

Derecho del transporte

La "wilful misconduct" del transportador y su incidencia en el régimen de responsabilidad*

ALESSANDRO ZAMPONE

SUMARIO: Premisa- I. Los comportamientos idóneos para determinar la inaplicabilidad de la limitación de responsabilidad para el transportador, en las diversas formas de transporte- II. El objetivo del carácter insuperable (virtual unbreakability) del límite de responsabilidad del transportador- III. La evolución de la disciplina uniforme en materia de transporte aéreo. El nacimiento de la noción de 'conducta temeraria y consciente'- IV. Análisis de la noción de "conducta temeraria y consciente". Sujetos cuyo comportamiento es relevante para la pérdida de la limitación de responsabilidad del transportador- V. (Sigue) La conducta tenida with the intent to cause (the) damage- VI. (Sigue) El comportamiento seguido "recklessly and with knowledge that (such) loss, damage or delay would probably result"- VII. La comprobación del recklessness en la noción de conducta temeraria y consciente: la indisolubilidad frente al elemento de la consciencia de la probable ocurrencia del daño- VIII. El elemento psicológico característico- IX. La naturaleza de la conducta temeraria y consciente: la nueva área de la semi-intencionalidad- X. La difícil colocación de la conducta temeraria y consciente en el ámbito de las categorías tradicionales de la culpa. XI. Los conceptos penales de dolo eventual y culpa con previsión- XII. Conducta temeraria y consciente, y culpa con previsión- XIII. Conducta temeraria y consciente, y dolo eventual- Conclusiones.

PREMISA

Entre las múltiples pruebas que podemos aportar actualmente sobre la efectiva existencia y vitalidad de un sistema normativo con una unidad precisa y definible como "derecho del transporte", no hay duda que la más evidente es la figura de la limitación de responsabilidad del transportador. Igualmente, no hay duda de que si existe una parte de esta disciplina en la que específicamente se llevó a cabo (como ocurre frecuentemente) no una simple extensión de principios e instituciones propios del transporte marítimo a las demás formas de transporte, sino una au-

* Traducción del italiano de PAOLA SPADA.

téntica ósmosis de fórmulas normativas de uno a otro sector del transporte, ésta es la disciplina relativa a la pérdida del beneficio de la limitación de responsabilidad del transportador.

En el ámbito del derecho positivo ya es un principio generalmente reconocido que la eventual limitación de la obligación indemnizatoria, sea ella legal o contractual, mengüe no solamente en presencia de un comportamiento doloso del deudor, sino también en presencia de una culpa que, en el ámbito de la responsabilidad contractual, fue identificada con la culpa grave. Numerosas normas parecen aceptar el "principio general, conforme a la tradición jurídica europea, que no admite que el deudor se valga de las limitaciones legales o convencionales de responsabilidad cuando el incumplimiento se debe a dolo o culpa grave".

La reglamentación del transporte internacional, al inspirarse en el derecho común de la responsabilidad contractual, ilustra perfectamente esta tendencia general. A pesar de que la responsabilidad del transportador generalmente está limitada dentro de valores monetarios preestablecidos, la prueba de una conducta dolosa o gravemente culposa obliga al transportador a una reparación integral del daño. De hecho, la intervención en la ejecución de la obligación contractual del elemento subjetivo del ilícito civil, caracterizado por el dolo o la culpa calificada con un intenso grado de gravedad, hace que el supuesto de hecho se presente de manera esencialmente análoga a la hipótesis de responsabilidad por hecho ilícito extracontractual, con la consiguiente aplicación de las reglas propias de ella, relativas a la carga de la prueba, la identificación del elemento subjetivo y, sobre todo, del resarcimiento integral del daño, incluso el imprevisible.

Empero, ¿cuál es el grado de gravedad de ilícito, susceptible de superar los límites imperativamente previstos por las disposiciones uniformes en la materia?

La respuesta a esta pregunta es un aspecto que necesariamente debe ser tratado de manera unitaria. En este ámbito, las diversas disposiciones de derecho material uniforme relativas a los varios tipos de transporte permiten configurar, mediante la reproducción de soluciones normativas similares o idénticas, un auténtico sistema inspirado en principios interpretativos comunes. La investigación sobre los comportamientos considerados idóneos para determinar la no aplicación al transportador del beneficio de la limitación de la responsabilidad, con base en las disciplinas relativas a las diversas formas y modalidades de transporte, confirma la tendencia a concebir los aspectos jurídicos concernientes al fenómeno del transporte de manera unitaria.

Particularmente, la problemática conexas con la hipótesis de inaplicabilidad del límite indemnizatorio, ante un comportamiento del transportador calificado de ilícito, está inspirada en principios y figuras que se extienden de un extremo al otro de la materia. En consecuencia, el legislador internacional trató de dar vida a una noción de conducta indebida común, capaz de asegurar el mayor grado posible de uniformidad al aplicar la disciplina, superando las particularidades nacionales.

I. LOS COMPORTAMIENTOS IDÓNEOS PARA DETERMINAR LA INAPLICABILIDAD DE LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD PARA EL TRANSPORTADOR, EN LAS DIVERSAS FORMAS DE TRANSPORTE

Sin ninguna pretensión de exhaustividad, podemos decir que las disposiciones relativas a las hipótesis de inaplicabilidad de la limitación, pertenecientes a cada disciplina normativa específica, pueden ser reconducidas a algunas categorías generales. De hecho, debemos recordar que un número limitado de textos normativos en tema de responsabilidad del transportador nada prevén respecto de la hipótesis de pérdida del beneficio de la limitación de su deuda para el transportador. No encontramos ninguna disposición a este respecto en el artículo IV.5 de la Convención de Bruselas del 25 de agosto de 1924 (en el texto original), en materia de póliza de carga; tampoco en el artículo 25 de la Convención de Varsovia, en su texto modificado por el Protocolo de Guatemala del 8 de marzo de 1971 para el tema del transporte aéreo de personas y por el Protocolo de Montreal n.º 4, del 25 de septiembre de 1975, para el tema del transporte aéreo de mercaderías.

Más allá de estas disposiciones normativas específicas, el análisis de los diversos sistemas en materia de responsabilidad del transportador nos lleva a poner de manifiesto, en lo concerniente a la pérdida de la limitación, la adopción de los siguientes criterios:

a. Existen eventos en los que expresamente se prevé para el transportador el decaimiento del beneficio del límite de la responsabilidad determinada por dolo o culpa grave (propia o de sus empleados o agentes): artículos 943 y 952 C. de Navegación italiano en materia de transporte aéreo; artículos 42 CIV y 44 CIM adoptadas en la Convención sobre Transporte Internacional Ferroviario (COTIF), en la versión estipulada en Berna el 9 de mayo de 1980; art. 7.º del Decreto Ley 82 del 29 de marzo de 1993, convertido en la Ley 162 de 1993, en materia de transporte terrestre de carga.

b. El artículo 25 del texto original de la Convención de Varsovia de 1929 y el artículo 29 de la Convención de Bruselas del 19 de mayo de 1956, sobre contrato de transporte terrestre internacional de carga (CMR), establecen que el transportador pierde el beneficio del límite de responsabilidad en el evento de dolo o de una culpa que, según la legislación del tribunal de la causa, pueda compararse al dolo (art. 25 Convención de Varsovia de 1929: *le transporteur n'aura pas le droit de se prévaloir des dispositions de la présente Convention qui excluent ou limitent sa responsabilité, si le dommage provient de son dol ou d'une faute qui, d'après la loi du tribunal saisi, est considérée comme équivalente au dol*)¹.

1 "El transportador no tendrá el derecho de valerse de las disposiciones de la presente Convención que excluyen o limitan su responsabilidad, en el evento que el daño se origine por su dolo o por una falla que, de conformidad con la legislación del tribunal de la causa, es considerada como equivalente al dolo" (nota del trad.).

c. Luego existe un numeroso grupo de disposiciones que prevén la pérdida del beneficio del límite de responsabilidad tanto para el caso de una acción ejecutada con la intención de provocar un daño como para el caso de una conducta que podríamos definir "temeraria y consciente"; esta última definición no es otra cosa que una paráfrasis de la compleja descripción de la actitud psicológica del agente contenida en las disposiciones individuales que, de tal manera, renuncian a remitir a abstracciones conceptuales. En el intento de trazar con exactitud los requisitos de la actitud indebida del transportador, a la cual asignar los mismos efectos de la acción efectuada con la intención de acarrear un daño (*act u omisión [...] fait [...] avec la intention de provoquer un dommage*²), el derecho aeronáutico sin duda dio una orientación precisa que luego fue aceptada por casi la totalidad de la disciplina del transporte internacional, al identificar y formular la noción de *act ó omisión [...] fait [...] témérement et avec la conscience qu'un dommage en résultera probablement*³.

Esta fórmula fue enunciada por primera vez en el artículo XIII del Protocolo de La Haya de 1955, mediante el cual se modificó el texto original del artículo 25 de la Convención de Varsovia de 1929 sobre transporte aéreo internacional. Posteriormente, el mismo criterio fue adoptado, en materia de transporte marítimo internacional de carga, por el artículo 2.º del Protocolo de Bruselas de 1968 (que modificó el art. IV.5 de la Convención de Bruselas de 1924 sobre póliza de carga) y por el artículo 8.º de la Convención de Hamburgo de 1978; en materia de transporte marítimo de personas, por el artículo 13 de la Convención de Atenas de 1974; en materia de transporte multimodal, por el artículo 21 de la Convención de Ginebra de 1980; en tema de transporte ferroviario, por los artículos 40 (Apéndice CIM), 42 y 55 (Apéndice CIV) de la Convención sobre el Transporte Internacional Ferroviario (COTIF), modificada en Berna el 17-21 de diciembre de 1990; y finalmente en materia de responsabilidad del operador del terminal, por el artículo 8.º de la Convención de Viena de 1991. Además, nos parece oportuno recordar que, en el ámbito extracontractual, la noción de conducta temeraria y consciente fue adoptada por el artículo 4.º de la Convención de Londres del 19 de noviembre de 1976 sobre limitación de los créditos marítimos, por la Convención de Londres de 1996 HNS y por el artículo V.2 de la Convención de Bruselas del 29 de noviembre de 1969, sobre la responsabilidad civil por daños causados por contaminación con hidrocarburos (CLC), enmendado por el artículo 6.2 del Protocolo del 27 de noviembre de 1992.

