

Estándares de diligencia genéricos y específicos: razones para la acción y deberes en conflicto

Generic and Specific Standards of Care: Reasons for Action and Conflicting Duties

Diego M. Papayannis*

Resumen: En este trabajo analizo cómo los estándares de diligencia genéricos y específicos operan conjuntamente para dar lugar a un contexto de interacción libre de riesgos irrazonables. Esto es fundamental para el desarrollo de relaciones sociales pacíficas, productivas y mutuamente beneficiosas. Comienzo explicando los factores que determinan la generalidad y la especificidad de los estándares. Estas propiedades dependen de si son categóricos o hipotéticos, abiertos o cerrados, y de la amplitud de sus dominios de validez territorial, temporal, personal y material. Al tomar nota de estas características, puede comprenderse de mejor manera la ventaja de contar con cada tipo de estándar. Asimismo, presento una concepción de cómo los estándares genéricos y específicos se integran en el razonamiento práctico, en particular a la luz de la posibilidad de que entren en conflicto. Tal como argumentaré, los conflictos entre estándares genéricos y específicos son solo aparentes y no suponen una dificultad práctica especialmente grave para el destinatario de la norma. Finalmente, explico por qué los estándares genéricos que recomiendan hacer algo distinto de lo ordenado por los específicos no socavan la autoridad del derecho, a pesar de que trasladan al agente la carga de deliberar sobre qué precauciones están justificadas en cada caso y requieren ignorar mandatos expresos del legislador.

Abstract: In this paper, I analyze how generic and specific standards of care work together to create a context of interaction free of unreasonable risks. This is essential for the development of peaceful, productive, and mutually beneficial social relationships. I begin by explaining the factors that determine the generality and specificity of standards of care. These properties depend on whether they are categorical or hypothetical, open or closed, and on the scope of their spatial, temporal, personal, and material spheres of validity. By taking note of these features, I can provide a better understanding of the advantages of having each type of standard. I also present a view of how generic and specific standards integrate into practical reasoning, particularly in light of their potential conflicts. As I will argue, conflicts between generic and specific standards are only apparent and do not impose on the addressees a particularly serious practical difficulty. Finally, I explain why the generic standards that recommend doing something different from what is ordered by the specific ones do not undermine the law's authority, despite the fact that they place on the agent the burden of deliberating over which precautions are justified in each case, and despite the fact that they require ignoring explicit commands by the legislator.

Palabras clave: Responsabilidad civil, estándares de diligencia, generalidad, especificidad, conflicto de deberes

Key words: Tort Law, Standards of Care, Generality, Specificity, Conflict of Duties

Fecha de recepción: 23-11-2022

Fecha de aceptación: 2-12-2022

* Profesor Serra Húnter de filosofía del derecho, Investigador de la Cátedra de Cultura Jurídica y Profesor del Máster en derecho de daños, Universidad de Girona. Con apoyo del proyecto "Los errores en la producción y en la aplicación del derecho" (PID2020-114765GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (España). Agradezco los comentarios de Henry M. Reyes Garcés, José Juan Moreso, Jaime Oportus, Lorena Ramírez-Ludeña y Natalia Scavuzzo a un borrador previo de este trabajo.

1. Introducción

El factor de atribución general y supletorio de la responsabilidad civil es la culpa. Quien obra con culpa tiene el deber de reparar los daños que causa. Esta regla, no obstante, resulta inaplicable si no es en combinación con otras reglas que definen cuál es el estándar de conducta que debe observarse para no incurrir en culpa.

Las normas de diligencia que dan contenido al estándar de conducta exigible provienen de todas las áreas del derecho positivo. Así, la infracción de una regulación administrativa o penal que ordena tomar ciertas precauciones es tan relevante para determinar si la parte demandada obró con culpa como el incumplimiento de cualquier otra norma proveniente del derecho civil. Ahora bien, las normas de diligencia no solo están dispersas en el ordenamiento jurídico, sino que son de una naturaleza muy diversa. Muchas normas prescriben diligencias específicas, concretas, detalladas, por lo que ofrecen a los ciudadanos una guía de conducta, en principio, más bien clara y fácilmente observable. Piénsese en el límite de velocidad de 120 km/h en autopistas, o en el deber de información a cargo de las entidades que ofrecen productos financieros. La norma de velocidad máxima indica claramente que no está permitido circular a más de 120 km/h. Por su parte, la norma sobre productos financieros dispone qué información debe brindarse a los clientes, en qué forma y momento. Ninguna de estas normas requiere que el destinatario realice grandes esfuerzos para determinar qué se espera de él.

En contraste con estas, otras normas son mucho más genéricas, normalmente vagas o imprecisas. Esto ocurre con los estándares que la literatura ha identificado con el buen padre de familia¹, el buen hombre de negocios² o, más modernamente y con mayor adecuación a la perspectiva de género, la persona razonable³. Estos estándares remiten a un juicio de razonabilidad. Para conformarse a ellos, el destinatario de la norma debe ejercer su juicio, considerar los distintos factores relevantes, sopesar los pros y los

¹ Véase el Art. 1104 del Código Civil Español: La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento se exigirá la que correspondería a un *buen padre de familia* (énfasis añadido).

² Los artículos 1483(b) y 1674 del Código Civil y Comercial Argentino (2015) se refieren al “buen hombre de negocios” al prescribir la diligencia exigible al agente y al fiduciario, respectivamente.

³ Art. 4:102(1) de los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL). El estándar de conducta exigible es el de una *persona razonable* que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos (énfasis añadido).

contras de cada curso de acción alternativo, todo con miras a determinar qué precauciones están justificadas y, por ende, le son legítimamente exigibles a efectos de no causar daños a otras personas. La guía de conducta que se ofrece al agente en estos casos es mucho más escasa. No obstante, como se verá más adelante, resulta sumamente importante, ya que indica al agente que cumplir mecánicamente con todas las pautas específicas y concretas de diligencia puede ser insuficiente para adecuarse al estándar de comportamiento exigible.

Esta doble técnica de regulación y guía de conducta, que consiste en incluir desde los estándares más amplios y genéricos imaginables hasta las normas más específicas y concretas, plantea una serie de problemas que intentaré analizar aquí. En primer lugar, en la Sección 2, me explayaré sobre la generalidad y la especificidad de los estándares. Intentaré mostrar que los estándares pueden ser genéricos o específicos desde distintos parámetros evaluativos y que, además, cuán genéricos o específicos sean es una cuestión de grados. Tener en cuenta los distintos tipos de estándares genéricos y específicos que pueden emplearse en el derecho nos permitirá apreciar las opciones de regulación a disposición del legislador para luego, en la Sección 3, poner de manifiesto cuáles son las ventajas relativas de cada tipo de estándar. Es decir, ¿por qué, además de guiar la conducta mediante estándares específicos, deberíamos confiar en estándares de razonabilidad, siendo que es esperable que vayan a desatar controversias en su aplicación y hasta desconfianza por parte de los más escépticos en materia de razonamiento práctico? Tal como argumentaré, ambos tipos de estándares se complementan y robustecen recíprocamente. Cuando se los combina de manera apropiada, ofrecen la mejor guía de conducta que puede lograrse a efectos de garantizar la seguridad en nuestras interacciones interpersonales, lo que a nivel agregado permite que las relaciones sociales sean pacíficas, productivas y mutuamente ventajosas⁴.

