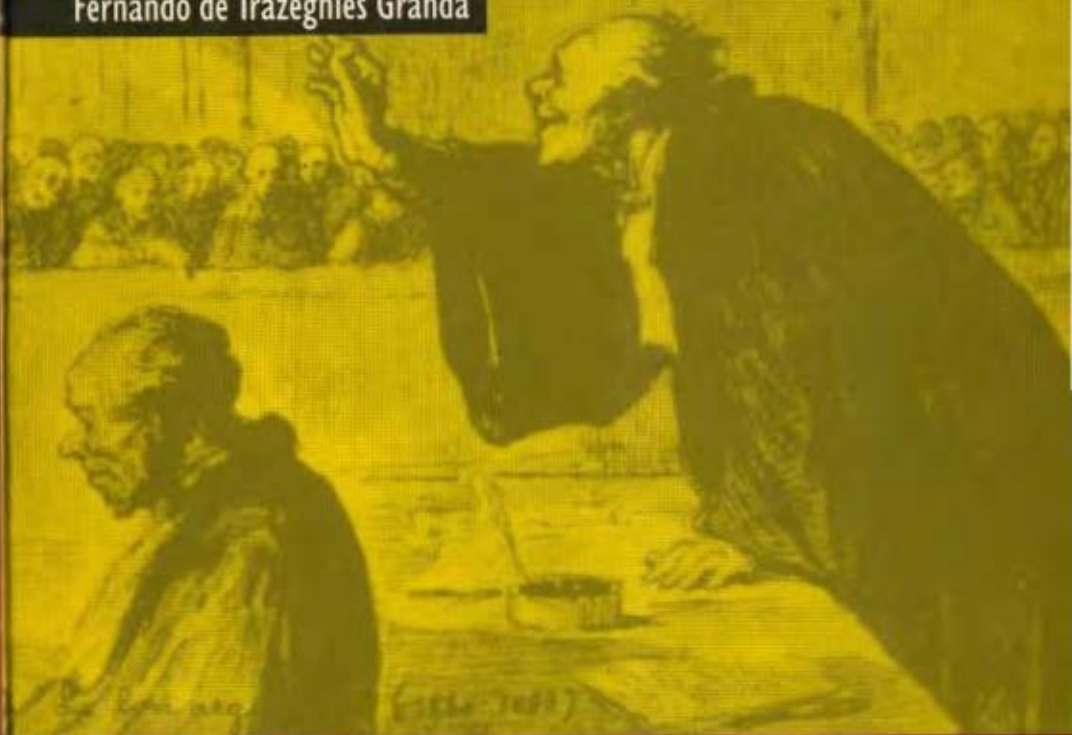


Fernando de Trazegnies Granda

Fernando de Trazegnies Granda



La responsabilidad extracontractual

La responsabilidad extracontractual

Vol. IV

Tomo II

Vol. IV - Tomo II Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL

Biblioteca
PARA LEER
EL CÓDIGO CIVIL



Pontificia Universidad Católica del Perú FONDO EDITORIAL 2001

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Biblioteca Para leer el Código Civil
dirigida por: Fernando de Trazegnies Granda

Fernando de Trazegnies

La Responsabilidad Extracontractual

(ARTS. 1969-1988)
SETIMA EDICION

TOMO I

BIBLIOTECA

PARA LEER EL CODIGO CIVIL
VOL. IV



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 2001

Primera edición, setiembre de 1988	1,500 ejemplares
Segunda edición, octubre de 1988	1,500
Tercera edición, noviembre de 1988	1,500
Cuarta edición, julio de 1990	1,500
Quinta edición, junio de 1995	1,500
Sexta edición, mayo de 1999	750
Sétima edición, setiembre de 2001	500

La responsabilidad extracontractual (arts. 1969-1988). Tomo I. (Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol. IV

Copyright © 2001, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Plaza Francia 1164, Lima-Perú.
 Telefax: 511-3307410. Telf.: 511-3307411
 E-mail: feditor@pucc.edu.pe

Derechos reservados

ISBN: 84-8390-983-9

Depósito Legal: 1501052001-3091

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru

The general purpose of the law of torts is to secure a man indemnity against certain forms of harm to person, reputation or estate, at the hand of his neighbours, not because they are wrongs, but because they are harms.