2 "Acto u omisión [...] realizado [...] con la intención de acarrear un daño" (nota del trad.).

3 "Acto u omisión [...] realizado [...] temerariamente y con la consciencia de que un daño probablemente resultaría de ello" (nota del trad.).

II. EL OBJETIVO DEL CARÁCTER INSUPERABLE ("VIRTUAL UNBREAKABILITY") DEL LÍMITE DE RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR

No podemos llevar a cabo aquí un exhaustivo análisis de la profunda evolución que se ha presentado a nivel normativo; en todo caso, parece posible afirmar que la fórmula clave, que parece sintetizar mejor que cualquier otra la finalidad perseguida por los redactores de los textos de derecho uniforme y que encontramos innumerables veces en la obra de los comentaristas de dichos textos, es la *virtual unbreakability* del límite de responsabilidad del transportador. De hecho, es perfectamente evidente que, ante la intolerancia que una parte de la jurisprudencia demostró, como veremos a continuación, hacia lo que tal vez fue considerado una figura fuente de consecuencias particularmente inicuas, el esfuerzo constante de los redactores de los diversos textos de derecho uniforme se orientó hacia la predisposición de una fórmula normativa idónea para configurar un límite esencialmente insuperable, o por lo menos superable en eventos absolutamente excepcionales. Sin embargo, tendremos manera de observar que este intento demostró ser ampliamente vano.

En la óptica considerada, la formulación que aparentemente presenta las máximas "garantías de rigidez" es, paradójicamente, la del texto más antiguo. En efectos, observamos que el parágrafo 5 artículo IV de la Convención de Bruselas de 1924 sobre póliza de carga establece que *le transporteur comme le navire ne seront tenus en aucun cas responsables [...] pour une somme dépassant 100 livres sterling par colis ou unité*⁴. A pesar de que el dictado normativo aparentemente no deja ningún espacio a hipótesis de responsabilidad del transportador marítimo por sumas excedentes a las calculadas con base en el criterio de limitación previsto por la normatividad de derecho uniforme (*en tout cas*), los intérpretes muy pronto resaltaron la posibilidad de configurar hipótesis en las que el límite mismo no encuentra aplicación.

A este propósito debemos recordar ante todo la postura de la jurisprudencia anglosajona. De hecho, al recordar la teoría de la *deviation* y *quasi deviation*, ella consideró que en ciertos casos determinados las consecuencias que el *common law* tradicionalmente liga a la configuración de un *fundamental breach of the contract* podían hacerse recaer sobre el transportador marítimo. Como hipótesis de *deviation* o *quasi deviation* fueron identificadas, en el ámbito del transporte marítimo de carga, la desviación geográfica o la carga sobre cubierta no autorizada (TETLEY). Para estos casos, puesto que se da un comportamiento que se ubica por fuera y en oposición al contenido del acuerdo contractual, el transportador de alguna manera niega la existencia del mismo o, en todo caso, se sitúa por fuera de dicho contexto. Por consiguiente, no puede valerse de las defensas y los beneficios que el ordenamiento reconoce para las actividades conexas con el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de transporte.

4 "En ningún caso, el transportador y la embarcación serán considerados responsables [...] por una suma superior a las 100 libras esterlinas por bulto o unidad" (nota del trad.).

Una orientación de alguna manera análoga, aunque sea con menor frecuencia y sobre todo limitadamente a un horizonte temporal preciso (y lejano), la encontramos en la jurisprudencia italiana sobre aplicación del artículo 423 C. de Navegación.

Las razones que están en la base de las orientaciones jurisprudenciales indicadas fueron puntualmente aclaradas por los intérpretes. Así, CARBONE puso de manifiesto que la posición de la jurisprudencia anglosajona, propensa a configurar un *fundamental breach of the contract* en el evento de *deviation* y *quasi deviation*, encuentra su propia explicación en el mismo texto original de la Convención de Bruselas de 1924 sobre póliza de carga. En efecto, esta disciplina de derecho uniforme, así como las anteriores Reglas de La Haya, se modula sobre las fórmulas de las cláusulas de exoneración que los transportadores solían incluir en las pólizas de carga, convenientemente adaptadas en relación con el contenido del compromiso asumido con ocasión de la conferencia diplomática de 1924. Por ende, no debe sorprender el que los jueces anglosajones hayan insistido en la aplicación de la teoría de la *deviation* (elaborada a comienzos del siglo pasado), que en los ordenamientos de *common law* había sido concebida justamente con el fin de limitar el efecto perjudicial para la posición de los interesados en la carga de dichas fórmulas contractuales.

A este propósito, un elemento de carácter textual idóneo como soporte para la aplicación de la figura del *fundamental breach of the contract* ante graves violaciones de las obligaciones que contrae el transportador por la celebración de un contrato de transporte marítimo, se encontró en el párrafo 4 artículo IV de la misma Convención de Bruselas de 1924. Esta disposición de hecho establece expresamente que cuando el transportador lleva a cabo una desviación cuyo fin es la salvaguarda de vidas humanas o en todo caso razonable, ello *ne sera considéré comme une infraction à la présente Convention ou au contrat de transport*⁵. A partir de esta previsión, se consideró que, viceversa, una *deviation* no razonable, hipótesis a la que debemos asimilar los casos de *quasi deviation*, debe ser calificada no solamente como una violación de la normatividad uniforme, sino también como un comportamiento que no puede ser enmarcado en el contexto del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de transporte. Por consiguiente, el transportador no podría valerse de los beneficios previstos por la disciplina relativa a la relación que nace con la celebración de un contrato de transporte (TITLEY).

La situación de incertidumbre cada vez mayor que se determinó, sobre todo en los ordenamientos de *common law*, respecto de la posibilidad efectiva para el transportador marítimo de beneficiarse de la limitación de la responsabilidad que le reconocía la normatividad de derecho uniforme, generó una profunda aprehensión en el ambiente de los agentes marítimos. Ante las mencionadas demostraciones de

5 "No será considerada como una infracción a la presente Convención o al contrato de transporte" (nota del trad.).

intolerancia por parte de la magistratura frente a la figura de la limitación de la responsabilidad del transportador, los gobiernos de los Estados más sensibles a las necesidades de los operadores del transporte marítimo promovieron una solución al problema, a nivel normativo. Así, se llegó a la integración de las disposiciones de la Convención de Bruselas de 1924 sobre la materia, las cuales, aun cuando explícitamente establecían la posibilidad de superar los límites a la responsabilidad que ella misma contemplaba, restringía drásticamente dicha posibilidad, imponiendo unas fronteras precisas y rigurosas al respecto. De esta manera, con el artículo 2 del Protocolo de 1968, mediante el cual se modificó el texto del párrafo 5 artículo IV de la Convención de 1924, se introdujo, como expreso límite a la posibilidad para el transportador marítimo de beneficiarse de la limitación de la responsabilidad, la prueba que el perjuicio fuese determinado por un comportamiento, incluso omisivo, del mismo, cumplido *soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit téméairement avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement*.

III. LA EVOLUCIÓN DE LA DISCIPLINA UNIFORME EN MATERIA DE TRANSPORTE AÉREO. EL NACIMIENTO DE LA NOCIÓN DE "CONDUCTA TEMERARIA Y CONSCIENTE"

La fórmula contenida en el literal e párrafo 5 artículo IV de la Convención de Bruselas de 1924, modificada por el Protocolo de 1968 (las llamadas Reglas de La Haya-Visby), esencialmente parece ser la recepción en el ámbito del transporte marítimo de carga de la solución normativa ya adoptada, en relación con la problemática examinada, en el sector del transporte aéreo. Particularmente, dicha fórmula claramente es la propuesta, con variaciones muy limitadas pero no de secundaria importancia, del dictado del artículo XIII del Protocolo de La Haya de 1955, que modificó el artículo 25 de la Convención de Varsovia de 1929.

Es interesante observar, en primer lugar, cómo también la modificación introducida con el Protocolo de La Haya de 1955 en materia de supuestos para la pérdida del beneficio de la limitación de responsabilidad para el transportador había sido concebida en función de las mismas necesidades de garantizar la certeza de la posición del transportador que, en el ámbito del transporte marítimo, era el fundamento de la previsión contenida en el artículo 2.º del Protocolo de Bruselas de 1968.

De hecho, recordemos que la fórmula original del artículo 25 de la Convención de Varsovia de 1929, según la cual "le transporteur n'aura pas le droit de se prévaloir des dispositions de la présente Convention qui excluent ou limitent sa responsabilité, si le dommage provient de son dol ou d'une faute qui d'après la loi du tribunal saisi, est considérée comme équivalente ou [sic] dol"⁶, había dado lugar a graves dudas interpretativas. Un elemento de carácter textual ciertamente

6 Cfr. nota 2.

no apto para beneficiar la uniformidad interpretativa fue identificado, ante todo, en una evidente discordancia entre el texto de la norma en idioma francés (el único original) y el texto en idioma inglés. En efecto, la expresión *dol* fue traducida al inglés con la fórmula *wilful misconduct*, expresión seguramente no correspondiente a la noción de dolo. Aparte lo dicho, es oportuno recordar que muchos jueces, sobre todo en los ordenamientos de *civil law*, pero también en los de *common law*, se inclinaban a equiparar, para efectos de la aplicación de la norma en cuestión, el comportamiento gravemente culposo al doloso. Por tanto, no sorprende que al momento de redactar el Protocolo de La Haya de 1955, simultáneamente a la previsión del doble de los límites anteriores de responsabilidad, haya sido introducida una fórmula en materia de pérdida del beneficio del límite por parte del transportador, la cual, en el entendimiento de sus creadores, debía transformar dicho límite en *virtually unbreakable*. De hecho, para la definición de los términos a utilizarse para expresar la conducta indebida que habría provocado la pérdida del beneficio del límite de conformidad con el artículo XIII el Protocolo de La Haya, se tuvo presente el criterio de comprobación restrictiva y subjetiva de la noción de *wilful misconduct*.