Por último, en la Sección 4, abordaré cómo se integran los estándares genéricos y específicos en el razonamiento práctico. ¿Qué ocurre cuando un estándar específico ordena una conducta y el genérico, a la luz de las circunstancias del caso, exige hacer algo diferente? ¿Cómo se resuelve este conflicto? Además, ¿no suponen los estándares genéricos de razonabilidad una renuncia del propio derecho a prestar el servicio que se supone debe proporcionar en términos de guía de la conducta? Es decir, el derecho solo puede prestar un servicio si ahorra a los ciudadanos el esfuerzo de deliberar sobre los méritos de cada curso de acción. Sin embargo, los estándares de razonabilidad exigen a los ciudadanos que se involucren en un ejercicio deliberativo para determinar por ellos mismos qué deben hacer. En este sentido, al implementar estándares genéricos de razonabilidad el derecho parece socavar su propia autoridad. Estas preocupaciones, argumentaré, están infundadas. Los estándares genéricos son una implicación necesaria de los límites que la autoridad reconoce en su capacidad de guiar la conducta. Aun

⁴ Véase Papayannis, 2021a, p. 295-296.

así, se verá, la contribución de los estándares genéricos en el razonamiento práctico está lejos de ser trivial.

2. La anatomía de los estándares de diligencia genéricos y específicos

El estándar de comportamiento exigible se construye a partir de las diversas normas que resultan aplicables en las circunstancias del caso. Una dificultad ostensible se relaciona con que las normas aplicables siempre incluyen estándares con distintos grados de generalidad y especificidad. La generalidad y la especificidad puede ser evaluada al menos con tres parámetros diferentes. Un estándar puede ser genérico en tanto no establece una conducta determinada a ser realizada, sino que ordena adoptar precauciones razonables para no dañar a otras personas. Denominaré “abiertos” a estos estándares y, por contraposición, llamaré “cerrados” a los que sí prescriben una conducta concreta, distinta de la mera exhortación a tomar precauciones razonables. En un segundo sentido, los estándares pueden ser genéricos o específicos según sus dominios de validez territorial, temporal, personal y material sean amplios o restringidos. Finalmente, la generalidad de un estándar depende de si está implementado mediante normas categóricas o hipotéticas. Explicaré cada parámetro por separado, pues esto es relevante para comprender cómo funcionan conjuntamente los distintos tipos de estándares y cómo pueden resolverse los potenciales conflictos que enfrenta el agente cuando ellos encomiendan cursos de acción divergentes.

2.1. Estándares abiertos o cerrados

Como acabo de mencionar, los estándares abiertos requieren que el agente adopte las precauciones que fueren razonables a fin de no dañar en el curso de sus actividades. En tanto el estándar no especifique ninguna conducta concreta que el agente deba realizar, más que obrar con prudencia y razonabilidad, su carácter será abierto. Por supuesto, un estándar abierto puede ser más o menos genérico dependiendo del resto de los parámetros que veremos luego.

Además de los estándares abiertos, para identificar el comportamiento exigible, el agente debe tomar en consideración los *estándares cerrados*. Estos estándares requieren del agente una acción determinada. Los he llamado “cerrados” ya que no permiten (ni, por implicación lógica, ordenan) indagar en las razones a favor o en contra de adoptar cierta precaución, tal como lo hacen los estándares abiertos, sino que prescriben la adopción de precauciones concretas, como no superar los 120 km/h en las autopistas o, en los establecimientos de ocio nocturno, disponer de salidas de emergencia convenientemente iluminadas, de ciertas dimensiones y otras características bien precisadas en la normativa reguladora, entre muchos otros ejemplos. Estos estándares pueden provenir de diversas fuentes, como la ley o la jurisprudencia, pero también pueden estar contenidos en códigos deontológicos o en directivas empresariales (Widmer, 2008, p. 122).

Evidentemente, la especificidad de un estándar cerrado es una cuestión de grados, ya que la acción requerida puede estar descrita con mayor o menor detalle. Por ejemplo, el deber de asesorar a los clientes en materia de servicios financieros puede ameritar una regulación más o menos pormenorizada, según el nivel de protección que se pretenda conferir a los beneficiarios de la norma. A título ilustrativo, veamos tres modos de regulación, cada vez más finos. La conducta obligatoria podría describirse como: 1) brindar información sobre los riesgos de cada producto; 2) brindar información de modo claro, imparcial y no engañoso sobre los riesgos de cada producto; 3) brindar información de modo claro, imparcial y no engañoso sobre los riesgos de cada producto, incluyendo a) si el asesoramiento se presta de manera independiente; b) si el asesoramiento se basa en un análisis general o más restringido de los diferentes tipos de instrumentos financieros; y c) si la empresa de servicios de inversión proporcionará al cliente una evaluación periódica de la idoneidad de los instrumentos financieros recomendados para ese cliente⁵. Por supuesto, si la disposición finalizase con “y cualquier otra información relevante”, el legislador estaría combinando en un mismo texto estándares específicos y genéricos.

La distinción entre estándares abiertos y cerrados, tal como aquí la he trazado, guarda similitud con lo que Atienza y Ruiz Manero (1996, pp. 12-13) han denominado “reglas de acción” y “reglas de fin”. Ambos tipos de reglas son razones para la acción perentorias o, en la terminología de Raz, protegidas. Una razón protegida es una razón para actuar del modo en que prescribe la norma, que a la vez cuenta como una razón para no actuar sobre la base de otras razones que recomiendan hacer algo distinto de lo requerido por aquella. Las razones protegidas pretenden desplazar las razones en conflicto de la deliberación del agente. La diferencia entre ambos tipos de regla está en que cuando se trata de una regla de acción, el destinatario de la norma recibe una guía de conducta directa sobre qué acción en concreto debe realizar. En cambio, las reglas de fin delegan en el destinatario la elección de los medios apropiados para alcanzar un fin en particular o, en palabras de Lifante (2020, p. 571) “un estado de cosas valorado positivamente por el sistema normativo de referencia”. En este caso, la responsabilidad por la elección de la acción que mejor se adecúa a lo requerido por la norma recae sobre el destinatario⁶.

⁵ El ejemplo reproduce, con mucha libertad, parte del art. 24 de la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros

⁶ Es importante no asociar automáticamente las reglas de fin con lo que la dogmática civilista denomina “obligaciones de resultado”. Una obligación de resultado se incumple cada vez que el estado de cosas que se ordena alcanzar no se produce. Véase Pizarro y Vallespinos, 2017, pp. 601 y ss. En cambio, las reglas de fin a las que me he referido en el texto, siguiendo a Atienza y Ruiz Manero, solo obligan a perseguir el fin, no a alcanzarlo. Por lo tanto, puede cumplirse con lo prescrito por estas normas, aunque el resultado no se produzca. En la medida en que el agente haya seleccionado los medios idóneos para alcanzar o maximizar el fin determinado por la norma, cumple con su deber. En este sentido, tal vez valga la pena distinguir las reglas de fin

Herbert Hart se refirió a los estándares abiertos como “estándares jurídicos variables” (1994, p. 132-135) y, según observó, su característica principal es que el destinatario de la norma no puede aplicarlos sin realizar juicios caso a caso, lo que implica ejercer su discernimiento en cada oportunidad⁷. La terminología que utilizo es más cercana a la de autores como Hart o Carrió (2011, p. 225), y la razón para emplearla es que creo que la distinción de Atienza y Ruiz Manero entre reglas de acción y reglas de fin puede resultar engañosa. Aunque en un nivel superficial la distinción funciona bien, es didáctica e intuitiva, en realidad no puede sostenerse hasta sus últimas consecuencias. Veamos por qué.