OLIVER WENDELL HOLMES
(Estados Unidos, 1881)

Au terme du parcours sur lequel s'élançait notre droit, toute victime d'accident aura donc une créance de réparation!

RENE SAVATIER
(Francia, 1963)

The concepts of community responsibility for the injured and a comprehensive entitlement to care, treatment, rehabilitation and compensation are not now seriously challenged.

J. L. FAHY
(Nueva Zelanda, 1976)

Tous les dommages accidentels causés par l'activité d'autrui devraient et pourraient recevoir compensation. Seule la faute délibérée de la victime devrait supprimer ou décroître son droit à indemnisation. Le dommage accidentel devrait en général être couvert par des techniques de dilution de sa charge.

ANDRE TUNC
(Francia, 1981.)

¿Que es un acto humano sino una ilusión cuando dos interpretaciones distintas son igualmente válidas?

LAWRENCE DURRELL.

Nota del Editor

El presente es el Volumen VI de la Biblioteca "Para leer el Código Civil", que está destinada a cubrir todos los artículos del Código Civil de 1984.

Conforme se anunció en el primer volumen, que se encuentra ya en su novena edición, los estudios publicados en esta Biblioteca se orientarán a ayudar en la interpretación del nuevo Código Civil, por lo que están centrados sustancialmente en su articulado. Sin embargo, la actitud interpretativa no es obstáculo para la crítica ni para la sugerencia. Tampoco implica un sometimiento absoluto a la voluntad del legislador, sino que persigue lograr creativamente la mejor utilización posible del texto legal en cada circunstancia. Por todo ello, estos libros pretenden desempeñar el papel de valiosos instrumentos de trabajo en manos del juez, del abogado e incluso del futuro legislador.

Los dos primeros volúmenes aparecieron prácticamente en la fecha de entrada en vigencia del Código. Por eso se consideró importante ofrecer en ellos una introducción a temas variados del nuevo cuerpo legal, a cargo de quienes fueron sus legisladores, a fin de permitir una primera familiarización con el espíritu de los textos. A partir del Volumen III (Marcial RUBIO CORREA: *Título Preliminar*), hemos iniciado una perspectiva monográfica en profundidad, recorriendo en cada caso los artículos correspondientes a una de las Secciones o de los Libros del Código en particular.

Esperamos contribuir en esta forma a la difusión del nuevo Código y al progreso de la ciencia jurídica en el país.

Capítulo II: El principio objetivo de responsabilidad	167
Sección I: Presencia de la responsabilidad objetiva	169
Sección II: El riesgo o peligro	172
Título III: De las inmunidades	193
Capítulo I: Generalidades	195
Capítulo II: El daño autorizado	201
Sección I: Del ejercicio regular de un derecho	203
Sección II: De la legítima defensa	211
Sección III: Del estado de necesidad.	221
Capítulo III: <i>Volenti non fit iniuria</i>	229
Sección I: Generalidades	231
Sección II: Los convenios de irresponsabilidad	232
Sección III: La asunción voluntaria del riesgo	249
Sección IV: Los convenios <i>ex post</i>	267
Sección V: Consideraciones finales	271
Capítulo IV: Las inmunidades contextuales	273
Sección I: Generalidades	275
Sección II: El ambiente de gratuidad	276
Sección III: El ambiente de familiaridad	287
Capítulo V: El escudo del seguro	297
Título IV: La relación de causalidad	301
Capítulo I: El nexo causal	303
Capítulo II: Las fracturas causales	323
Sección I: Generalidades	325
Sección II: El caso fortuito y la fuerza mayor	328
Sección III: El hecho determinante de tercero	356
Sección IV: La imprudencia de la víctima	369
Capítulo III: Los daños remotos	401