IV. ANÁLISIS DE LA NOCIÓN DE "CONDUCTA TEMERARIA Y CONSCIENTE". SUJETOS CUYO COMPORTAMIENTO ES RELEVANTE PARA LA PÉRDIDA DE LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR

Como vimos, el punto de llegada de la evolución de la disciplina uniforme, en relación con la temática en examen, en el campo del transporte marítimo y aéreo además del multimodal, y de la responsabilidad del operador del terminal, es, en términos casi idénticos, la fórmula enunciada por primera vez por el artículo XIII del Protocolo de La Haya de 1955, que definía un tipo de comportamiento que generalmente se recuerda de manera sintética con la locución "conducta temeraria y consciente". Por tanto, nos parece oportuno mencionar brevemente algunos problemas de interpretación que la misma determinó para su aplicación.

Un primer orden de problemas surgió en relación con la individualización de las categorías de sujetos cuyo comportamiento debe ser tomado en consideración con el fin de evaluar la eventual pérdida del beneficio del límite de responsabilidad para el transportador. Debemos poner de manifiesto que, justamente en relación con este aspecto, se halla una de las rarísimas discordancias en el plano del dictado normativo entre los textos de las diversas convenciones de derecho uniforme que adoptaron la figura de la conducta temeraria y consciente (CTC). Nótese que mientras el Protocolo de La Haya de 1955 y la Convención de Viena de 1991 sobre responsabilidad del *terminal operator* expresamente atribuyen relevancia al comportamiento del transportador (*carrier*) y de sus empleados o agentes (*servants or agents*), todos los textos de derecho uniforme inherentes al sector marítimo (Reglas de La Haya-Visby, Convención de Atenas de 1974, Convención

de Londres de 1976 y Convención de Hamburgo de 1978), así como la Convención de Ginebra de 1980 sobre transporte multimodal, se refieren exclusivamente a la conducta del *carrier*. De conformidad con la disciplina de los textos de derecho uniforme apenas mencionados, en el evento que su comportamiento pueda ser calificado de CTC y para el caso de una acción de responsabilidad iniciada contra ellos, los empleados y agentes del transportador pierden la posibilidad de hacer valer la limitación de la responsabilidad que se les reconoce. Sin embargo, su comportamiento no se refleja sobre la posición del transportador y no determina, en particular, la pérdida del beneficio de la limitación de su propia responsabilidad, para éste último.

La que acabamos de indicar, a primera vista pareciera una diferencia de mucho peso. De manera significativa, ella fue recientemente resaltada en una de las raras sentencias en las que encontró aplicación la disciplina contenida en la Convención de Atenas de 1974 en materia de transporte marítimo de personas (QBD, *Granville Coaches vs. P. & O. Ferriers, "The Lion"*).

Sin embargo, con el fin de evaluar cuál podrá ser la posición futura de la jurisprudencia –sobre todo la anglosajona– a este respecto, nos parece oportuno tener presente la posición asumida por la misma en la aplicación de los principios que reglamentan la limitación de responsabilidad del armador y la pérdida de dicha limitación. Cuando se trata de individualizar, para estos fines, los sujetos cuyo comportamiento puede ser relevante para la configuración de una *actual fault or privity* del *owner* en presencia de una embarcación de propiedad de una sociedad, a menudo los jueces han preferido atribuir un alcance extremadamente amplio a la noción de *alter ego* de la sociedad armadora. De esta manera, se consideraron atribuibles al *owner* las conductas de los funcionarios de la sociedad propietaria de la embarcación que no habían vigilado diligentemente los trabajos de reparación de la embarcación (*Federazione consorzi agrari vs. Mandask comp. naviera*), mientras que para el caso de una colisión determinada por el mal uso del radar, acompañado por navegación a velocidad excesiva en condiciones de niebla, se configuró la culpa personal del armador, por omisión en la formación y calificación profesional del comandante y de la tripulación (*The Lady Gwendolen*). Igualmente, se reconoció la culpa personal del *owner* que no proporciona cartas náuticas actualizadas (*The Norman*), o que, aun proporcionándolas, no retira las viejas, que el comandante sigue utilizando de manera errónea (*The Marion*). E incluso, se estableció la culpa personal del *owner* cuando éste, aun dando instrucciones escritas a los comandantes de sus embarcaciones mediante circular, respecto de las precauciones que deben ser adoptadas en caso de atraque en un terminal con características determinadas, no las había expresamente reclamado con ocasión de un atraque específico (*The Anonity*).

Las decisiones aquí mencionadas ponen de manifiesto la extrema facilidad con la que, a partir de un comportamiento gravemente negligente del comandante de la embarcación o su tripulación, la jurisprudencia llegó a configurar una culpa

personal (*actual fault or privity*) del sujeto contratante. A estas alturas, no parece descabellado proyectar la posibilidad que una posición análoga pueda ser adoptada al momento de aplicar las fórmulas que —como vimos— se hallan en diversos textos de derecho uniforme en el campo del transporte marítimo, que hacen énfasis sólo en el comportamiento “personal” del *carrier*, aparentemente sin dar relevancia al comportamiento de sus empleados y agentes para fines de la pérdida del beneficio de la limitación de responsabilidad.

V. (SIGUE) LA CONDUCTA TENIDA “WITH THE INTENT TO CAUSE (THE) DAMAGE”

Ahora bien, para examinar literalmente la fórmula con la que, en los textos más recientes de derecho uniforme, se describió un comportamiento idóneo para que el transportador pierda la posibilidad de invocar la limitación de su propia responsabilidad, debemos partir del análisis del alcance de la primera parte de la norma, que se refiere al comportamiento tenido *with the intent to cause damage*.

Ante todo, parece evidente el intento de restringir de manera muy rigurosa el ámbito de aplicabilidad de la disposición que inspiró a los redactores de la fórmula introducida por primera vez con el Protocolo de La Haya de 1955. Lo anterior se deduce también de la comparación con el texto original de la Convención de Varsovia, en la que se hacía una referencia general al comportamiento de carácter doloso. La fórmula contenida en el Protocolo de 1955, en efecto, parece recordar una posición subjetiva mucho más específica que aquella genéricamente atribuida a las nociones de *dol* o *wilful misconduct*, como se da en el texto francés original y en la traducción al inglés del artículo 25 de la Convención de Varsovia. Por el contrario, parece reclamar un comportamiento identificable como “dolo específico de daño”, con base en la diferencia que propone la Corte de Casación en la mencionada sentencia 2463 del 27 de abril de 1984.

Los intérpretes pusieron de manifiesto cómo, aparentemente, esta parte de la norma está destinada a no encontrar aplicación casi en ningún caso. De hecho, en la práctica, la finalidad del comportamiento antijurídico del transportador nunca es acarrear un perjuicio al interesado en la carga, sino obtener del envío un mayor (e ilícito) beneficio para él mismo.

No obstante, debemos señalar que al interpretar la normatividad nacional con la cual se acogió el Protocolo de Bruselas de 1968, cuyo texto en idioma francés utiliza la locución *dol*, la Corte de Casación francesa en múltiples ocasiones ha considerado que en esta noción cabe el incumplimiento voluntario de las obligaciones contractuales (BONASSIES; cfr. también *Cour de cassation de Belgique*, 2 de diciembre de 1983). La misma aproximación parece haber adoptado aquella parte de la doctrina que se ha inclinado a catalogar entre los comportamientos seguidos *with the intent to cause damage* cualquier hipótesis de incumplimiento voluntario de las obligaciones contractuales (el llamado dolo contractual genérico) (CARBONE).

Bajo la óptica literal, además de la diferencia recién mencionada, debemos señalar otra diferencia entre los textos del artículo XIII del Protocolo de La Haya de 1955 y el literal a parágrafo 5 artículo IV de las Reglas de La Haya-Visby, por una parte; y por la otra, las fórmulas mediante las cuales, en las convenciones de derecho uniforme más recientes en materia de transporte, fue descrito el comportamiento que determina la pérdida para el transportador de la limitación de la responsabilidad. De hecho, mientras el Protocolo de La Haya de 1955 y el Protocolo de Bruselas de 1968 se refieren al comportamiento seguido con la intención, en términos generales, *to cause damage*, el texto de las convenciones más recientes (Convención de Atenas de 1974; Convención de Londres de 1976; Convención de Hamburgo de 1978; Convención de Ginebra de 1980) requiere que dicho comportamiento haya sido adoptado con el ánimo, específicamente, *to cause such damage*. La diferencia indicada en el plano de la descripción de la relación entre estado subjetivo del transportador y daño se encuentra también en relación con la tipología de comportamiento descrita en la segunda parte de las fórmulas convencionales, a las que nos referiremos luego.

El dictado diferente de las normas contenidas en los textos más recientes parece evidenciar, una vez más, la intención de sus redactores de elaborar fórmulas destinadas a tornar en cada vez más dificultosa para los interesados la prueba de la existencia de los supuestos para la inaplicabilidad de la limitación de la responsabilidad del transportador. De hecho, si bien en el marco de los protocolos de La Haya de 1955 y de Bruselas de 1968 parece suficiente la existencia de un nexo entre el estado subjetivo del transportador y la ocurrencia, en términos genéricos, de un daño para los interesados en el transporte, en el contexto de las convenciones más recientes parece necesario que dicho daño sea atribuible a la tipología de daño peculiar que efectivamente se podía causar.

VI. (SIGUE) EL COMPORTAMIENTO SEGUIDO "RECKLESSLY AND WITH KNOWLEDGE THAT (SUCH) LOSS, DAMAGE OR DELAY WOULD PROBABLY RESULT"⁷

La segunda parte de la fórmula con la que se describe el comportamiento generalmente conocido como CTC (*recklessly and with knowledge that (such) loss, damage or delay would probably result*) sin duda es la que dio lugar a las mayores controversias de interpretación.

La investigación debe ser conducida realizando primero el análisis descompuesto de cada elemento constitutivo, para luego apreciar su esencial unidad que, además, emerge de la simple lectura de la formulación.

En efecto, cada elemento conserva su propia individualidad y éstos se componen en la unidad sistemática de la figura, que, de acuerdo con la concepción

7 "Temerariamente y con el conocimiento que (tal) pérdida, daño o retraso probablemente resultaría de ello" (nota del trad.).

de RUBINO, deben entenderse como conjunto de todos los elementos necesarios para la generación de un efecto.