Las normas jurídicas son entidades abstractas que cumplen una función directa o indirecta en la guía de la conducta. Esto es verdad también de las reglas de fin. Va de suyo, en cualquier tipo de norma, las conductas ordenadas pueden ser descritas de modos más abstractos, amplios o genéricos o de modos más concretos, restringidos o específicos. Ahora bien, ¿qué hace que un estándar abierto de diligencia, que requiere tomar precauciones razonables para no dañar a otros, sea una regla de fin? Ciertamente, la respuesta no es que la regla puede ser cumplida con múltiples acciones, ninguna de las cuales está específicamente requerida y, por lo tanto, queda en cabeza del agente la responsabilidad de decidir qué acción concreta realizará. Esto también es así en las reglas de acción. La regla que prohíbe circular a 120 km/h en autopistas puede ser cumplida con infinitas acciones, como conducir a 119,5 km/h, a 119 km/h, a 118 km/h, etcétera, o incluso no conduciendo un automóvil por esa carretera. En este sentido, la acción de conducir a 100 km/h es *un medio* conducente *al fin* de no superar los 120 km/h. La normativa para los locales de ocio nocturno, mencionada más arriba, también puede ser satisfecha con infinidad de acciones diferentes. La elección de esas acciones corresponde al destinatario de la norma y, en ese sentido, la regla de acción no se diferencia de una regla de fin.

La objeción, en definitiva, se apoya en el hecho de que todas las acciones pueden ser descritas de muchas maneras⁸. Cuando se prescribe a una persona la realización de una acción, salvo que se trate de un movimiento corporal básico (como mover un dedo), ella deberá realizar una serie de otras acciones más fundamentales para poder cumplir con la acción ordenada. De esta forma,

en *sentido débil* y en *sentido fuerte*. Las primeras solo imponen deberes de medios: obligan a perseguir o maximizar un fin; las segundas obligan a alcanzar (no meramente perseguir o maximizar) un determinado estado de cosas. Ergo, son de resultado. Los estándares de diligencia son reglas de fin en sentido débil, pues el destinatario de la norma los cumple si adopta precauciones razonables para no dañar a otras personas.

⁷ También Farnsworth (2007, pp. 163-164) traza la distinción de un modo similar. En los estándares específicos (que el autor denomina “reglas”), la consecuencia se activa una vez se verifican los hechos. En los estándares genéricos (que denomina simplemente “estándares”), se requiere previamente una evaluación sobre los hechos relevantes.

⁸ Sobre esto véase Davidson, 1963, p. 695 y ss.

la acción de mirar por el espejo retrovisor derecho requiere girar el cuello ligeramente hacia la derecha y enfocar la vista en el espejo. Asimismo, cuando una persona obra motivada por un fin, normalmente es adecuado describir sus movimientos corporales como un intento de alcanzarlo. Por ello, si Axileas cae desmayado y Xenofonte se acerca a él, le toma el pulso (es decir, coloca sus dedos en su cuello para verificar la presencia de latidos), abre su camisa, luego realiza maniobras de compresión en su pecho, etcétera, podemos describir este conjunto de acciones diciendo que “Axileas está intentando reanimar a Xenofonte”; y esta es la *acción* que realiza, definida por el propósito último de sus movimientos corporales intencionales⁹.

A la vista de esto, detengámonos en el siguiente ejemplo. Supongamos que una norma impone a Axileas el deber de ir a Atenas a dar prueba de su paradero todos los días 1 de mes. ¿Es esta regla de acción o de fin? ¿Hay algo en juego en concebirla de un modo u otro? Atienza y Ruiz Manero (*ibidem*) consideran que sí, en tanto estos tipos de reglas se distinguen por la forma en que guían la conducta. Recuérdese, las reglas de acción simplifican el proceso de decisión porque la instrucción es explícita y sencilla: el agente tiene que realizar la acción requerida en las circunstancias especificadas por la autoridad, es decir, si es 1º de mes, Axileas debe ir a Atenas. Pero la cuestión no es tan sencilla. Para realizar la acción de ir a Atenas, Axileas debe decidir si camina hacia la estación de tren, coge un taxi, va en bicicleta, en autobús, pide a un amigo que lo lleve o considera alguna otra alternativa. Sus problemas no se agudizan en absoluto si consideramos que la regla es de fin. En este caso, también tendría que tomar las mismas decisiones. Resulta que la reconstrucción de la regla como de acción o regla de fin plantea a Axileas los mismos problemas prácticos: debe decidir (y asume la responsabilidad derivada de ello) cómo llegar a Atenas pues solo de ese modo puede realizar la acción de ir a Atenas o, si uno lo prefiere, puede intentar alcanzar el fin de llegar a Atenas. Esto muestra que el esfuerzo deliberativo con que se carga al destinatario de la norma no depende de si la regla es de acción o de fin sino de cuán detallada es la descripción de la conducta requerida.

Este problema se evita en la terminología que sugiero utilizar. Un estándar es abierto cuando remite a un juicio de razonabilidad; en cambio, es cerrado cuando ordena una conducta específica. A la vez, la terminología propuesta refleja lo que es realmente importante en las reglas de acción y de fin: las segundas suelen conceder al agente una discreción y una correlativa responsabilidad mayor sobre las maneras en que cumple con la diligencia exigible (salvo que se trate de estándares cerrados tan vagos que a fin de cuentas ofrezcan escasa guía normativa); asimismo, dadas las características de los estándares cerrados, determinar si estos han sido cumplidos no suele requerir mayor esfuerzo deliberativo. Todas las acciones mencionadas, como conducir a 119,5 km/h, a 119, a 118, etcétera, cumplen de modo manifiesto con

⁹ Para una defensa parcial de la distinción contra el tipo de objeción que he presentado, véase González Lagier (1997, pp. 171 y 174-175).

la prohibición de conducir a más de 120 km/h. En contraste, determinar si una acción es razonable a efectos de evitar un daño a otro suele requerir un esfuerzo deliberativo y argumentativo considerable.

2.2. Dominios de validez amplios o restringidos

Desde otra perspectiva, puede hablarse de la “generalidad” de un estándar de diligencia para referirse a lo que Kelsen (1960, pp. 26-28) llamó los “dominios de validez” de las normas. Estos dominios son el temporal, el espacial, el personal y el material. Los dos primeros dominios, el tiempo y el lugar en que rigen las normas, *suelen* estar determinados por otras normas distintas de los propios estándares de diligencia y habitualmente son comunes a todas las normas del sistema jurídico; es decir, no conciernen solo a los estándares de diligencia. Sin embargo, el contenido de una norma de diligencia podría estar limitado a un período específico. Por ejemplo, una norma podría requerir al fabricante que advierta al usuario de una prótesis cuando se descubre un defecto que pueda poner en peligro su salud, siempre que se encuentre dentro del período anterior al cual se recomienda el reemplazo de la prótesis.

Los dominios personal y material, por su parte, también pueden restringir la generalidad de la norma y habitualmente esto es lo que ocurre. Un estándar de diligencia podría ser aplicable a todas las personas —siendo este el caso de mayor generalidad—, solo a los adultos, únicamente a los médicos o a los funcionarios públicos, etcétera, lo que lo hace en un sentido importante más específico. A la vez, el dominio material de un estándar podría estar limitado a ciertos ámbitos o actividades. Así, un médico no será juzgado con el característico estándar más exigente que rige en su profesión cuando lesiona a un colega en un partido de fútbol o cuando tiene un accidente conduciendo su automóvil. Los estándares de diligencia a los que están sometidos los médicos, naturalmente, están confinados al ejercicio de la medicina y no se extienden al resto de los asuntos que conforman su vida ordinaria.