Título V: Casos especiales de responsabilidad	419
Capítulo I: El daño inconsciente	421
Sección I: El estado de pérdida de consciencia	423
Sección II: La incapacidad	437
Capítulo II: Los daños causados por las cosas	459
Sección I: De las cosas animadas	464
Sección II: De las cosas inanimadas	479
Sub—Sección I: De la caída de los edificios	479
Sub—Sección II: De las cosas peligrosas	496
Capítulo III: La responsabilidad vicaria del empleador	507
Sección I: Subjetividad y objetividad	609
Sección II: El fundamento de la responsabilidad vicaria ...	519
Sección III: Condiciones de aplicación	525
Sección IV: La acción de repetición	538
Capítulo IV: Difamación y calumnia	545
Sección I: La difamación	547
Sección II: La calumnia	551
Título VI: Responsabilidades concurrentes	559
Capítulo I: Incitación o ayuda	561
Capítulo II: Solidaridad de responsables	571
Sección I: Responsabilidad solidaria o responsabilidad <i>in solidum</i>	573
Sección II: El Código Civil peruano	576
Sección III: Las relaciones intra-responsables	582

DEDICATORIA

Este libro quiere rendir homenaje al doctor José LEON BARANDIARAN, maestro de toda una generación.

El doctor LEON BARANDIARAN fue quizá el primer jurista peruano que desarrolló una reflexión rigurosa y sistemática sobre el Derecho Civil, utilizando abundantemente el método comparatista con una erudición y una finura de análisis verdaderamente admirables y sin precedentes en nuestro medio. El rigor de su pensamiento se combina en sus trabajos con un enorme poder sugestivo y una gran receptividad.

Es posible que el secreto de la fuerza de su obra exegética, el aliento vital que se respira en cada una de sus páginas, esté constituido por su concepción del Derecho. Lejos de convertir su campo de estudio en el catabozo donde se encierra a sí mismo el especialista, LEON BARANDIARAN ha tomado siempre el Derecho como una puerta abierta hacia el mundo, como un punto de vista a partir del cual era preciso redescubrir todo, como un equipaje de caminante que había que echarse al hombro y luego salir a andar por el mundo real.

Esto explica la inquieta vida intelectual del doctor LEON BARANDIARAN. Lector empedernido de Vallejo, admirador de Dante, frecuentador asiduo de Cervantes, de Shakespeare y de Goethe, le confesó alguna vez al autor de estas líneas: "A mí el Derecho nunca me interesó. En mi casa tengo pocos libros de Derecho; la mayor parte son de Literatura". No cabe duda de que exageraba. Pero esta exageración intencional era una forma de transmitir esa convicción tan acendrada en

LEON BARANDIARAN de que el jurista tiene que ser ante todo un humanista.

En uno de sus trabajos, escribió el doctor LEON BARANDIARAN que "El artista genial es como un pequeño Dios que se complace en una especie de recreación del mundo. El puede develar los más íntimos y recónditos secretos de la naturaleza y del alma". Y éste es quizá el modelo que se propuso para su actividad teórica: el jurista tiene que ser como el artista, tiene que estar atento a la naturaleza y al alma y tiene que proponerse recrear el mundo. El jurista no puede ser el mero intérprete mecánico de la voluntad del legislador sino que, como todo artista, tiene que tener imaginación, tiene que reconstruir la teoría jurídica. Para ello utilizará las leyes que, como si se trataran de pinceles y de pinturas, el legislador le ha puesto en las manos; pero la obra jurídica finalmente no puede quedar reducida a lo que dicen las leyes, como una obra de arte no es un pincel y unas pinturas: es preciso utilizar esos instrumentos para componer —es decir, crear a base de ciertos elementos dados— una obra jurídica, de la misma manera como se compone un cuadro, un verso o una sinfonía. Y es esa actitud de artista inspirado del Derecho la que ha hecho que la nueva generación lo considere como la personificación del jurista auténtico.

Personalmente, me siento muy agradecido a sus libros y a su amistad que han contribuido decisivamente en mi formación jurídica y humana. El afecto que ha tenido a bien demostrarme en tantas oportunidades, la modestia y la elegancia con que siempre supo expresar las opiniones jurídicas más complejas y las críticas más certeras, despertaron en mí un profundo respeto intelectual y una gran admiración, así como un afecto personal muy intenso.