Respecto del elemento de la temeridad es necesario analizar la concepción anglosajona de *recklessness* para poner de manifiesto que no existe una noción unívoca e inequívoca de éste. De hecho, el concepto esencialmente es inclasificable, su significado debe ser verificado en cada caso según el dato normativo y la obra interpretativa de la jurisprudencia, teniendo en cuenta el sujeto actor, sus cualidades, la actividad que ejerce y en particular su conducta, en las circunstancias de tiempo y lugar por él conocidas.

Al resumir los resultados a los que conduce esta breve investigación, se puede afirmar que la temeridad consiste en el acto realizado con la consciencia de la inobservancia de unas reglas cautelares de conducta y por ende con la percepción de un riesgo.

En el ámbito de la compleja prestación que caracteriza el transporte, la temeridad es identificable cada vez que el transportador o sus auxiliares de manera irrazonable olvidan los intereses primarios relativos a la seguridad y la incolumidad del pasajero. El carácter psicológico que califica la temeridad es intrínseco a la valoración de los intereses involucrados y de los valores que se ponen en peligro. Además, el simple hecho que la obligación de protección que grava sobre el transportador tenga un contenido absolutamente abierto hace que sea inútil la identificación de estereotipos de actos temerarios.

En el transporte de mercaderías, mediante el cambio de perspectiva de las obligaciones que asume el transportador, se deberá prestar particular atención a la deliberada falta de observación de eventuales instrucciones claramente dadas al transportador o sus agentes, y que ellos recibieron. En efectos, ésta es la orientación que asumió la jurisprudencia. Tal falta de observación asume el carácter de temeridad justamente porque el transportador está en capacidad de valorar el riesgo al que somete las mercaderías entregadas a él al olvidar las instrucciones especiales para la conservación de la carga en estado de integridad.

En todo caso, las dificultades de encontrar una línea de demarcación entre la temeridad, solicitada por las disposiciones en objeto, y la culpa grave en el perjuicio a las mercaderías (o incluso de determinadas hipótesis de perjuicios derivados del retraso) justamente reside en la imposibilidad que a menudo se encuentra en la praxis para identificar con certeza la existencia de recomendaciones, advertencias o instrucciones particulares, que el cargador impartió al transportador en el momento de la entrega de las mercaderías. De hecho, éstas se imparten para que el transportador adopte, de manera coherente, las medidas idóneas para evitar el deterioro o la pérdida de la carga, y por ende exigen una magnitud de diligencia objetivamente determinable. Por tanto, cuando dichas recomendaciones existen y el transportador las conoce, su violación, o en todo caso su no observancia, hace posible calificar su conducta en términos de temeridad, puesto que el conocimiento de su existencia, su adquisición y su asimilación le permite al trans-

portador adecuar su comportamiento a la adopción de las cautelas necesarias para la salvaguardia de la carga, y de esta manera evita no sólo las acciones u omisiones personales (y de sus empleados), sino también los eventos externos.

La violación de una regla cautelar impuesta por el previo conocimiento de la finalidad de salvaguardia que pretende la omisión de una conducta debida, por una parte, constituye una discrepancia grave y relevante en términos de diligencia, respecto de la debida; pero, desde la óptica subjetiva, implica la necesaria percepción del riesgo.

El razonamiento es análogo para todos los casos en los que, aun cuando el cargador no proporciona instrucciones o recomendaciones particulares, el daño a las mercancías está directamente relacionado con la evidente incompatibilidad de la actividad realizada por el transportador (o sus auxiliares) con las características de la carga evidenciadas en el documento de transporte, que el mismo transportador tiene la obligación de emitir.

En una hipótesis tal, y ello ocurre en la mayoría de los casos, si el acto o la omisión del que se deriva el daño a la mercancía se presenta objetiva y totalmente incompatible con las características de la carga, la conducta podrá ser calificada en términos de temeridad. También en este caso, el conocimiento de las características peculiares de la mercancía entregada, aun en ausencia de instrucciones específicas, le permite al transportador adecuar su propia conducta según las medidas de salvaguardia determinables *a priori*, de tal manera que su violación implica la percepción del riesgo.

En todo caso, al momento de aplicar la disposición, las dificultades probatorias de la comprobación de la temeridad son absorbidas por aquellas, mucho más gravosas, que se relacionan con la innegable necesidad de comprobar el elemento subjetivo de la conciencia de la probabilidad del daño, componente esencial de toda la noción de conducta temeraria y consciente.

VII. LA COMPROBACIÓN DEL "RECKLESSNESS" EN LA NOCIÓN DE CONDUCTA TEMERARIA Y CONSCIENTE: LA INDISOLUBILIDAD FRENTE AL ELEMENTO DE LA CONCIENCIA DE LA PROBABLE OCURRENCIA DEL DAÑO

En la noción compuesta de conducta temeraria y consciente, el concepto de *recklessness* está estricta e indisolublemente ligado al elemento psicológico de la conciencia de la probable ocurrencia del daño. No puede ser sometido a comprobaciones aisladas y desvinculadas de la totalidad del dato normativo. Para confirmar lo dicho, acudimos al texto de la Ley francesa del 2 de mayo de 1957, adoptada con el ánimo de unificar la legislación aplicable a cualquier tipo de transporte aéreo, internacional y nacional, al dar algunas líneas interpretativas del texto original de la Convención de Varsovia. Igualmente hace la posterior Ley francesa del 18 de junio de 1966, la cual, a propósito del transporte marítimo de pasajeros y equipaje, contiene una disposición de contenido idéntico.

Al calificar la *faute inexcusable* como culpa correspondiente a la postura psicológica contemplada en el artículo 25 de la Convención de Varsovia enmendada en La Haya y cuya intensidad permite la aplicación del resarcimiento integral, el aspecto temerario (*reckless*) de la conducta ya no se prevé como un componente separado de un supuesto de hecho unitario, sino que explícitamente se plantea en estrechísimo nexo con el elemento psicológico de la previsión de la probable ocurrencia del daño y su aceptación: lo que importa es la aceptación temeraria (*acceptation téméraire*) de la probabilidad del daño, sin ninguna referencia a la temeridad de toda la conducta.

A pesar de la diferente fórmula expresiva, no creemos que se pueda afirmar que hubo influencia sobre la identificación de cánones parcialmente diferentes con base en los cuales interpretar el contenido de las disposiciones uniformes. En efecto, si bien desde el punto de vista material es innegable que la aceptación temeraria del riesgo tan sólo puede suponer el cumplimiento de un acto temerario, desde el punto de vista de los criterios de comprobación de la conducta temeraria y consciente el elemento diferenciador contenido en la noción de *faute inexcusable* parece ser significativo y precursor de cánones hermenéuticos que concentran la atención sobre todo en el elemento subjetivo de la conciencia del daño probable.

En esta óptica, el elemento de la temeridad, que sin duda es caracterizado por claros elementos objetivos, no puede ser considerado de manera aislada, sino que debe ser individualizado y analizado en estrecha conexión con el elemento psicológico de la conciencia de la probable ocurrencia del daño. La noción de *faute inexcusable*, contenida en la Ley francesa de 1957 antes mencionada, que explícitamente establece una relación entre la temeridad y el elemento psicológico de la aceptación del riesgo, evita mencionar la temeridad de la conducta en general.

A la misma conclusión se llega si se tiene en cuenta la interpretación que una parte de la jurisprudencia del *common law* da en tema de *wilful misconduct*, de conformidad con el texto original del artículo 25 de la Convención de Varsovia, concepto que influenció de manera significativa la redacción de la nueva norma de La Haya en 1955. De acuerdo con esta orientación, cuyo alcance valoraremos a continuación, la *wilful misconduct* es caracterizada por el *reckless disregard* respecto de la posibilidad de desarrollos dañinos de la conducta seguida.

Por tanto, el elemento objetivo de la conducta temeraria, que por lo general se identifica con el comportamiento de quien *crassly disregard the safety interests of the person and goods in their charge*⁸, con el fin de reconducir dicho comportamiento al ámbito de la conducta temeraria y consciente, no es suficiente que sea comprobado por sí mismo, sino que debe ser valorado a la luz de la actitud psicológica de quien lo lleva a cabo y de quien es consciente del riesgo que ella implica. Lo

8 De manera crasa desatiende la salvaguardia de los intereses de la persona y los bienes a él encargados (nota del trad.).

anterior es tan cierto que algunos autores definieron dicho ilícito con la significativa endíadis de *reckless misconduct*.

Así, también la comprobación de la temeridad debe ocurrir a la luz de la necesaria existencia de la consciencia, en cabeza del agente, de las probables consecuencias perjudiciales del mismo acto. Es tan sólo en este sentido que el elemento psicológico incide en la naturaleza misma de la conducta temeraria, y la connota de caracteres subjetivos mucho más intensos que aquellos que naturalmente le son propios.

VIII. EL ELEMENTO PSICOLÓGICO CARACTERÍSTICO

El elemento psicológico característico es la conciencia de la probable ocurrencia del daño. La norma lo identifica explícitamente: la conciencia de un comportamiento indebido y su proyección hacia el futuro. Por tanto, estamos en el campo de la previsión, del desarrollo de la situación inicial (temeridad) hacia la situación final, que, para el caso en cuestión, se concreta en el daño.

En este caso, la previsión no reúne las características de la certeza (hipótesis contemplada en la primera parte de la disposición que individualiza el dolo específico de daño), ni de la posibilidad, sino de la probabilidad. El elemento de la probabilidad, cuando se refiere a eventos con carácter antijurídico, está estrechamente ligado al concepto de peligro, y justamente es necesario tener conciencia del peligro de que ocurra un daño, en el momento en que se realiza el acto temerario.

Los criterios de comprobación del elemento psicológico dieron lugar a una disputa encendida: por una parte, el criterio subjetivo, con investigación del efectivo *state of mind* del sujeto agente; por la otra, el criterio objetivo de comprobación, que no presta atención al *state of mind* real del agente, sino a aquella conciencia del probable evento dañino que debería existir en un sujeto estandarizado. De una vez diremos que ésta es la orientación prevaleciente, patrocinada en particular por la jurisprudencia francesa incluso en materia de la correspondiente noción de *faute inexcusable*.