Ahora puede advertirse que los estándares de diligencia *abiertos* son más o menos genéricos, según su dominio de validez personal y material sea más o menos amplio. Para verlo, compárese la figura de la persona razonable con la del buen médico, el buen pediatra, el buen gastroenterólogo pediátrico, etcétera. Nótese que cada una de estas categorías es más fina que la anterior. De esta forma, pese a que los estándares de diligencia admiten grados de generalidad en otros parámetros, siguen siendo *abiertos* en la medida en que no impongan el deber de tomar ninguna precaución en concreto, es decir, que no ordenen la realización de ninguna acción determinada, sino las que fueran adecuadas o razonables en las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

2.3. Categóricos o hipotéticos

Por último, los estándares de diligencia, tanto los abiertos como los cerrados pueden a su vez ser categóricos o hipotéticos. Según una conocida distinción de von Wright (1963, pp. 74-75) una norma es *categórica* si sus condiciones de aplicación no incluyen ninguna circunstancia distinta de la mera posibilidad de realizar aquello que se exige. Por lo tanto, si una norma obliga a cerrar la ventana, sin más, pues entonces tiene como única condición de aplicación que la ventana esté abierta. Como puede advertirse, en las normas categóricas la condición de aplicación se infiere lógicamente de la conducta requerida. En cambio, una norma es *hipotética* cuando establece como condición de aplicación alguna circunstancia adicional a la oportunidad de realizar lo ordenado. Así, la norma que obliga a cerrar la ventana *cuando llueve* incluye la lluvia como condición de aplicación; y esta condición no puede ser inferida de la propia conducta prescrita (cerrar la ventana).

A la luz de esta clasificación, tenemos que la generalidad y la especificidad de los estándares varía según se trate de una norma categórica o hipotética, abierta o cerrada, con un dominio de validez amplio o restringido. Veamos algunos ejemplos¹⁰:

1. *Norma categórica-abierta de diligencia*: son los estándares con mayor generalidad, pues no establecen ninguna condición de aplicación, ni prescriben la realización de una conducta concreta. Los clásicos ejemplos son el estándar del buen padre de familia, del art. 1104 del Código Civil español, o el más moderno estándar de la persona razonable, del art. 4: 102 (1) de los PETL, ya mencionados en la introducción.
2. *Norma categórica-cerrada de diligencia*: probablemente sean pocas las reglas de este tipo, puesto que sería extraño que una acción determinada resulte exigible cualesquiera sean las circunstancias. Sin embargo, puede darse sentido a estas normas una vez se toma en cuenta que, como se ha mencionado más arriba, los estándares pueden tener validez dentro de un dominio material en concreto, como el ejercicio de la medicina. Un ejemplo podría ser el deber del médico de comunicarse eficazmente con su paciente. Esto incluye expresarse en términos que resulten claros y accesibles para un profano, tanto por escrito como oralmente. No hay aquí una condición de aplicación específica, sino un contexto (el ejercicio profesional) en el cual el médico *siempre* tiene este deber. La condición de aplicación se infiere de la conducta ordenada ya que, si hay algo que

¹⁰ Un mapa completo de la generalidad y la especificidad requiere, como mínimo, tener en cuenta si la norma de diligencia es 1) categórica o hipotética; 2) abierta o cerrada; 3) con dominio de validez territorial amplio o restringido; 4) con dominio de validez temporal amplio o restringido; 5) con dominio de validez personal amplio o restringido; y 6) con dominio de validez material amplio o restringido. Los casos posibles son 64. En el texto me centro en los cuatro que resultan del carácter categórico o hipotético y abierto o cerrado, pues son los más relevantes para los propósitos anunciados en la introducción de este artículo.

- comunicar, entonces debe comunicarse eficazmente, con términos claros y accesibles¹¹.
3. *Norma hipotética-abierta de diligencia*: estas normas tienen condiciones de aplicación, pero la acción no está bien definida de antemano. Un ejemplo podría ser la norma que, en caso de lluvia intensa, ordena al conductor extremar las precauciones, teniendo en cuenta las condiciones de la vía, si es de día o de noche, y cualquier otra circunstancia relevante. La acción que debe realizarse consiste en extremar las precauciones, lo que tiene tal nivel de generalidad que todavía deja en manos del agente un amplio margen de decisión. Sin embargo, estos estándares son muy útiles, ya que reducen la necesidad de deliberación que imponen las normas categóricas-abiertas de diligencia. Ayudan a la toma de decisiones brindando pautas sobre qué debe tener en cuenta el conductor razonable cuando realiza la actividad.
 4. *Norma hipotética-cerrada de diligencia*: estos son los estándares más específicos de todos, ya que establecen condiciones de aplicación concretas y una acción también determinada. Un ejemplo es la norma que obliga a ceder el paso al automóvil que en un cruce se aproxima por la derecha.

En conclusión, la generalidad o especificidad de un estándar de diligencia puede ser juzgada, al menos desde tres parámetros. El primero se refiere a si el estándar es abierto o cerrado, es decir, si remite a un juicio de razonabilidad o exige la realización de una conducta determinada. A la vez, un estándar cerrado será más o menos específico dependiendo del grado en que la conducta prescrita haya sido precisada. Mientras menos precisa sea, menos específico será el estándar. El segundo parámetro es la amplitud de sus dominios de validez. Mientras mayor sea su validez territorial, temporal, personal y material, mayor será la generalidad del estándar. Por último, el tercer parámetro tiene que ver con sus condiciones de aplicación. *Cæteris paribus*, las normas categóricas tienen una generalidad mayor que las hipotéticas.

3. El sentido de contar con estándares genéricos y específicos

En todos los sistemas jurídicos, la responsabilidad civil se vale tanto de estándares genéricos como específicos. Esto no podría ser de otra forma porque optar por una u otra técnica de regulación, de modo exclusivo, conduce a

¹¹ Siendo la diligencia genérica y específica una cuestión de grados, el ejemplo podría resultar poco satisfactorio para algún lector, puesto que la acción descrita es bastante genérica. Pero estas dudas no deben hacernos perder de vista que la distinción se sostiene, pues es posible imaginar otro ejemplo (tal vez menos real) en el cual la conducta requerida sea más específica. Supongamos que, a fin de evitar errores en la transmisión de información relativa a los tratamientos que prescribe, la normativa obliga al médico a escribir todas sus comunicaciones con los pacientes en ordenador, empleando el tipo de letra Times New Roman, cuerpo 12, interlineado doble y márgenes de 2,5 cm. Esta sin duda sería una norma categórica que establece un deber bien especificado.

resultados insatisfactorios. Por el contrario, cuando se combinan de manera adecuada, los estándares genéricos y los específicos se potencian recíprocamente. Para verlo, me centraré en esta sección más que nada en los casos extremos, es decir, las normas categóricas-abiertas y las hipotéticas-cerradas de diligencia.

Los estándares hipotéticos-cerrados suponen una ventaja considerable respecto de los categóricos-abiertos toda vez que ofrecen una guía de conducta fácilmente identificable para sus destinatarios. La estructura del estándar hipotético-cerrado es aproximadamente la siguiente:

“En las circunstancias C, deben tomarse las precauciones ϕ ”.

En cambio, las normas categóricas-abiertas de diligencia no definen ni las circunstancias en que son aplicables, pues aplican siempre, ni tampoco indican qué conducta debe realizarse entre las múltiples opciones disponibles. Esta característica hace que la conformidad con un estándar categórico-abierto sea mucho más exigente para la persona, ya que requiere un sustancial esfuerzo deliberativo. El agente ha de evaluar en las circunstancias en que se encuentra qué precauciones son razonables, atendiendo, entre otros factores, a la importancia del bien jurídico puesto en peligro, la magnitud del riesgo generado, el valor de la actividad y el coste de las medidas de precaución. De ahí que al juzgar si una persona se comportó diligentemente resulte infinitamente menos controvertido hacerlo a la luz de los estándares hipotéticos-cerrados. Como mencioné en el apartado anterior, no parece que, una vez probados los hechos relevantes, determinar si obró con culpa alguien que conducía a 140 km/h, cuando el límite permitido es de 120 km/h, vaya a generar grandes controversias en los aplicadores de derecho; por su parte, juzgar si alguien se comportó, habida cuenta de todo, de manera razonable en las circunstancias es más probable que dé lugar a fuertes discrepancias entre los operadores jurídicos.