Dentro de tal contexto, este libro puede parecer un ejercicio de arrogancia inexcusable, porque se toma la libertad de discutir un texto legal en el que el doctor LEON BARANDIARAN tuvo participación. Sin embargo, los humanistas —¡tan admirados por LEON BARANDIARAN!— reconocieron que el hombre no puede resignarse a lo que le ha sido dado, a pesar de toda su excelencia, sino que siente la necesidad irresistible de repensar lo aprendido, de discutir los conocimientos recibidos, de transformar permanentemente su entorno físico e intelectual e incluso su propia naturaleza. PICO della MIRANDOLA decía que el hombre no tiene un lugar establecido en el mundo ni está confinado a límite alguno,

sino que tiene que determinar por sí mismo su posición y sus límites. Y Guillaume POSTEL escribía en 1560 que el entendimiento entre los hombres no debía buscarse a través de la reducción de todas las opiniones a una sola que se tiene por verdadera sino tolerando los vicios de los demás y aprobando sus virtudes.

Por otra parte, como maestro, LEON BARANDIARAN ha puesto siempre en práctica la idea de que una escuela no es un conjunto regimentado y uniforme de pareceres sino una efervescencia intelectual. En consecuencia, plantear posiciones distintas a las del Maestro no es apartarse de su escuela sino, por el contrario, asumir una de las líneas más profundas de su enseñanza.

Creo, pues, que la discrepancia es también una forma (dialéctica) de homenaje. Por ello, aun cuando nada puede perdonar la osadía, quisiera ofrecerle al doctor José LEON BARANDIARAN, como un acto de reverencia intelectual, estas páginas que no hubieran sido posibles sin su enseñanza, con el anhelo de que, tolerando los vicios de razonamiento y aprobando sus virtudes (si las hubiera), puedan ser aceptadas por el Maestro.*

Lima, junio de 1987

* Esta Dedicatoria fue escrita cuando todavía no se había producido el fallecimiento del Dr. José León Barandiarán. Sin embargo, pensamos que los grandes espíritus tienen en este mundo no sólo una vida física, que es mortal, sino también una vida intelectual, que es imperecedera. Por eso hemos decidido no cambiar nada en esta Dedicatoria, ya que el Dr. León Barandiarán no ha dejado ni dejará de estar entre nosotros a través de nuestra admiración y de nuestro afecto.

PREFACIO

La finalidad de este trabajo es colaborar con el abogado y con el juez para desarrollar una mayor riqueza interpretativa de las normas sobre responsabilidad extracontractual, vigentes a partir del 14 de noviembre de 1984. Creemos que la interpretación puede ser enriquecida con una exploración de los sentidos posibles de los textos legales. Por ello, estas disquisiciones se encuentran a mitad de camino entre el pasado de la redacción del Código y el futuro de su aplicación.

En este sentido, pensamos que el esfuerzo por redescubrir la voluntad presunta del legislador no debe ser entendido como un intento de congelar la vida de la ley y recortar la posibilidad de que reciba en el futuro diferentes interpretaciones. Hemos sostenido en diversos foros que la ley no es sino una guía de trabajo que requiere ser interpretada; de ninguna manera puede considerarse como un producto final que se aplica mecánica y uniformemente a todo caso que cae bajo su imperio. Aun sin ser positivistas, coincidimos con Hans KELSEN cuando nos dice que «la ley a aplicar representa un simple marco en cuyo interior existen varias posibilidades de interpretación» y, por consiguiente, "decir que un acto jurisdiccional, una sentencia o un decreto, está fundado en la ley no significa que *es la* norma que puede ser creada dentro del marco de la norma general, sino únicamente que es *una* de las varias normas individuales que podrían ser creadas". Y KELSEN agrega, para mayor claridad, que "el resultado de una interpretación jurídica no puede ser otra cosa que la determinación del *marco* que representa ese Derecho a aplicar y,

como consecuencia, el reconocimiento de las *diferentes posibilidades* que existen en el interior de ese marco. Es así como la interpretación de una ley no debe necesariamente conducir a una decisión única, que sería la correcta; *es posible que la ley conduzca a varias decisiones que son todas de igual valor* (siempre que se tome como medida del valor sólo a la ley por aplicarse)¹.

