación debe ser tal que la persona que busca el consejo debe tener razones para creer que la persona a quien consulta *tiene* un conocimiento particular en el asunto en cuestión. Así, por ejemplo, si alguien consulta a un empleado de una compañía de *seguros* sobre la capacidad de crédito de alguna otra compañía, la compañía de seguros no será responsable si el empleado hace una afirmación equivocada puesto que el consejo *financiero* no es el campo de su actividad. Aunque se debe estar de acuerdo en que el empleado podría ser *personalmente* responsable si se hubiera ufano de ser un experto en consejos financieros y si el demandante se hubiera apoyado en su información. Más todavía, repito, la relación entre las partes debe ser *cercana*. Así, supongamos que una persona está ansiosa por saber si puede prestar dinero con seguridad a una compañía y, sabiendo esto, el contador de la compañía prepara un informe descuidado sobre los asuntos de la compañía, mostrando que está en una situación financiera mejor de la que realmente tiene. Apoyándose en esto, la persona presta el dinero y después la compañía se torna insolvente. La persona puede enjuiciar al contador por su descuido. Pero si el falso informe circulara ampliamente entre otras personas que no tengan una relación cercana con el contador, ellas no podrían demandar por el informe inexacto y descuidado. Finalmente, la ocasión en la cual se busca el consejo debe ser una situación en la que se esperaría que se dieran un consejo cuidadoso. Así, si después de esta conferencia usted me consulta, fuera de mi oficina y lejos de mis libros, usted no puede quejarse si no le doy la mejor respuesta posible.

Hasta aquí hemos estado tratando la cuestión de cuándo, según nuestra ley, es una obligación tener el cuidado debido. Sin embargo, ahora debo enfocar la cuestión de que asumiendo que hay una obligación, “qué quiere decir usted con ‘negligencia?’” Un famoso juez la describió una vez como “la omisión de hacer algo que un *hombre razonable* guiado por aquellas consideraciones que ordinariamente regulan la conducta en los asuntos humanos haría, o hacer algo que un hombre prudente y razonable no haría”. De manera que la regla es que el acusado debe tener suficiente cuidado de no causar un daño semejante al que tendría una *persona ordinaria y razonable* puesta en su misma posición. Pero esto no se refiere solamente a lo que llamamos “el hombre de la calle”; la obliga-

ción varía de acuerdo a las circunstancias. Así un ingeniero debe tener en su trabajo de ingeniería el mismo cuidado que tendría un *ingeniero* ordinario y hábil; y un médico, ya sea prescribiendo medicamentos, u operando, o aconsejando a un paciente antes de una operación, debe tener tal cuidado en todas estas actividades, como el que está de acuerdo con la práctica de un cuerpo de opinión responsable de la profesión médica. Nótese que no *toda* la opinión médica debe estar en su favor, siempre que una parte responsable sí lo esté. Esta afirmación es particularmente importante en vista del hecho que en los Estados Unidos y en el Canadá han habido casos que han impuesto sobre el cirujano una obligación un poco mayor al dar consejos antes de operaciones. Esto se conoce como la doctrina del “consentimiento informado” (“informed consent”) que estipula que el cirujano debe revelar al paciente toda la información pertinente que pueda parecer pertinente *al paciente* al decidir someterse a una operación. La Cámara de los Lores ha rechazado este punto de vista: nuestros doctores deben actuar según las normas *de su profesión* y no de acuerdo a otras normas de las más vagas naturalezas, impuestas por la *corte*.

De manera que el cuidado que debe tenerse es el cuidado requerido en todas las circunstancias, pero, como decían los romanos “*imperitia culpa adnumeratur*”, si usted realiza una operación para la cual se requiere una habilidad que usted no tiene, usted será juzgado como si la tuviera. Esto ha sido empleado recientemente, y creo que quizá con poca fortuna, en el caso de un *aprendiz* de conducción de automóviles.

Finalmente, queda por hacer notar que el *grado* de cuidado requerido puede variar con las circunstancias. Se ha sostenido que numerosos factores las afectan. Así, el riesgo que entrañan debe ser tenido en cuenta: debo tener mayor cuidado cuando manejo fuegos artificiales que cuando manejo coles. Y, en realidad, se requiere un grado muy alto de cuidado de personas que manejan cosas tan peligrosas como gas, explosivos, venenos o armas de fuego. El grado de cuidado requerido es tal que casi significa una garantía de seguridad. Una vez más, es preciso tener en cuenta con quién se está tratando; por ejemplo, se requiere un cuidado especial cuando se está en contacto con niños. Este principio fue ilustrado por el caso *Paris v. Stepney Borough Council* (1951). En él el demandante era empleado de los acusados como operario en un taller de re-

paración de automóviles. El demandante tenía solamente un ojo sano y los empleadores lo sabían. Mientras el demandante trabajaba debajo de un vehículo se desprendió una pieza de metal que entró al ojo sano y lo lesionó seriamente. Se sostuvo que los acusados eran responsables de negligencia porque, conociendo la limitación del demandante, debieron proveerlo a él de anteojos protectores, cosa que no hicieron, aunque de acuerdo a la práctica general en esa actividad, no hubieran estado obligados a hacerlo con un hombre que tuviera ambos ojos sanos. Debo decir que la regla establece que si uno actúa de acuerdo a la práctica generalmente establecida, es un buen testimonio de que uno ha actuado con cuidado razonable. Otro factor que puede afectar el grado de cuidado que debe tenerse es la *necesidad*. Los que actúan en una emergencia no están obligados a tener necesariamente el mismo cuidado y habilidad que se requeriría en circunstancias normales. Así, si en una expedición para escalar montañas un participante que no tiene calificaciones médicas se ve forzado a amputar la pierna de un compañero para salvarle la vida, debe tener el cuidado que pueda, pero no se esperará que tenga el mismo cuidado que un cirujano hábil, aunque por supuesto --como hemos visto-- si él decidiera operar en circunstancias normales, sí debería tenerlo. Un último factor es lo que yo llamo el "costo de prevención". Por "costo" quiero decir no solo el costo económico sino también el "costo" en términos de detrimento para el que ejecuta el acto o para el público en general. El "costo" debe contrapesarse con el daño. Tomemos un ejemplo bien conocido: se ha dicho que si todos los trenes estuvieran limitados a circular a cinco millas por hora, habrían menos accidentes, pero no es necesariamente negligente conducir un tren a cien millas por hora, porque al restringir la velocidad a cinco millas se afectaría el interés público y la vida nacional se vería intolerablemente afectada. Sin embargo, el costo podría ser verdaderamente económico. Esto fue ilustrado en el caso de una fábrica donde un operario se rompió la pierna al resbalar debido a que había aceite en el piso y enjuició a sus empleadores. La causa del aceite en el piso fue que había habido una lluvia fuerte que había arrastrado el aceite al piso. Los acusados dueños de las fábricas inmediatamente habían usado una cantidad considerable de aserrín para hacer que el piso fuera seguro, pero no habían conseguido suficiente aserrín para cubrirlo totalmente. Se sostuvo que ellos habían hecho todo lo que se podía esperar de ellos y por lo tanto, no eran responsables de negligencia. Por supuesto, el accidente no hu-

biera ocurrido si hubieran cerrado la fábrica, pero el costo de semejante decisión, en contraposición con la posibilidad de accidente, era demasiado alto.