Por la misma razón, los estándares hipotéticos-cerrados garantizan en principio una mayor previsibilidad para sus destinatarios. Las personas pueden calcular mejor las consecuencias de sus acciones bajo el imperio de estándares hipotéticos-cerrados que bajo el imperio de estándares categóricos-abiertos. Ello redundaría en una mayor seguridad jurídica¹². Es cierto que el legislador puede

¹² Algunos autores entienden que la seguridad jurídica depende, entre otras cosas, de que el ciudadano sea capaz de calcular las consecuencias de sus acciones. Esto requiere que sea posible conocer las interpretaciones y los patrones argumentativos vigentes en la práctica, pero también anticipar un marco de interpretaciones alternativas a fin de poder prever, en alguna medida, las decisiones judiciales futuras (Ávila, 2016, p. vi). Los estándares abiertos, por su laxitud, podrían comprometer este aspecto de la seguridad jurídica. Sin embargo, como ha señalado Lifante (2020, p. 579), aunque los estándares abiertos incrementan la incertidumbre sobre qué acciones son exigibles, en comparación con un mundo en el cual no existen estándares de este tipo y solo se cuenta con estándares cerrados, se reduce la incertidumbre en relación con el grado de protección que recibirán ciertos bienes jurídicos, como la salud, la integridad física o la vida.

errar en la formulación de los estándares cerrados, por ejemplo, valiéndose de un lenguaje impreciso, de conceptos que adolecen de una gran vaguedad, pero este problema puede ser solucionado en alguna medida con una mejor técnica legislativa. En contraste, los estándares abiertos siempre se valen de nociones valorativas, como los dualismos seguridad / peligrosidad, pericia / impericia, prudencia / imprudencia, cuidadoso / descuidado o razonabilidad / irrazonabilidad, y exigen asignar un valor a los bienes puestos en peligro en comparación con el esfuerzo de tomar precauciones. Todos estos términos tienen un contenido descriptivo que nos permite reconocer aplicaciones obviamente correctas o incorrectas, mas su significado no se agota en ellas. En última instancia, identificar una conducta como irrazonable siempre compromete a realizar un juicio de valor¹³.

En este punto, cabe preguntarse por qué los sistemas jurídicos confían tanto en estándares categóricos-abiertos si los estándares hipotéticos-cerrados aportan mucha más claridad y previsibilidad para los ciudadanos y facilita más la tarea de quienes deben aplicar estas normas. ¿No debería promoverse el abandono de estándares abiertos y una mayor proliferación de estándares cerrados? La respuesta es negativa. Como se sabe, las normas jurídicas son tanto subincluyentes como sobreincluyentes (Schauer, 1991, pp. 89-92). Lo primero significa que la norma no comprende casos que, según su propósito subyacente, deberían estar abarcados. Lo segundo supone lo contrario: que algunos casos que no deberían estar comprendidos sí lo están. Veamos un ejemplo. Imaginemos que una norma prohíbe a los conductores de transporte de pasajeros de larga distancia llevar el vehículo más de 8 horas por día de trabajo. Podemos asumir que uno de los propósitos inmediatos de esta norma es garantizar un tiempo mínimo de descanso al conductor. También parece obvio que el propósito último es incrementar la seguridad vial, reduciendo los riesgos derivados de la extenuación tras el volante. La norma parece razonable, es decir, tiene una justificación plausible. Sin embargo, también prohíbe conducir a un individuo que, por sus capacidades físicas, carácter, edad, experiencia, destrezas y hábitos, después de 8 horas, haciendo las pausas y descansos reglamentarios, todavía se encuentra en perfectas condiciones para conducir 2 horas más. En este sentido, es sobreincluyente: ¿por qué limitar la libertad de acción de una persona si ello no logra ninguna mejora adicional en la seguridad? A la vez, la norma no prohíbe conducir a quienes, por sus condiciones psicofísicas, son incapaces de hacerlo más de 6 horas manteniendo igual atención y diligencia, o a quienes después de conducir sus 8 horas, pasan la noche en una discoteca y apenas duermen 3 horas antes de regresar a la carretera. En este sentido es subincluyente: no prohíbe una conducta que *debería estar prohibida según la razón de ser de la norma*. Podríamos pensar una regulación

Esta ventaja debe ser tomada en cuenta también en términos de seguridad jurídica, pues el respeto de estos derechos ciertamente atañe al Estado de Derecho.

¹³ Los conceptos valorativos a los que me refiero se han popularizado en la literatura con el nombre de “conceptos densos”. Véase Williams, 1985, pp. 140-141.

más precisa para este caso, pero tarde o temprano descubriríamos nuevos problemas de sub y sobreinclusión, con lo cual los estándares más especificados nunca ofrecerán una respuesta del todo satisfactoria.

Así las cosas, los estándares categóricos-abiertos resuelven los problemas de subinclusión, sin generar problemas de sobreinclusión. ¿Cómo resuelven la subinclusión? Disponiendo que, pese a haber cumplido con todos los estándares hipotéticos-cerrados, el agente debe hacer aquello que fuera razonable para evitar el accidente. El conductor que respeta la prohibición de conducir más de 8 horas, pero omite descansar adecuadamente, incumple su deber de diligencia, puesto que está constreñido por el estándar categórico-abierto que le indica que su conducta, aun cuando no infringe ninguna prohibición específica o explícita, puede ser juzgada irrazonable. Por otra parte, ¿cómo es que una pauta tan amplia como la expresada por un estándar de diligencia categórico-abierto no resulta sobreincluyente? Simple: los estándares de diligencia categóricos-abiertos nunca exigirán al agente hacer más que lo razonable a fin de evitar daños a otros¹⁴. Esto es interesante porque muestra que los estándares categóricos-abiertos pueden ser concebidos como la razón subyacente de todos los demás estándares de diligencia. Si nos preguntamos sobre la justificación de cualquier estándar específico, como la prohibición de conducir a más de 120 km/h, el deber de ceder el paso a quien se aproxima por la derecha o el deber del médico de comunicarse con sus pacientes en un lenguaje accesible, la respuesta siempre será que eso es lo razonable a efectos de evitar un accidente.

En definitiva, se requieren estándares categóricos-abiertos para complementar la guía de conducta subóptima de los estándares hipotéticos-cerrados. Estando vigente la exigencia de tomar las precauciones que fueran razonables, ya no es suficiente con ajustarse a las normas hipotéticas-cerradas para superar el test de la diligencia. Los jueces siempre podrán indagar si pese a haber cumplido con todos los reglamentos, había algo más que el demandado podía y debía haber hecho, pues era lo razonable en las circunstancias, a fin de evitar el daño que se produjo.

Veamos, por último, cómo pueden resolverse los conflictos entre los distintos tipos de estándares.

¹⁴ Podría objetarse que los estándares categóricos-abiertos no resuelven realmente los problemas de subinclusión, ya que los desacuerdos que suscita la apelación a la razonabilidad hacen que estos estén gravemente indeterminados. En otro trabajo, he argumentado que los estándares categóricos-abiertos (aunque allí los llamé sencillamente “genéricos”) no están tan indeterminados como usualmente se piensa. Existen un conjunto de convenciones y pre-convenciones que reducen significativamente el esfuerzo deliberativo que debe realizar el agente. El argumento completo puede consultarse en Papayannis, 2021b, pp. 70 y ss.