Es por ello que, siguiendo a KELSEN, no creemos que las declaraciones de quienes redactaron el Código de 1984 sobre el sentido de "su" voluntad legislativa nos proporcionan "la" interpretación única y correcta de las reglas sobre responsabilidad extracontractual contenidas en el nuevo Código. Siempre es KELSEN quien nos recuerda que "Desde el punto de vista del Derecho positivo, ya sea que uno se atenga a la voluntad presunta del legislador descuidando el texto literal, ya sea que por el contrario se observe estrictamente el texto sin preocuparse de la voluntad a menudo problemática del legislador, se trata de dos actitudes que tienen absolutamente el mismo valor"².

En realidad, frente a la voluntad del legislador histórico que redactó la norma está también la voluntad del legislador actual que no la deroga: la norma se mantiene en vigencia día a día porque existen razones —muchas veces nuevas, nunca pensadas por el legislador histórico— para no derogarla. Por consiguiente, estas razones (que pueden ser distintas de aquellas que inspiraron la dación de la norma) son tan válidas —o quizá incluso más— que las del legislador histórico. En ese sentido, la ley es al legislador como el hijo a su padre: le debe la vida, pero ello no lo convierte en su esclavo. Las razones que tuvieron sus padres para procrearlo dicen mucho de lo que sus padres querrían que el hijo fuese; pero el hijo tendrá inevitablemente una vida propia. No cabe duda de que acogerá en muchos casos las ideas de sus padres; pero lo hará porque tienen sentido dentro de las circunstancias de su propia vida y no simplemente porque sus padres lo procrearon con esas ideas en la mente.

1. Hans KELSEN: *Théorie Pure du Droit*. Trad. francesa de la 2a. ed. de la "Reine Rechtslehre" por Charles Eisenmann. Dalloz. Paris, 1962. p. 457. El énfasis es nuestro.

2. *Op. cit.* p. 458.

Nuestra tarea no consiste, entonces, en establecer pies forzados para los intérpretes futuros sino, por el contrario, en mostrar algunas de las diferentes posibilidades interpretativas de las normas, en señalar sus encrucijadas de sentidos que nos abren caminos hacia destinos diversos y quizá todavía desconocidos. Las normas se abrirán paso por sí solas por entre la maleza de las situaciones jurídicas, adaptándose a las cambiantes circunstancias y lanzándose hacia metas insospechadas. No pretendemos aquí levantar un inventario de todas las trochas posibles dentro de este bosque legal de sentidos, ya que gran parte de ellas se encuentra todavía más allá de nuestro horizonte existencial; lo que queremos —más modestamente— es invitar a los hombres de Derecho a explorar el interior de esas nuevas tierras que han sido simplemente demarcadas en la Sección Sexta del Libro VII del Código Civil de 1984.

La responsabilidad ha sido uno de los clásicos campos de batalla entre los juristas. Hay pocos temas en el Derecho donde se hayan generado contiendas intelectuales tan apasionadas como en éste. Casi todo civilista se ha sentido con la obligación de tomar partido por la subjetividad o por la objetividad de la responsabilidad y se han escrito miles de páginas sobre la materia, tanto en los libros especializados como en grandes capítulos de los Tratados generales de Derecho Civil.