En efecto, esta orientación (objetiva) se justifica en consideración de la exigencia de protección de los intereses de los perjudicados.

La Ley francesa del 5 de julio de 1985 sobre resarcimiento de las víctimas de accidentes viales establece que los peatones y los ciclistas no tienen derecho a obtener resarcimiento de los perjuicios sufridos cuando el accidente ocurrió por su *faute inexcusable*. En este caso, la Corte de Casación francesa pretendió, por muchas razones, inexplicablemente, el criterio subjetivo de comprobación.

La necesidad de la reparación del perjuicio y de garantía de la víctima de hecho conduce a la jurisprudencia a utilizar criterios de comprobación más accesibles para la CTC del transportador. La utilización de un criterio idéntico para comprobar la CTC del perjudicado, en el evento que éste sea considerado relevante, como

en el caso de la legislación francesa de 1985, no protegería los intereses del sujeto legitimado para exigir el resarcimiento.

Por otro lado, la interpretación subjetiva parece ser más fiel al dictado de la disposición y su evolución (Conv. Hamburgo de 1978); de hecho, se pretende que el transportador, en el momento de efectuar el acto temerario, sea consciente del perjuicio que luego concretamente ocurrió. Y únicamente de ello. La especificación del daño implica una ulterior connotación indebida, puesto que la previsión del perjuicio que concretamente ocurrió debía llevar al autor del acto a predisponer las contramedidas necesarias para evitar su ocurrencia.

Más recientemente, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, con la sentencia del 15 de junio de 1999 relativa al caso *Doris Cristina Piamba vs. American Airlines*, partiendo de la definición de carácter subjetivo identificada mediante los conocidos precedentes jurisprudenciales en tema de *wilful misconduct* y del análisis de los trabajos preparatorios que llevaron a la aprobación del texto del artículo XIII del Protocolo de La Haya de 1955, de la que se deduce que fue justamente la interpretación subjetiva del *wilful misconduct* lo que influenció significativamente la redacción del texto del artículo XIII, llega a la conclusión lógica según la cual el texto único de dicho artículo debe entenderse como una interpretación auténtica de la definición de *wilful misconduct* existente en la versión original del artículo 25 de la Convención de Varsovia, y de esta manera confirma, a este propósito, una opinión ya expresada por la jurisprudencia norteamericana en otra oportunidad (*Bank of Nova Scotia vs. Pan Am*, 16 *Avi* 17.378). En definitiva, mediante el artículo XIII, el legislador uniforme se preocupa por definir analíticamente el estándar contra el cual debe llevarse a cabo la comprobación de índole psicológica de la conducta indebida, que debe ser sancionada con la pérdida del beneficio de la limitación de la deuda. Según la sentencia en cuestión, dicho estándar debe ser entendido en términos muy restrictivos, exigiendo la comprobación en concreto del *actual knowledge* del transportador (o su agente) acerca del potencial dañino de su conducta.

En este sentido, la sentencia merece particular consideración justamente porque constituye un inesperado replanteamiento frente a la interpretación objetiva prevaleciente, ofrecida por la jurisprudencia estadounidense en tema de *wilful misconduct*. Según esta orientación, el elemento psicológico de la representación del evento degrada su intensidad hasta perder casi totalmente su relevancia; de hecho, no se pretende demostrar la efectiva conciencia de la probable ocurrencia del evento dañino (*actual knowledge*), sino que, para establecer la pérdida para el transportador del beneficio de la limitación, se considera suficiente incluso la prueba, sin duda más ágil, de que el acto fue ejecutado *recklessly with disregard of the probable consequences*⁹.

Esta inversión de tendencia parece mucho más significativa, puesto que parece ponerse en relación de estrecha consecuencialidad con la comparación con la

9 Temerariamente, desatendiendo las probables consecuencias (nota del trad.).

noción "interpretativa" de conducta temeraria y consciente de conformidad con el artículo XIII del Protocolo de La Haya de 1955 impuesto por la entrada en vigencia del Protocolo 4 de Montreal.

Reafirmado el criterio de comprobación restrictiva del estándar subjetivo de la *wilful misconduct*, establecida la sustancial equivalencia de esta última noción con la conducta temeraria y consciente que constituye su representación en detalle de la actitud psicológica, los jueces estadounidenses establecieron entonces que el criterio de comprobación que debe adoptarse para individualizar el acto cumplido temerariamente y con la conciencia que un perjuicio probablemente se derivaría requiere de la demostración de la efectiva conciencia de la probable ocurrencia del daño, y que no es suficiente recurrir al estándar abstracto de la presunta conciencia que debía tener cualquier hombre razonable inmerso en iguales circunstancias.

IX. LA NATURALEZA DE LA CONDUCTA TEMERARIA Y CONSCIENTE: LA NUEVA ÁREA DE LA SEMI-INTENCIONALIDAD

La ya generalizada introducción de la noción de conducta temeraria y consciente en casi todos los sectores del transporte internacional, y su consiguiente ingreso en los ordenamientos nacionales en virtud de la ratificación y el orden de ejecución de los instrumentos de derecho uniforme, le impone al intérprete valorar su impacto en el ámbito del panorama civilista del ilícito y buscar una colocación adecuada en el mismo contexto.

Una vez delineados los trazos característicos de la noción, es necesario verificar dentro de qué fronteras de las categorías de ilícito civil se mueve este tipo de conducta indebida, teniendo en cuenta la posición de la culpa y, en particular, de la culpa grave que, para el ordenamiento italiano y todos aquellos de tradición romanista, en la escala creciente de la intensidad del ilícito, sólo es seguida por el dolo.

La investigación se hace más ardua si consideramos que la noción de culpa grave de la cual debe partir el análisis no solamente representa una de las mayores dificultades cuando se trata de conciliar los principios del *common law*, en los cuales claramente se inspira la noción de conducta temeraria y consciente, con aquellos de los países de tradición romanista, sino que constituye motivo de incertidumbre en el ámbito de éstos últimos. Al mismo tiempo, la existencia en la noción de conducta temeraria y consciente de un elemento psicológico calificador, como es la conciencia de la probable ocurrencia del evento lesivo, impone alejarse de los criterios tradicionales propios de la esfera de la mera culpabilidad y la comparación con la realidad de la semi-intencionalidad, figura nueva en nuestro panorama civilista, pero explorada por la ciencia y la doctrina penalista a propósito de los conceptos de dolo eventual y culpa con previsión.

En este estudio, nos referiremos exclusivamente a los perfiles más pertinentes al tema de la conducta temeraria y consciente, teniendo en cuenta que si la dis-

tinción lógica entre dolo y culpa tal vez perdió valor en la práctica, en lo que atañe a los efectos jurídico-civiles y a la obligación indemnizatoria –dado que en el ámbito civilista el concepto de culpa asume un papel protagónico respecto de los demás criterios de imputación de la responsabilidad–, lo mismo no puede decirse para la diferencia entre conducta temeraria y consciente y la culpa grave, puesto que tan sólo a la primera noción la normatividad uniforme en materia de transporte le reconoce la eficacia desquiciadora de los sistemas de limitación de la responsabilidad previstos en cada caso.

X. LA DIFÍCIL COLOCACIÓN DE LA CONDUCTA TEMERARIA Y CONSCIENTE EN EL ÁMBITO DE LAS CATEGORÍAS TRADICIONALES DE LA CULPA

La doctrina y la jurisprudencia esencialmente están de acuerdo en que la culpa es la divergencia entre una conducta concreta y un modelo de conducta, aunque estandarizado según el supuesto de hecho en concreto. La enseñanza tradicional quiere que cada individuo adecue su propia conducta al metro de la diligencia exigible del llamado hombre promedio, esto es, que la conducta de cada uno debe relacionarse con aquella ficción de individuo que se supone dotado de conocimientos comunes, reacciones ordinarias, habilidades y costumbres estandarizados, inteligencia y cualidades intelectuales y psicofísicas totalmente normales.

La comprobación judicial de la culpa, así como ocurre para cualquier otro procedimiento aplicativo de la norma jurídica, recalca la estructura clásica del silogismo: la conducta concreta (premisa menor) debe ser evaluada en consideración del modelo abstracto de conducta (premisa mayor); de la comparación madura la conclusión sobre la existencia o no de una culpa jurídicamente relevante.

Lo anterior condujo a considerar que el concepto de culpa siempre comporta un aspecto faltante, que consiste justamente en el defecto de la conducta concreta respecto de un modelo de conducta abstracta, impuesto por la regla (legal o no legal); es justamente esta desviación lo que justifica la eventual deuda a cargo del "culpable".

Para preestablecer el modelo estándar de conducta, bien pueden utilizarse las normas de común prudencia adoptadas en los diversos sectores de actividad, así como los principios que regulan la ordinaria convivencia social y que generan una legítima expectativa de comportamiento en los asociados, cuya violación determina la antijuridicidad de la conducta.

De ello se desprende que, en el plano más estrictamente técnico-jurídico, la culpa consiste en la transgresión de una orden, positiva o negativa, impuesta por el ordenamiento mediante su sistema de fuentes. El sujeto no puede ser considerado con culpa, a menos que haya trasgredido la orden.

Desde este último punto de vista, de índole eminentemente normativa, también la diferencia penalista entre "culpa genérica", que consiste en el comporta-

miento inobservante de las reglas de diligencia, prudencia o pericia, y "culpa específica", que se concreta en la violación de reglas de conducta tanto escritas como de carácter general (leyes, reglamentos, disciplinas) o individual (órdenes), es coherente con el criterio indicado por la postura tradicional, dado que el contenido de ambas nociones es idéntico, aun cuando cambia la fuente de las reglas de buena conducta. De hecho, una imprudencia, o una negligencia, también puede consistir en la no observación de las reglas establecidas por la autoridad, porque sin duda alguna es imprudente o negligente no sólo quien olvida las cautelas impuestas por los usos, sino también quien no observa las cautelas que las autoridades de manera explícita predefinieron.

Luego, respecto del reflejo eminentemente subjetivo de la prohibición, éste se sustancia en el deber de diligencia, un deber de comportarse con determinado grado de prudencia y pericia, de tal manera que no se incurre en aquella negligencia que justamente sustancia el contenido de la culpa. Por tanto, la conducta culposa no es otra cosa que la omisión de aquel grado de diligencia que el ordenamiento, mediante sus propias normas, legales o no, impone según la figura en particular, considerada en sus aspectos más relevantes, sean ellos objetivos o subjetivos.