4. Conflictos entre diversos estándares de diligencia

¿Pueden entrar en conflicto los estándares genéricos y específicos? De ser así, ¿cómo se resuelven? Evidentemente, la respuesta no puede hallarse en todos los casos en los criterios habituales de resolución de antinomias, que incluyen el principio *lex superior, lex specialis* o *lex posterior*. Estos podrían funcionar en algunos casos, como cuando se trata de estándares hipotéticos-cerrados. Supongamos que se produce un incendio en una discoteca y debe juzgarse la diligencia del propietario. Dos normas resultan aplicables: una relativa a los establecimientos abiertos al público general (como bares, restaurantes y cafeterías) y otra a los establecimientos de ocio nocturno. Sus soluciones, no obstante, están parcialmente en conflicto. Aunque pueden plantearse casos muy controvertidos, en principio, parece razonable que en situaciones como esta prevalezca la norma de jerarquía superior, la posterior en el tiempo o la más específica¹⁵. Pero cuando el conflicto se produce entre estándares categóricos-abiertos e hipotéticos cerrados, el problema no es tan sencillo. Si, sobre la base del criterio de especialidad, los estándares hipotéticos-cerrados siempre fuesen dominantes, las ventajas de adoptar estándares categóricos-abiertos se perderían indefectiblemente. Servirían únicamente como una pauta vaga en situaciones no reguladas expresamente. A la vez, tampoco debe darse preferencia siempre a los estándares categóricos-abiertos, porque entonces la tarea legislativa de especificar normas de diligencia quedaría socavada: ya no mandaría el legislador sino el juicio de razonabilidad que los destinatarios de las normas deben realizar, y los jueces controlar, al evaluar su conducta.

En mi opinión, esta manera de plantear las cosas es equivocada, puesto que no refleja correctamente el funcionamiento de los estándares categóricos-abiertos e hipotéticos-cerrados en el razonamiento práctico. La solución no pasa por dar preferencia a uno u otro tipo de estándar porque ambos son necesarios para conformar un contexto de interacción razonablemente seguro y, además, en contra de las apariencias, los diversos estándares conviven pacíficamente y son respetuosos de la autoridad del derecho. Para comprenderlo, debe reflexionarse sobre el sentido último de que el legislador establezca pautas de conducta bien detalladas o que, en cambio, opte por habilitar a los ciudadanos a utilizar su propio juicio en ocasiones.

Las normas específicas prestan un servicio social si guían la conducta, indicando a los destinatarios de las normas qué hacer, cuando 1) saberlo por uno mismo requiere una información imposible de obtener en las circunstancias de persona, tiempo y lugar o 2) el ejercicio deliberativo sobre los méritos de cada curso de acción es probable que resulte demasiado exigente y esté fuera del alcance del ciudadano ordinario. En contraste, cuando la información relevante no está en manos del legislador y la deliberación no excede las

¹⁵ Para un análisis de los posibles conflictos entre estos criterios, véase Rodríguez, 2021, pp. 452 y ss.

posibilidades de los destinatarios de las normas, entonces, el legislador reconoce sus límites y “delega” en cada persona la decisión de qué hacer en esas circunstancias (Raz, 1986, pp. 47-53). La utilización de cláusulas abiertas, como los estándares categóricos-abiertos de diligencia, es racional siempre que sean preferibles los errores en la decisión caso a caso por parte de los agentes antes que los errores derivados de la sub o sobreinclusión de las reglas específicas, como los estándares hipotéticos-cerrados (Schauer, 2009, p. 200).

Desde esta perspectiva, como toda norma, los estándares hipotéticos-cerrados tienen la pretensión de ser obedecidos. En principio, el destinatario de una norma específica de diligencia no debe cuestionar la sensatez de la acción ordenada. Si una norma impone el deber de tomar las precauciones ϕ en las circunstancias C , ella pretende desplazar al menos algunas razones para no hacer ϕ , como que hacerlo es costoso económicamente, o que tomar esas precauciones supone privilegiar los intereses ajenos antes que los propios, por ejemplo. Se espera que el agente haga ϕ con independencia de que crea que ϕ es conveniente. El destinatario de la norma solo respeta la autoridad del derecho si reconoce sus prescripciones como razones independientes de su contenido.

Ahora bien, el mandato genérico de tomar precauciones razonables para evitar un daño a otros no entra necesariamente en conflicto con la norma específica. En efecto, cuando el legislador se pronunció sobre la obligación de hacer ϕ , sería irrazonable desatender, sin más, esa directiva. La persona razonable, ante todo, cumple con sus deberes jurídicos explícitos. Respecto de ϕ , *en principio*, el legislador zanjó la cuestión. Pero, ¿qué ocurre con otras medidas, como ω , que pueden ser razonables para evitar un daño a otra persona? En lo que hace a ω , si el legislador no se pronunció sobre esas medidas, corresponde al ciudadano determinar si están secundadas por razones no derrotadas (es decir, no excluidas por otras razones, como una norma que prohíba ω , y no superadas por otras razones, de cualquier naturaleza, que recomiendan omitir ω). En este sentido, si el juicio de razonabilidad habilitado por el legislador mediante el estándar categórico-abierto recomienda también hacer ω , no hay contradicción entre el estándar hipotético-cerrado y el primero. La persona razonable debe hacer tanto ϕ como ω . Al tomar ambas precauciones, el agente obedece el estándar hipotético-cerrado y el categórico-abierto. Se comporta globalmente como una persona razonable. Los estándares funcionan, así, de manera complementaria. El legislador solo pretende desplazar del razonamiento algunas razones en contra de ϕ , y ordena abrir el balance de razones respecto de otras acciones, como ω , que podrían ser exigibles en las circunstancias. El estándar categórico-abierto obliga al agente a tomar las medidas razonables, y para ello le compele a deliberar. Nótese que la acción ω no está explícitamente ordenada por el legislador. En las circunstancias C , el legislador ordenó hacer ϕ y tomar cualquier otra precaución que fuera razonable. Contingentemente, la acción razonable adicional resulta ser ω . Es

decir, ω es obligatoria bajo la descripción de ser una precaución razonable en las circunstancias C¹⁶.

Veamos un ejemplo para terminar de aclarar el punto. El estándar categórico-abierto muy excepcionalmente serviría para derrotar el límite de velocidad de 120 km/h impuesto por un estándar hipotético-cerrado. Normalmente, sirve para fundamentar el deber de restringir aun más la conducta tomando precauciones adicionales. Así, el concepto de *velocidad excesiva* (aquella que supera el límite permitido) convive en algunos sistemas con el concepto de *velocidad inadecuada*. Por definición, la velocidad inadecuada, aunque se encuentra por debajo del máximo explícitamente permitido, es *irrazonable* dadas las circunstancias del tránsito, el conductor, el vehículo, la vía o su entorno. Es interesante que el juicio del legislador sobre el peligro que entraña conducir a más de 120 km/h no puede ser revisado o cuestionado por el conductor. Excluye un amplísimo rango de razones en contra de superar ese límite. Por tanto, respecto de la acción de conducir a más de 120 km/h la norma decide la cuestión: está prohibido. La autoridad legislativa entiende que no hay prácticamente ninguna consideración derivada de las circunstancias que puedan hacer variar este límite aumentándolo. Pero también entiende que son muchas las circunstancias que podrían hacer que conducir a esa velocidad sea irrazonable en un caso concreto. Por ello, la velocidad adecuada se determina primeramente apelando a estándares hipotéticos-cerrados (la norma de tránsito que prohíbe superar los 120 km/h) y, en segunda instancia, mediante la deliberación ordenada por los estándares de razonabilidad (categóricos-abiertos), que resultan complementarios. Le indican al individuo que mantenerse por debajo de los 120 km/h puede que *no sea suficiente para cumplir su deber de diligencia*, globalmente considerado. La lluvia, nieve o neblina, la congestión del tránsito, el estado de la carretera, del vehículo y su propia condición física son todos factores relevantes que deberá ponderar al momento de decidir la velocidad de circulación.