Sin embargo, cuando comparamos estas exquisitas disquisiciones doctrinarias con las urgencias de la realidad contemporánea en materia de accidentes, nos sentimos cuando menos incómodos. ¡Tanta energía intelectual despilfarrada y tan poca satisfacción obtenida con ello por las víctimas de los accidentes de la vida moderna! La discusión clásica nos da la impresión de esos torneos medievales en donde, dentro de un ambiente multicolor y de fiesta intelectual, los grandes juristas se dan furiosas embestidas conceptuales. Pero el presunto "beneficiario" de esas justas, esa víctima que requiere reparación del daño recibido, no se beneficia mayormente de todo ese desborde de entusiasmo jurídico sino que tiene, a pesar de tanta teoría, que esperar años antes de ganar su juicio. Mientras su abogado y el de la parte contraria se solazan en las recíprocas argumentaciones, la pobre víctima ve cómo su pretendida reparación por los gastos que tuvo que realizar en moneda dura a causa del accidente, se reduce a pasos agigantados en virtud de la inflación, mientras que sus gastos de abogado y de juicio siguen incrementándose. Si gana el juicio, se encontrará que económicamente más le hubiera valido no haberlo iniciado. Y, lo que es peor, muchas veces no podrá recuperar ni siquiera parte de

sus gastos porque su victoria es pírrica: su abogado le ganó en argumentos al abogado de la parte contraria y obtuvo sentencia favorable; pero el demandado no tiene medios para hacer frente al pago de la reparación.

* * * *

Un proverbio suff enseña que hay libros que dicen cosas y hay libros que hacen cosas. Nos gustaría que el nuestro fuera de los segundos.

PARTE PRIMERA

**LA TEORIA DE LA
RESPONSABILIDAD
EXTRACONTRACTUAL**

TITULO I
LOS ORIGENES

1. *Instituciones y principios.* No es posible entender una institución jurídica a través de la mera lectura del articulado correspondiente; hay que conocer antes que nada el principio o los principios que organizan tales normas en ese campo conceptual integrado que llamamos institución. De ahí que sea muy importante descubrir ante todo el principio o los principios de responsabilidad que alientan —o que pueden alentar— la responsabilidad extracontractual en el Código Civil de 1984 y sólo desde esta perspectiva observar el funcionamiento de las normas que integran la institución.

Ahora bien, los principios organizan las instituciones para realizar —éticamente, justamente, eficientemente, económicamente, etc.— ciertos fines u objetivos que la sociedad se propone lograr. El Derecho es básicamente un mecanismo de regulación de las conductas sociales. Por consiguiente, la clave de la institución la encontraremos en los propósitos sociales que el Derecho pretende realizar. Una vez conocidos los objetivos sociales, podremos reconocer los principios jurídicos que nos ayudan a realizarlos; y ello nos permitirá a su vez una interpretación eficiente y dinámica de las normas pertinentes.

2. *Una labor de desmitificación.* Para comenzar, es preciso desmitificar el campo de estudio. Los mitos son saludables y enriquecedores con relación a esas verdades y a esos conocimientos que no pueden ser expresados sino míticamente. Pero cuando la forma mítica desciende del plano de los grandes misterios de la Divinidad, del Cosmos y del Yo y pasa a sustituirse a la razón o a la observación en los campos propios del análisis crítico o de la comprobación rigurosa de los hechos, entonces el mito se prostituye y se convierte en pseudo-ciencia o en pseudo-historia; en este caso su función es empuñecedora y oscurecedora antes

que iluminadora y ampliadora de la consciencia. Y sucede que el Derecho es bastante afecto a los falsos mitos, lo que entorpece artificialmente su desarrollo como ciencia social.

Uno de los mitos más amados por los juristas consiste en creer que las instituciones jurídicas son eternas, que no tienen comienzo ni fin porque son contemporáneas de la humanidad: comenzaron con el primer hombre y terminarán con el último. Desde este punto de vista, algunos han pretendido que la responsabilidad extracontractual —como la familia, la propiedad, el contrato— existe desde el comienzo de los tiempos. Otros han sostenido que la antigua Roma fue el primer pueblo civilizado, que comprendió las verdades intemporales del Derecho Natural que los inciviles antecesores no habían logrado entender, y por ello fueron los romanos quienes explicitaron las bases universales de todas nuestras instituciones jurídicas, incluida la responsabilidad extracontractual.

3. *Derecho e historia.* Nuestra tesis consiste en afirmar, por el contrario, que la responsabilidad extracontractual es básicamente una institución moderna —es decir, desarrollada durante los últimos 300 años— porque es una solución nueva para un problema viejo.