En el ámbito de esta concepción, de índole esencialmente negativa, se coloca la conocida tripartición de la doctrina tradicional, que nació de la teoría de los grados de la culpa, nuevamente propuesta por POTHIER con base en un supuesto fundamento romanista.

Como forma autónoma, la culpa, junto al dolo, que integra el elemento subjetivo de la culpabilidad, como criterio de imputación de la responsabilidad civil, se revela en tres formas de creciente intensidad y gravedad que, partiendo del límite mínimo de la culpa levísima, alcanzan el techo de la culpa grave, por encima del cual sólo está la intencionalidad plena, propia del dolo. Entre esos dos extremos se sitúa la culpa leve. La diferencia de cada categoría consiste en el diverso grado de diligencia al que se faltó: la culpa grave se identifica con la violación de la diligencia mínima, con la negligencia macroscópica, es decir, con la no utilización de aquella diligencia que incluso los menos diligentes y más desprevenidos de los hombres usualmente utilizan; la culpa leve se identifica con el comportamiento disonante con aquel del buen padre de familia, es decir, el hombre "inteligente"; la culpa levísima se identifica con la violación de la diligencia máxima que las personas más atentas ponen al desarrollar sus propios negocios.

De nuevo, se hace referencia al canon de la diligencia del hombre promedio, en las vestimentas de buen padre de familia (art. 1176 C. C. ital.) al momento de comprobar la culpa del deudor en materia de responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones. De hecho, la enseñanza tradicional afirma que la culpa, en su concepción jurídica, es una: los diversos contextos en los que puede manifestarse, que conducen a la conocida diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual, sin modificar los lineamientos generales y fundamentales

de la relación jurídica que deriva de la culpa y que se sustancia en la obligación indemnizatoria. Por ende, el concepto de culpa es idéntico en su amplia concepción de "omisión de diligencia", y lo anterior desde la Ley Aquilia, en la que el término *culpa* es utilizado en su sentido técnico de falta de diligencia, "de injuria ocasionada sin la intención de dañar". También en este caso, el grado de falta de diligencia se relaciona con la identificación del grado de culpa.

Por tanto, cualquier criterio de valoración de la culpa está estrechamente ligado, en sentido negativo, al concepto mismo de diligencia.

El mismo concepto de culpa grave, el más intenso e indebido entre las categorías tradicionales de culpa, necesita de una valoración de la diligencia. De hecho, también en este caso ninguna norma define el contenido de la culpa grave, y la comprobación de ésta debe ocurrir sobre el supuesto de la disconformidad entre el comportamiento seguido y el requerido, según un modelo estandarizado que tenga en cuenta, en todo caso, las características subjetivas y objetivas de la figura.

En los sistemas jurídicos en los que se admite de manera unánime la presencia del área de la semi-intencionalidad, aun cuando se ponen de manifiesto sus fronteras inciertas y difuminadas, la culpa grave es pacíficamente excluida por ella y anclada a la esfera de la culpa *tout court* y al canon valorativo de la diligencia.

Por tanto, se da un vacío entre la categoría de la culpa, que se agota con la hipótesis mayormente indebida de la culpa grave, y el área de la intencionalidad plena, representada por el dolo. En el ámbito intermedio, que en otros sistemas jurídicos es ocupado por categorías semi-intencionales caracterizadas por giros calificados de naturaleza psicológica, que implican la superación del simple dato de índole negativa de la omisión de diligencia, parece encontrar una colocación adecuada a la noción de conducta temeraria y consciente, delineada a través del análisis de sus elementos constitutivos objetivos y, sobre todo, subjetivos.

Por tanto, no es en las categorías tradicionales del ilícito culposo que debemos buscar los cánones hermenéuticos adecuados para tratar de colocarla en nuestro ordenamiento jurídico.

Desvinculada de la apremiante referencia al canon de evaluación que es la diligencia, la conducta temeraria y consciente manifiesta su valor de índole eminentemente positiva, que hace que sea insuficiente la utilización del criterio de comprobación basado en la medición de la magnitud de la divergencia de la conducta en concreto, respecto del parámetro estandarizado de la diligencia. El necesario cumplimiento de una indagación eminentemente psicológica lo impide, y sugiere al intérprete alejarse de los criterios tradicionales propios de la esfera de la conciencia, a la vez que lo obliga a confrontarse con una realidad que podemos también definir como semi-intencionalidad.

De manera intuitiva, dicha indagación psicológica, que sin duda constituye el elemento calificador de la figura y que le atribuye el carácter de nuevo y autónomo centro de imputación jurídica, supone que se privilegie el criterio subjetivo de com-

probación del elemento psicológico. La utilización de dicha metodología, repetimos, parece ser fiel a la letra de la norma y al espíritu del legislador uniforme, como se ha expresado también en la posterior evolución del concepto, tal como se encuentra descrito por los más recientes acuerdos internacionales sobre transporte. Por el contrario, el hecho de privilegiar el criterio de comprobación abstracto, objetivo, provocaría, como ocurrió en la experiencia francesa, un evidente traslado de atención del intérprete, del elemento subjetivo calificador, relativo a la situación psicológica del sujeto actor, a los elementos objetivos de la figura que deben reconducirse a la temeridad, envileciendo de hecho ese carácter de novedad y autonomía que debe reconocérsele.

Con base en estas premisas, la conducta temeraria y consciente ocupa entonces esa franja intermedia, entre la conducta meramente culposa, si bien considerada en su máximo grado según la tradicional tripartición, y la intencionalidad plena propia de la conducta dolosa; lo anterior se encuentra en sustancial analogía con las nociones de *faute inexcusable* y *faute lucrative* del derecho francés, y de la noción de *wilful misconduct* propia de los sistemas de derecho anglosajones.

XI. LOS CONCEPTOS PENALES DE DOLO EVENTUAL Y CULPA CON PREVISIÓN

En el ámbito del ordenamiento italiano, la realidad de la semi-intencionalidad, hasta el momento inexplorada por la ciencia civilista, es en cambio objeto de atenta investigación en el ámbito penal, para la definición de los conceptos de dolo eventual y culpa con previsión (o consciente) y para la identificación de los límites entre las dos figuras.

A propósito de éstos últimos, se trata de conceptos que, por razones diferentes, pero en singular coincidencia con la incursión del área de la semi-intencionalidad en el ámbito del derecho civil, en las últimas décadas han adquirido una relevancia cada vez mayor en consonancia con el extraordinario desarrollo científico y tecnológico que caracterizó el período posterior a los conflictos mundiales. De hecho, la extraordinaria evolución industrial puso en las manos del hombre instrumentos cada vez más complejos, multiplicando desmedidamente las ocasiones en las cuales de la actividad humana pueden derivarse consecuencias no propiamente buscadas, no perseguidas como tales. Por demás, el progresivo incremento del conocimiento a disposición del hombre y su difusión en franjas cada vez más amplias de la población hacen que, para quien se dispone a cumplir actividades peligrosas, sea cada vez más frecuente la conciencia, en términos más o menos precisos, de los riesgos conexos.

De dichos fenómenos nació la necesidad de perseguir penalmente conductas en las que la lesión al bien jurídico no tiene carácter directamente intencional, con la atribución de una relevancia específica a un área perfectamente localizable entre la frontera inferior de la culpa *tout court* y la frontera superior del dolo directo.

XII. CONDUCTA TEMERARIA Y CONSCIENTE, Y CULPA CON PREVISIÓN

El Código Penal italiano se preocupó por proporcionar algunos elementos para aclarar la culpa con previsión. Más allá de la referencia explícita de la posible previsión del evento, contenida en la definición general de delito culposo del artículo 43, gran significado adquiere la disposición señalada por el numeral 3 artículo 61, que configura la culpa con previsión como culpa agravada.

Dadas las escasas bases normativas, para definir el límite entre dolo eventual y culpa con previsión la doctrina y especialmente la jurisprudencia italianas recurren, con cierta variedad de matices, al criterio de fondo según el cual la representación anticipada del evento daría lugar al dolo eventual si el reo no actuó con la certeza que el evento no ocurriría. La plena confianza del reo repuesta en el hecho de que el evento no ocurriría, aunque previsto, constituye el límite del dolo respecto de la culpa. De esta manera, el dolo eventual se concreta en el caso en que el sujeto prevé los resultados de la conducta, incluso tan sólo como posibles, siempre y cuando él haya aceptado el riesgo. La aceptación del riesgo de acarrear el evento sería entonces el factor característico del dolo eventual.

En cambio, siempre de acuerdo con la concepción tradicional, la culpa con previsión se daría cuando el sujeto, en un primer momento, pensó en la posibilidad de que ocurriera el evento, pero posteriormente llegó a eliminar la duda y actuó con la segura confianza de que el evento no iba a ocurrir, contando con las circunstancias externas, su habilidad personal y con contramedidas tendientes a evitar el evento.

Según esta teoría, al autor del acto a pesar de la previsión del evento, debería reprochársele el error de evaluación en el que incurrió en el momento de alcanzar la convicción de que el evento no habría ocurrido. En esencia, se trataría de sancionar un error sobre el desarrollo causal externo, o de un error sobre la idoneidad de los medios propios, o por último, de un error de inhabilidad por el mal uso de los medios de los que se dispone.

A partir de la diferencia someramente trazada, propia de la concepción tradicional del dolo eventual y de la culpa consciente, nace, como elemento incontrovertible, que es el momento de la previsión del evento no perseguido directa e intencionalmente por el agente lo que caracteriza y une los dos conceptos, aunque dejando a salvo la necesidad de ligar la culpa consciente a la estructura general de la culpa, salvaguardando su diferencia específica respecto del dolo eventual. La culpa con previsión siempre se plantea como una forma de culpa, aun cuando se califica de manera positiva, que refleja en sí misma, desde el punto de vista de la conciencia efectiva, todos los requisitos estructurales de la culpa. Por tanto, la culpa con previsión debe caracterizarse por la conducta, a pesar del conocimiento del actor del significado teleológico de la regla violada en el supuesto de hecho concreto, con la convicción que el evento que ella pretendía justamente evitar no ocurriría, en virtud de determinados factores obstaculizantes

dependientes de circunstancias externas o de particulares capacidades o actitudes que el agente considera poseer. La previsión del evento, por ende, que existe también en el concepto de dolo eventual, en este caso constituye un *quid pluris* que no altera ni modifica de fondo la esencia de la culpa, ni da origen a un tipo autónomo de culpa, como incluso algunos importantes doctrinantes llegaron a considerar.