El supuesto recién analizado es el de la convivencia pacífica, complementaria, de los estándares categóricos-abiertos y los hipotéticos-cerrados. Pero ¿qué ocurre si la precaución ϕ , requerida explícitamente por una norma, y la acción ω , recomendada por un juicio de razonabilidad en las circunstancias, son incompatibles y no pueden ser ejecutadas a la vez? ¿Debería la persona razonable omitir ϕ , lo que implica desobedecer la orden expresa del legislador? En caso afirmativo, ¿no socava esto el sentido de la regulación específica, en tanto el balance de razones del agente, en última instancia, se hace inevitable y, además, prevalece por sobre las instrucciones del legislador? Y, finalmente, ¿no es injusto considerar culpables a los ciudadanos que no se atreven a cuestionar al legislador cuando al final deciden obedecer el estándar hipotético-cerrado en lugar de confiar en su propio juicio de razonabilidad?

¹⁶ Sobre la obligatoriedad de las acciones bajo cierta descripción, véase Shapiro, 2011, pp. 340-344.

Este supuesto creo que es poco probable que se plantee en la realidad. De hecho, no se me ocurren demasiados ejemplos para ilustrarlo, aunque intentaré brindar uno, espero, suficientemente claro. Pese a que se trate de un supuesto infrecuente, las preguntas formuladas son bien interesantes y hay varias cosas para decir al respecto. Una clave para responder todas estas preguntas es determinar si la realización de ϕ en lugar de ω es un error evidente en las circunstancias C. Como advierte Raz (1986, p. 62), el error evidente no debe ser confundido con el error grave. Un error evidente es aquel que es manifiesto, claro, identificable sin deliberar sobre las razones de fondo por las cuales el legislador ordenó hacer ϕ . Imaginemos que recibimos la cuenta en un restaurante. Todos los ítems contemplados, incluidos los impuestos (y en su caso la propina), tienen un valor expresado en números enteros, pero el total incluye un decimal. No es necesario revisar la cuenta para advertir que hay un error en el resultado. La suma de números enteros no puede nunca arrojar un total con decimales. El error es evidente, y puede que no sea grave si el decimal sobrante es un céntimo. A la vez, podría haber un error no evidente, pero grave: un error que solo puede ser detectado repasando la suma y que al final repercute en un 30% del total que correspondería.

Por tanto, si hacer ϕ en lugar de ω es un *error evidente* en las circunstancias C, el agente tiene el deber de hacer ω , aunque ello implique desobedecer, en algún sentido, al legislador. Digo “en algún sentido”, porque bajo la descripción de hacer lo razonable, ω es obligatoria y no ϕ . Esto no socava la autoridad del legislador porque no es el caso que para decidir hacer ω en lugar de ϕ se requiera revisar las razones de fondo que justifican la regla que impone el deber de hacer ϕ . Por último, el agente que no se atreve a cuestionar la norma específica pese a estar frente a un error evidente, en el cual hacer ϕ en lugar de ω es *irrazonable*, debe ser tratado como alguien que no logra, por la causa que sea, estar a la altura del estándar de diligencia exigible. Siendo legítimo, como se admite ampliamente en la literatura, establecer estándares objetivos¹⁷, no es este un problema que debiera preocuparnos en absoluto. Un ejemplo de error evidente, en mi opinión, podría estar dado por la norma que obliga a conducir como mínimo a 60 km/h en autopistas. Supongamos que el conductor es sorprendido por una lluvia intensísima, que hace prácticamente nula la visibilidad. El estándar específico le ordena mantenerse como mínimo a 60 km/h, pero siendo esto absolutamente irrazonable a efectos de no causar un accidente, la norma categórica-abierta requiere reducir la velocidad por debajo de los 60 km/h o incluso llegar a detenerse. Si el agente es incapaz de valorar adecuadamente la situación y al no poder frenar a tiempo colisiona con otro vehículo que había reducido su velocidad, tal como era razonable hacer, pues entonces debe ser considerado negligente.

Por el contrario, si hacer ϕ en lugar de ω en C no es un error evidente, entonces para decidir qué hacer, la persona debería abrir el balance de razones.

¹⁷ Véase Weinrib, 1995, pp. 177-179; y Gardner, 2020, pp. 293-294

Esto implica poner en competencia las razones que apoyan la realización de φ con las que recomiendan omitirla y hacer ω en su lugar. Lo extraño de la situación es que mientras el estándar hipotético-cerrado pretende que el agente no obre según el balance de razones, el estándar categórico-abierto le ordena precisamente lo contrario. Pese a todo, el conflicto es solo aparente. La norma que impone el deber de hacer φ es una razón protegida, en tanto es una razón de primer orden para realizar φ y a la vez una razón para excluir *al menos algunas razones* en conflicto que recomiendan no hacer φ . Esto no implica que toda razón en conflicto con el deber esté excluida. Los deberes específicos excluyen de la deliberación cierto *tipo* de razones, no todas las razones imaginables en conflicto. Si las razones que recomiendan hacer ω son del mismo tipo que las que justifican hacer φ , es decir, están relacionadas con procurar que las acciones del agente no dañen a otros, entonces, difícilmente esas razones puedan estar excluidas de la deliberación. Piénsese nuevamente en las razones por las cuales los conductores tienen el deber de no superar los 120 km/h en autopistas. La razón que justifica esta norma es que limitar la velocidad de ese modo contribuye a que otros no sufran daños como consecuencia de la acción de conducir. Lo mismo puede decirse de cualquier norma de diligencia específica. De esta manera, las razones de *este tipo*, las relacionadas con evitar que otros sufran daños, no solo no están excluidas por el estándar hipotético-cerrado, sino que, como se ha dicho más arriba, forman parte de su justificación. Por ello, al realizar el balance de razones, el agente es respetuoso de la autoridad del legislador, ya que restringe su deliberación al marco establecido por los estándares hipotéticos-cerrados y categóricos-abiertos que regulan su conducta (Raz, 1979, p. 22-24). En sentido estricto, no hay contradicción entre estándares categóricos-abiertos e hipotéticos-específicos porque los primeros se basan en el tipo de razones que los segundos no pretenden excluir.

Tal vez una ilustración de este tipo de situaciones sea el famoso caso del vuelo 1549 de US Airways, en el cual el piloto Chesley Sullenberger logró amerizar un avión Airbus A320 sobre el Río Hudson, salvando a los 155 pasajeros. A poco de despegar, el avión fue impactado por una bandada de gansos canadienses, lo que inutilizó ambos motores. El curso de acción debido según los protocolos era regresar a LaGuardia, desde donde habían despegado dos minutos antes, o intentar llegar a un aeropuerto alternativo. El piloto obtuvo autorización para desviarse al aeropuerto de Teterboro. Sin embargo, luego de confirmar a la torre de control que procedería de ese modo, y tras examinar rápidamente la situación con su copiloto Jeff Skiles, Sullenberger juzgó que seguir el protocolo en las particulares circunstancias en las cuales se encontraba no era lo mejor para minimizar daños. Los análisis posteriores confirmaron que el protocolo para fallas en los dos motores era el mejor curso de acción solo en condiciones de mayor altitud a la del vuelo 1549 en el momento en que se produjo la emergencia. Lo razonable para evitar las peores consecuencias, en este caso, era intentar una acción no prevista en los protocolos e incompatible con ellos, es decir, apartarse del estándar hipotético-cerrado diseñado para una generalidad de situaciones de emergencia.