No porque la necesidad de viviendas haya existido siempre podemos decir que los rascacielos han existido también siempre, mediante el recurso retórico de considerarlos como meras variantes verticales de las cavernas prehistóricas. El cronista Juan de MATIENZO, cuando quiso en 1567 describir las llamas de ese Perú descubierto pocas décadas antes, no encontró mejor forma de hacerlo que considerándolas ovejas: "Llaman los naturales a las ovexas, llamas...Su talle, es del tamaño de asnillos, crecidos de piernas y anchos de barriga; tira su pescuezo y talle a camello. Las cabezas son largas...", pero, a pesar de todas esas diferencias, no son sino ovejas de Castilla de "características especiales"³. En Derecho hay muchas llamas que pasan por ovejas romanas.

Las instituciones jurídicas no son soluciones universales a determinados problemas sino intentos históricos de dar una respuesta jurídica a problemas cuya raíz es a veces —no siempre— universal; intentos cir-

3. Juan de MATIENZO: *Gobierno del Perú*. Institut Français d'Études Andines. Paris-Lima, 1967, p. 89.

cunstandiados, porque utilizan los valores, técnicas y conocimientos de cada época determinada a fin de encontrar una solución mejor y más adecuada a las circunstancias. El problema puede existir a través de las épocas (relativamente, sólo en su gran silueta, porque en sus formas concretas el planteamiento del problema también varía a lo largo de la historia); pero definitivamente las respuestas y soluciones que se proponen al problema dependen de las ideas, medios y circunstancias de cada época.

4. *El tratamiento social de los daños.* El problema que afronta la responsabilidad extracontractual es el relativo al tratamiento social de los daños que los hombres se infligen unos a otros. Pero las respuestas han variado notablemente a lo largo de la Historia.

Originalmente, este problema se resolvía a través de la venganza privada. Sin embargo, difícilmente podemos decir que ése es el antecedente de la moderna y sofisticada responsabilidad extracontractual. En todo caso, podría ser el antecedente remoto de todo el Derecho; o quizá mejor, la venganza privada es probablemente el estado social anterior a la existencia del Derecho. Más tarde la venganza es organizada por el grupo y así resulta monopolizada por la autoridad social.

En realidad, es posible hablar de Derecho —y aun entonces sólo con sentido analógico— cuando se pasa del estadio de las reclamaciones interindividuales o de la irrestricta decisión de la autoridad social a un sistema normativo de organización de la sociedad en tanto que tal, con derechos y obligaciones para los ciudadanos y para el Estado, con frenos y contrapesos que equilibran los *intereses* brutos, los que, a través de un razonamiento socialmente aceptable, son transformados en *derechos* reclamables. El Derecho Romano, por ejemplo, ya no es una mera canalización de la venganza ni el nudo ejercicio de la autoridad por aquél que gobierna sino que es un "sistema", una organización de los intereses y actividades de los hombres en el seno de la sociedad, que establece derechos y obligaciones recíprocos.

5. *La responsabilidad extracontractual en el Derecho Romano.* Sin embargo, el Derecho Romano tampoco conoció propiamente una teoría de la responsabilidad extracontractual.

Nos dicen los hermanos MAZEAUD que los romanos no tuvieron un principio general aplicable a lo que ahora llamamos responsabilidad