La descripción de la situación psicológica del sujeto al que se le imputa la conducta temeraria y consciente requiere que el evento dañino previsto por el agente conscientemente se considere como una probable consecuencia del acto temerario. La referencia a la probabilidad del daño, mas no —como se manifestó— la mera posibilidad del mismo, excluye la referencia a la diversa situación psicológica de quien, aun previendo el daño, está seguro que no ocurrirá en virtud de determinados factores obstaculizantes, que dependen de circunstancias externas o de particulares capacidades o actitudes que el agente considera poseer.

Es obvio que la percepción de un efecto como probable, mas no meramente posible, excluye *a priori* la certeza del agente que dicho efecto no ocurra. Pero, por sobre todo, la conciencia de que el daño probablemente ocurrirá implica una propensión hacia una situación final, cuyo riesgo de efectiva ocurrencia se acepta. Acerca de este punto, la norma es indiscutiblemente rigurosa.

Por el contrario, en la culpa con previsión, lo que parece hacer falta en la representación del agente es justamente la posibilidad concreta de que se realicen las condiciones que tornan actual el nexo conducta-resultado, justamente porque se prefigura un elemento impeditivo que, al interponerse en la dinámica del desarrollo causal, debería precluir la posibilidad que este se oriente hacia el evento típico representado.

Sin embargo, es en el plano dogmático que culpa con previsión y conducta temeraria y consciente manifiestan su esencial inconciliabilidad.

Dijimos antes que la culpa con previsión no da vida a un tipo autónomo de culpa. De hecho, éste se verifica cuando el riesgo (y su previsión) es tomado en consideración por efecto de una actitud subjetiva atribuible, en su esencia, al concepto de mera imprudencia y negligencia; dicha imprudencia y dicha negligencia, además del carácter calificativo de la conducta, que por lo general tienen, ponen de manifiesto en esta hipótesis también un contenido de carácter psicológico.

Por el contrario, en la conducta temeraria y consciente, la sola consideración del elemento objetivo eleva la figura de la esfera de la conciencia *tout court*. La temeridad, como recordamos anteriormente, aunque sea en consideración de su naturaleza eminentemente objetiva, encierra connotaciones de índole psicológica que se sustancian en la necesaria percepción del riesgo, implícita únicamente en la violación de la regla cautelar de conducta de tipo primario, porque establecida como salvaguardia de intereses superiores.

La asunción ulterior y necesaria, por parte del transportador, de un "riesgo injustificable", en consideración de la naturaleza de los intereses amenazados por

la ejecución del acto temerario, contribuye, como ya se dijo, a transformar la conducta temeraria y consciente en un nuevo y autónomo centro de imputación jurídica, desvinculado de la esfera de la mera consciencia, al que parece indisolublemente ligada la noción de culpa con previsión.

XIII. CONDUCTA TEMERARIA Y CONSCIENTE, Y DOLO EVENTUAL

La evidente distancia que existe entre la conducta temeraria y consciente y la culpa con previsión de origen penal, impone mover la investigación de la esfera de la mera consciencia a la esfera más intensa de la plena intencionalidad. Por demás, recientemente la doctrina ha señalado que la conducta temeraria y consciente, con cierta aproximación y dado que en todo caso debe valorarse en el contexto del ámbito civil del ilícito, puede acercarse a aquella concepción que la doctrina penal construyó como dolo indirecto o eventual; incluso se podría equiparar al llamado dolo directo, en el evento que quisiéramos reunir en éste último la representación de las consecuencias que parecían posibles en el momento de la acción.

La introducción de la conducta temeraria y consciente en el ámbito del dolo directo en verdad parece una hipótesis que no responde a la letra de las disposiciones uniformes, ni a la estructura de la figura del ilícito calificado.

Esta asimilación es excluida por el mismo dictado legislativo, que, recordemos, prevé dos hipótesis distintas de ilícito: *un acte ou une omission [...] fait [...] avec l'intention de provoquer un dommage (act or omisión) (done with the intent to cause [such] a loss, damage or delay)*¹⁰ y el acto cometido *témérement et avec conscience qu'un dommage en résultera probablement (recklessly and with knowledge that [such] a loss [...] would probably result)*¹¹. La explícita consideración del acto ilícito intencional por separado, o más bien del dolo específico de daño, al lado de la hipótesis de la conducta temeraria y consciente, excluye *a priori* que unos comportamientos de tan intensa caracterización psicológica puedan reconducirse a la segunda parte de la disposición, es decir, a la conducta temeraria y consciente. Además, la misma descripción pormenorizada del elemento psicológico excluye que el autor del acto temerario intencionalmente deba perseguir el evento.

Por el contrario, no parece carecer de fundamento la asimilación de la conducta temeraria y consciente con el dolo eventual, puesto que incluso en este caso estamos ante un evento no perseguido intencionalmente por el autor y previsto como probable.

10 "Un acto o una omisión [...] realizada [...] con la intención de acarrear un daño"; "acto u omisión [...] realizada con la intención de acarrear (tal) pérdida, daño o retraso" (nota del trad.).

11 "Temerariamente y con la conciencia de que un daño probablemente resultaría de ello; "temerariamente y con la consciencia que (tal) pérdida [...] probablemente resultaría" (nota del trad.).

Sin embargo, una reciente investigación en materia de dolo eventual puso de manifiesto que, para que se configure el dolo eventual, es necesario que el riesgo de la ocurrencia del evento antijurídico sea aceptado como consecuencia de una opción, de una deliberación con la cual el agente conscientemente subordina un determinado bien a otro. Debe existir la clara proyección de un fin a alcanzar, de un interés para satisfacer, y la percepción del nexo que puede existir entre la satisfacción de dicho interés y el sacrificio de un bien diverso.

La situación psicológica del agente corresponde a aquella de quien efectúa un examen comparado de los intereses involucrados en su actuar; dicho examen se concluye cuando se privilegia un interés por encima de otro. Así, el resultado intencionalmente perseguido arrastra consigo el evento colateral, que el agente conscientemente liga a la consecución del fin primario. Por ende, no basta prever la posible ocurrencia del evento, sino que se hace necesario que el evento sea considerado como un precio (eventual) que debe pagarse para alcanzar un determinado resultado.

Dicho examen comparativo de los intereses involucrados en la realización del acto temerario está totalmente ausente en la concepción de conducta temeraria y consciente. La compleja descripción del elemento psicológico pretende exclusivamente que el autor del acto temerario sea conciente de las potencialidades dañinas de su actuar, sin exigir la subordinación del eventual daño a la consecución de un resultado específico. Por tanto, falta la conciencia del sacrificio de los intereses contractuales de las partes para una ventaja propia.

Hemos visto que este último elemento está presente en la noción de *faute lucrative* que, a pesar de no presentar interpretaciones homogéneas, generalmente se identifica en la conducta particularmente indebida de la que el agente obtuvo un lucro. De hecho, desde el punto de vista subjetivo, esta figura se caracteriza por la tensión de lucro del agente. A éste último no se le exige la conciencia de la probable ocurrencia del daño, sino la subordinación, el sacrificio de los intereses contractuales de las partes en pos de una ventaja económica propia. Por tanto se trata de evaluar si la conducta de carácter temerario, que objetivamente califica la noción de *faute lucrative*, encuentra justificación en una operación de cálculo utilitarista de tipo económico, en el *state of mind* del responsable.

Pero la conducta temeraria y consciente y la *faute lucrative* no necesariamente coinciden. En ausencia de una descripción normativa de esta última conducta indebida, es difícil estar de acuerdo con quienes consideran que el ánimo de lucro también implica la conciencia de las probables consecuencias dañinas. Por demás, en aquellos casos en los cuales el fin de lucro enriquece el elemento psicológico propio de la conducta temeraria y consciente, es decir que se añade a la conciencia de las probables consecuencias perjudiciales, se concretaría tan sólo una de las innumerables hipótesis en las que el agente conscientemente subordina un determinado bien a otro; en este caso, tan sólo se daría la clara proyección de la ventaja económica y la percepción del nexo existente entre la satisfacción de esa única ventaja y el sacrificio de un bien diferente.

En cambio, es oportuno hablar de dolo eventual cada vez que se encuentra un examen comparado de los intereses en juego, independientemente de la naturaleza de éstos, en el que el evento se considera como "precio eventual" que debe pagarse para alcanzar un determinado resultado, cuyo contenido es necesariamente de carácter muy abierto.

La valorización del nexo psicológico que el agente instaura entre el evento incluso solamente posible, por sí mismo indeseado, y el resultado intencionalmente perseguido, hace que el dolo eventual se coloque de manera más evidente en el campo del dolo puro y simple.

Por el contrario, en la noción de conducta temeraria y consciente está totalmente ausente esta peculiar coloración que asume el elemento de la voluntad en el dolo eventual, es decir la subordinación, el acoplamiento del evento previsto como posible –y de cuya ocurrencia se aceptó el riesgo– a otro resultado intencionalmente perseguido.

Consecuencia de lo anterior es que la conducta temeraria y consciente, aun cuando uno de sus elementos constitutivos es la previsión del evento, se manifiesta como concepto autónomo frente al dolo eventual, que, en una hipotética escala jerárquica de la intencionalidad, se pone en una posición más alta e intensa.

De acuerdo con las convicciones más reciente, el dolo eventual se sustancia en la actitud psicológica de quien realiza un examen comparativo de los intereses involucrados por su actuar: dicho examen se concluye con favorecer un interés por encima de otro; el resultado perseguido arrastra consigo el evento colateral común que es el precio eventual a pagar.

Este examen no existe en la CTC, o por lo menos sólo está presente en algunas manifestaciones suyas, tales como la *faute lucrative*, en la que es claro el sacrificio de determinados intereses con el fin de privilegiar las ventajas económicas.