Todo esto, por cierto, no hace irrelevantes los estándares hipotéticos-cerrados. Estos todavía reducen en alguna medida la deliberación. Es un error pensar que el derecho solo presta un servicio si elimina absolutamente la necesidad de deliberar sobre los méritos del caso. Es suficiente con que desplace la deliberación en alguna medida (Shapiro, 2011, p. 338) y, como hemos visto, los estándares hipotéticos-cerrados hacen una diferencia práctica al excluir del razonamiento del agente un buen número de consideraciones para no tomar las precauciones previstas en la regulación. A su vez, los estándares categóricos-abiertos también hacen una diferencia práctica al requerir un esfuerzo deliberativo adicional incluso cuando se hayan cumplido todos los estándares hipotéticos-cerrados de la actividad.

A diferencia de los casos en que ϕ en lugar de ω es un error evidente, aquí podría parecernos injusto que el agente que cumple con el mandato más explícito del legislador y realiza ϕ , por lo tanto omite ω , sea considerado culpable. La razón detrás de esta intuición es que el ejercicio deliberativo, al no tratarse de un caso fácil, es demasiado exigente. Pese a todo, que la deliberación sea exigente para el agente a lo sumo cuenta como una excusa, pero nunca como una justificación de sus acciones. Entendemos que haya fallado en tomar las medidas que eran razonables a efectos de no dañar a otros dada su limitada capacidad de previsión, reflexión o deliberación. Las excusas, bien sabido es, no derrotan la responsabilidad civil¹⁸. Conviene aclarar que quien no pudo estar a la altura del estándar de conducta exigible en modo alguno exterioriza un defecto de carácter. De hecho, en el supuesto que estamos examinando, tiene una excusa para haberse quedado corto. Pero de todos modos su conducta se aparta del estándar de la persona razonable y, por consiguiente, es culpable. Que el ejercicio deliberativo sea exigente para los destinatarios no significa que sea ilegítimo trasladarles esa carga. Para que sea legítimo el uso de estándares categóricos-abiertos solo se requiere que sea más probable que los ciudadanos en general tomen mejores decisiones, valiéndose de su capacidad deliberativa y contando con información solo accesible en las circunstancias de persona, tiempo y lugar, que las que tomarían obedeciendo ciegamente los mandatos de un legislador que, al diseñar la norma, no dispone de esa información y, por ello, solo puede elaborar pautas específicas con graves problemas de subinclusión.

En definitiva, el funcionamiento de los estándares categóricos-abiertos y los hipotéticos-cerrados impide que ellos puedan entrar en genuino conflicto, aun cuando el destinatario de las normas pueda sentirse pragmáticamente contrariado por la dificultad de determinar qué hacer en el caso. La evaluación de la diligencia siempre es global y los deberes específicos, al igual que las convenciones o costumbres vigentes, tienen un peso inicial muy importante. Este conjunto de normas y prácticas sociales reduce la dificultad de decidir qué hacer en la mayoría de las situaciones, pese a que la persona diligente debe

¹⁸ Véase, entre otros, Gardner, 2007, pp. 82 y ss. y Goldberg, 2015.

estar atenta al propósito final de todas estas pautas: procurar que los demás no sufran daños como consecuencia de la omisión de precauciones que era razonable adoptar.

5. Conclusión

En este breve trabajo, intenté mostrar que los estándares de diligencia pueden ser genéricos o específicos (y en distintos grados) según se considere su carácter categórico o hipotético, abierto o cerrado, y la amplitud de sus dominios de validez territorial, temporal, personal y material. La combinación de estos parámetros permite al legislador encontrar la mejor manera de regulación para las situaciones más diversas.

Asimismo, argumenté que, mediante los estándares genéricos, aunque a veces se piensa que acarrear graves problemas de indeterminación, el legislador puede evitar los problemas de subinclusión de los estándares específicos sin generar nuevos problemas de sobreinclusión. Esta contribución resulta fundamental para mantener un contexto de seguridad y libertad —un nivel de riesgo razonable en nuestras interacciones— que posibilita que las relaciones sociales sean pacíficas, productivas y mutuamente provechosas.

Por último, elaboré un argumento para mostrar que los estándares genéricos no desafían la autoridad del derecho, ni plantean un conflicto práctico a los ciudadanos cuando exigen un curso de acción distinto del ordenado por un estándar específico. Cuando ello ocurre, el ciudadano no se encuentra en condiciones más exigentes que aquellas en las que lo sitúa el mero hecho de que la autoridad decida delegar en él la realización de un juicio razonado para determinar qué curso de acción es mejor en las circunstancias de persona, tiempo y lugar. Así las cosas, la técnica de regulación que combina estándares genéricos y específicos es la más defendible en la responsabilidad civil en sistemas jurídicos liberales.

6. Bibliografía

Atienza M. y Ruiz Manero, J., 1996. *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel.

Ávila, H., 2016. *Certainty in Law*. Schweiz: Springer.

Carrió, G., 2011. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5ta edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot

Davidson, D., 1963. Actions, Reasons, and Causes. *The Journal of Philosophy*, Vol. 60, N° 23, pp. 685-700.

Farnsworth, W., 2007. *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law*. Chicago-London: The University of Chicago Press.

Gardner, J., 2007. *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.

Gardner, J., 2020. *Torts and Other Wrongs*. Oxford: Oxford University Press.

Goldberg, J. C. P., 2015. Inexcusable Wrongs. *California Law Review*, 103 (3), pp. 467-512.

González Lagier, D., 1997. Cómo hacer cosas con acciones (en torno a las normas de acción y las normas de fin). *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 20, pp. 157-175.

Hart, H. L. A., 1994. *The concept of Law*. 2nd edition. Oxford: Clarendon Press.

Kelsen, H., 1960. *Reine Rechtslehre*. Viena: Franz Deuticke Verlag, zweite, vollständig neu bearbeitete, und erweiterte Auflage. Citado por la traducción de Vernengo, R., 1979. *Teoría pura del derecho*. México: Universidad Autónoma de México.

Lifante, I., 2020. Sobre los conceptos jurídicos indeterminados. Las pautas de conducta y diligencia en el derecho. En: García Rubio, M. P. & Moreso, J. J. (dirs.). *Conceptos multidimensionales del derecho*. Madrid: Reus, pp. 565-582.

Papayannis, D. M., 2021a. Responsabilidad civil (concepto). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 294-312.

Papayannis, D. M., 2021b. Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia. *Isonomía*, 55, pp. 61-83.

Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G., 2017. *Tratado de obligaciones*. Tomo 1. Buenos Aires-Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.

Raz, J., 1979. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press.

Raz, J., 1986. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press.

Rodríguez, J. L., 2021. *Teoría analítica del derecho*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Schauer, F., 1991. *Playing by the Rules, A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press. Traducción al castellano de Orunesu, C. y Rodríguez, J. (2004), *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons.

Schauer, F., 2009. *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. Traducción de Schleider, T., 2013. *Pensar como un abogado*. Madrid: Marcial Pons.

Shapiro, S. J., 2011. *Legality*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press. Traducción de Papayannis, D. M. y Ramírez Ludeña, L., 2014. *Legalidad*. Madrid: Marcial Pons.

von Wright, G. H., 1963. *Norm and Action. A Logical Enquiry*. London: Routledge & Kegan.

Weinrib, E., 1995. *The Idea of Private Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Widmer, P., 2008. Estándar de conducta exigible. En: Martín-Casals, M. (coord.), *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil. Texto y comentario*. Navarra: Aranzadi.

Williams, B., 1985. *Ethics and the Limits of Philosophy*. Londres: Routledge.