CONCLUSIONES

La conducta temeraria y consciente se introduce en un área hasta el momento desconocida para la experiencia italiana del ilícito civil. Dicha área se ubica entre la conducta culposa, considerada en sus posibles manifestaciones de creciente intensidad hasta el techo de la culpa grave, y el acto ilícito doloso, considerado a su turno en su umbral mínimo del dolo eventual. Los aspectos de innegable heterogeneidad respecto de la esfera de la culpa y del dolo, tanto en el elemento material como en el psicológico, le confieren a la conducta temeraria y consciente la connotación de forma especial y autónoma de conciencia, así como lo hacen la *wilful misconduct* de los ordenamientos de *common law* y la *faute inexcusable* del ordenamiento francés.

El análisis de los perfiles normativos de la conducta temeraria y consciente, la individualización de su contenido calificador de índole psicológica, conducen a apreciar la superación de la dicotomía dolo-culpa, en beneficio de una configu-

ración más compleja de las posibles hipótesis de culpabilidad y de una articulación suya más rica de la actualmente practicada.

Justamente, el estudio de este campo, mediante la investigación comparada y el análisis del dolo eventual y de la culpa con previsión, ayuda a tomar conciencia de cuán variada y matizada puede ser la posición del agente frente a un determinado resultado, más allá de cualquier esquematización. Al mismo tiempo, se redimensiona parcialmente la difundida concepción según la cual la categoría del dolo funge como contenedor general para cualquier dato que sobrepase la frontera de la intensidad de la culpa (leve o grave).

El impacto de la producción normativa uniforme sobre el ambiente del derecho nacional ha demostrado que también los aspectos relativos a la conducta humana, tales como el dolo y la culpa, que tradicionalmente se estructuran ontológicamente en un sistema cerrado, pueden ser reconsiderados a la luz de una actividad creadora de derecho, que tiene en cuenta la experiencia de los sistemas jurídicos más atentos a la definición de los hechos psicológicos en los que se manifiesta esa particular categoría de *state of mind* que, utilizando una expresión propia del derecho penal, podemos definir *mens rea*.

En un ordenamiento que no reconoce formas de culpabilidad diferentes al dolo y la culpa, inevitablemente estos conceptos, aunque sean valorados en los diversos grados de intensidad posible, se construyen como fronterizos entre sí y perfectamente ensamblados. Justamente el estudio de la conducta temeraria y consciente nos permite, por el contrario, individualizar una franja intermedia de culpabilidad, incluso en los ordenamientos jurídicos estructurados alrededor del sistema dolo-culpa.

Este alcance indiscutiblemente innovador se lo debemos a la producción de derecho uniforme en tema de transporte. Recientemente, en el transporte aéreo hemos asistido a su superación, no a causa de la sustitución con otras tipologías de conducta indebida, sino por el abandono de un sistema de responsabilidad ligado a la limitación de la deuda (reglamento CE 2027/97 y Convención de Montreal de 1999), o bien por la introducción de instrumentos de responsabilidad objetiva ligados a un límite más elevado, pero insuperable (Protocolo de Montreal 4 de 1975).

A la luz de estas últimas e importantes innovaciones normativas, la noción deberá encontrar su aplicación sobre todo en el transporte de carga, y particularmente en el transporte marítimo de carga, y en actividades complementarias al transporte (*Terminal Operator*). En este ámbito, en el que el daño en la mayoría de los casos ocurre en las etapas de movilización de la carga, la indagación sobre la existencia de los elementos constitutivos de esta forma de ilícito, tanto materiales como psicológicos, encuentra –como se ha dicho– mayor dificultad. Esto se debe a que en el transporte de mercaderías falta ese perfil peculiar, que pusimos de manifiesto, relativo a la violación de reglas cautelares de conducta impuestas para la salvaguardia de la seguridad del pasajero, cuya garantía por parte del trans-

portador es una prestación esencial del contrato de transporte. Además, si la incertidumbre sobre la individualización de la fase, del momento exacto en el que ocurrió la pérdida o avería de la mercadería, así como la identificación del agente del transportador que materialmente la ocasionó (en los textos de derecho uniforme en los que se prevé que la pérdida del beneficio de la limitación de la responsabilidad se extiende al hecho de los empleados y agentes del transportador) y la ausencia de cualquier colaboración investigativa por parte, del transportador para identificar el momento y la causa del daño, por una parte contribuyen a hacer más difícil la prueba de la existencia de la temeridad y de la consciencia de la probable generación del perjuicio, por otra, imponen la correcta identificación de los elementos que constituyen el supuesto de hecho, de tal manera que sea claro el contenido de la carga de la prueba impuesta al perjudicado.

Por tanto, a pesar de este reciente cambio de perspectiva respecto del punto de observación original, sigue inalterada la importancia de la noción de conducta temeraria y consciente que, a partir de la disciplina del contrato de transporte internacional, se trasladó a la reglamentación de los aspectos concernientes a la responsabilidad en el desarrollo de actividades conexas y de aquellos sujetos que, en relación con el tráfico internacional, ofrecen servicios diferentes del transporte, pero al mismo tiempo funcionalmente ligados al mismo. En este sentido, el caso más reciente es aquel de la Convención de Viena del 19 de abril de 1991 sobre responsabilidad del *Operator of Transports Terminals*.

En el ámbito del transporte aéreo, la suscripción de la Convención de Montreal del 28 de mayo de 1999 para la unificación de algunas reglas en materia de transporte aéreo internacional, cuyo objetivo es avanzar hacia la exigencia de modernizar y consolidar el sistema de la Convención de Varsovia y de los instrumentos ligados a ella, eliminó la figura de la limitación de la deuda en el transporte de personas, e introdujo el llamado sistema de *two tier liability*.

La consideración más inmediata es que justamente en ese sector del derecho del transporte en el que la noción de conducta temeraria y consciente, relevante para la pérdida del beneficio de la limitación para el transportador, fue creada y recibió sus primeras interpretaciones, y desde el cual se trasladó a los demás sectores (transporte marítimo de personas y mercaderías, transporte ferroviario, transporte multimodal, responsabilidad extracontractual –CLC, Convención de Londres sobre limitación de los créditos marítimos–, responsabilidad de operadores que desarrollan actividades instrumentales a las del transporte –*Terminal Operators*–), justamente en ese sector pierde gran parte de su relevancia. O mejor, se redimensiona su campo de aplicación. Pero eso no ocurre porque sea sustituida por otra noción de conducta indebida, sea ella dolo o culpa de cualquier grado, o *wilful misconduct*, sino por el abandono del sistema de responsabilidad por muerte o lesiones personales del pasajero y por pérdida o avería de las mercaderías entregadas, sistema basado en la culpa presunta y la correspondiente limitación de la deuda del transportador, que podrá superarse sólo en presencia de una conducta particularmente reprochable suya o de sus empleados y agentes.

Hablamos entonces de un redimensionamiento de la importancia de esta noción, mas no de una pérdida absoluta, puesto que la misma continúa estando presente en el texto de la nueva convención.

De hecho, la Convención de Montreal, teniendo en cuenta desde sus trabajos preparatorios lo que paralelamente se iba perfilando en el ámbito comunitario, previó para el transporte de personas un régimen de responsabilidad del transportador en el evento de muerte o lesiones personales del pasajeros, que podríamos definir mixto: responsabilidad objetiva hasta el tope de los 100.000 DEGS (por renunciar a valerse de la prueba liberatoria, es más, por la explícita imposibilidad de excluir o limitar su responsabilidad); responsabilidad por culpa, aunque sea presunta, e ilimitada para los perjuicios que exceden los 100.000 DEGS, puesto que el artículo 21 reconoce al transportador la posibilidad de exonerar su propia responsabilidad si prueba que: a. El daño sufrido por el pasajero no se debió a una negligencia, u otro acto, u omisión *wrongful* (ilícito, culposo en general) del transportador, sus empleados o agentes; b. El daño sufrido se debió completamente a la negligencia, u otro acto, u omisión *wrongful* de un tercero.

El artículo 22 reconoce la limitación de responsabilidad del transportador sólo para las hipótesis siguientes: perjuicios por retraso (en el transporte de personas): 4.150 DEGS por pasajero (inc. 1.º); destrucción, pérdida, daño o retraso en el transporte de equipaje: 1.000 DEGS, salvo una especial declaración de interés en la entrega final (inc. 2.º); destrucción, pérdida, daño o retraso en el transporte de carga: 17 DEGS por kilo de peso total de la mercancía considerada en la solicitud de resarcimiento, salvo que exista una especial declaración de interés en la entrega final (incs. 3.º y 4.º).

En los casos de los incisos 1.º y 2.º, la limitación no existe en presencia de la prueba de la conducta temeraria y consciente del transportador o sus agentes, que actuaron en ejercicio de sus funciones (inc. 4.º). Por tanto, la investigación sobre la existencia en el caso específico de esta forma de ilícito, que requiere la presencia simultánea de elementos materiales y psicológicos, cada vez encontrará mayores dificultades. En el primer caso (retraso) la circunstancia que en la mayoría de los casos el retraso se debe a otros sujetos (pensemos en el ente de control del tráfico aéreo), y en el segundo (equipaje) la sistemática ausencia de aquellas instrucciones y recomendaciones que normalmente acompañan la etapa de entrega de las mercancías al transportador, incluso mediante la descripción de la carga en el documento de transporte, hacen que sea muy problemático identificar las conductas características del transportador frente a la conciencia de su propia conducta indebida.

Por último, auspiciamos que la correcta interpretación de la detallada descripción de la conducta temeraria y consciente, contenida en las disposiciones de ley que la contemplan y que legitiman su pertenencia al ámbito de la semi-intencionalidad, conduzca a la superación definitiva de la *querelle* sobre los criterios de comprobación del *state of mind* del autor del acto indebido. De hecho, a diferencia de

ciertos conceptos contiguos como *wilful misconduct*, *recklessness*, *wanton conduct*, que vienen de la experiencia del *common law*, los cuales, a pesar de haber entrado en el lenguaje de la legislación escrita, carecen de una definición legal, la conducta temeraria y consciente puede y debe ser interpretada y comprobada con base en el dato normativo específico y detallado, cuyo valor no puede ser libremente desatendido por el intérprete.