extracontractual. No hay un solo texto de naturaleza general y principista; los juristas latinos se limitaron simplemente a conceder indemnizaciones en ciertos casos específicos⁴. El primer reconocimiento del área como tal —que los MAZEAUD califican de ensayo de generalización, pero hacen la salvedad de que no es todavía un esfuerzo de abstracción teórica— es la *lex Aquilia*. Esta norma es fundamentalmente una base de protección de la vida y de la propiedad a través de la concesión de una indemnización para ciertos casos específicos en que estos derechos resultan afectados; pero aunque ya se trata de un texto normativo sobre el tema, todavía no se formula como una institución sino que las normas de la *legis Aquiliae* se encuentran limitadas a situaciones absolutamente particulares. Los MAZEAUD aclaran además que la *lex Aquilia* no exigía la *culpam* como condición para su aplicación, sino que se trataba de una responsabilidad que ahora llamaríamos "objetiva": no era necesario probar la negligencia del autor del daño sino sólo el *damnum iniuria datum*. Es recién a fines de la República que juristas como Quintus Mucius SCAEVOLA iniciaron un cierto desarrollo hacia lo que ahora designamos con el nombre moderno de culpa aquiliana. Pero se trata todavía de un movimiento subjetivista tímido y vacilante. Por otra parte, la *lex Aquilia* tenía un campo muy restringido: sólo otorgaba acción a los propietarios que eran ciudadanos romanos. Son los pretores los que ampliaron dificultosamente la protección en dos direcciones: de un lado, incluyendo en ella a los titulares de otros derechos reales y, de otro lado, haciendo extensiva la protección a los *peregrinos* (visitantes extranjeros), que no tenían ciudadanía romana.

BERMAN opina que en el Derecho Romano los conceptos "no eran tratados como ideas que subyacen a las reglas y determinan su aplicabilidad. No eran considerados filosóficamente. Los conceptos del Derecho Romano, como sus numerosas reglas jurídicas, estaban vinculados a situaciones específicas. El Derecho Romano consistía en un intrincado tejido de reglas; pero éstas no eran presentadas como un sistema intelectual sino, más bien, como un elaborado mosaico de soluciones prácticas a cuestiones jurídicas específicas. Por eso uno puede decir que, aun-

4. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 6a. ed. T.I. Editions Montchrestien. Paris, 1965. Nos. 22-6, pp. 34-36.

que existían conceptos en el Derecho Romano, no había un concepto del concepto"⁵.

Sandro SCHIPANI, en un libro extraordinariamente minucioso y preciso⁶ y en un artículo reciente⁷, es quizá quien más extensamente ha tratado el tema. Y desde el inicio nos advierte que, si bien la Escuela Pandectista alemana del siglo pasado señala sin ninguna duda que la responsabilidad *ex lege Aquilia* en el Derecho Romano se aplicaba en base al criterio de culpa (entendida como negligencia), esa interpretación es sospechosa: es una forma de leer las fuentes antiguas que responde al uso moderno que los juristas alemanes del S. XIX querían dar al Derecho Romano⁸. En realidad, las cosas son bastante más complicadas y deben ser apreciadas en su evolución histórica en el transcurso del desarrollo del Derecho Romano.

Para algunos, dice SCHIPANI, la forma romana de resolver los casos que ahora llamaríamos de responsabilidad extracontractual se acerca más a la responsabilidad objetiva que a la subjetiva. Así SCHIPANI da cuenta de que hay quienes, como VENEZIAN, interpretan el sistema romano "en clave de responsabilidad objetiva"⁹. ROTONDI piensa que, para los juristas romanos clásicos, el término "*culpa*" no significa culpa en el sentido técnico, sino mera imputabilidad; por eso, responden también los incapaces aun cuando no tengan culpa subjetiva¹⁰. Y KUNKEL sostiene que la palabra misma de *culpa*e habría sido raramente utilizada por los juristas romanos clásicos¹¹ y que su sentido era más bien el de

5. Harold J. BERMAN: *Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition*. Harvard University Press. Cambridge (U.S.A.), 1983, p. 150.

6. Sandro SCHIPANI: *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della "culpa"*. Università di Torino. G. Giappichelli, Editores. Torino, 1969.

7. Sandro SCHIPANI: *Diritto romano e attuali esigenze della responsabilità civile: pluralità di prospettive e ruolo della "culpa" come criterio elaborato dalla scienza del diritto nell'interpretazione dalla "lex Aquilia"* en *Studia Iuridica* XIV/1985.

8. Sandro SCHIPANI: *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di Imputazione e Problema della "culpa"*. Università de Torino. G. Giappichelli, Editore. Torino, 1969, pp. 1-2.

9. Sandro SCHIPANI: *Op. cit.*, p. 12.

10. *Ibid.*, p. 13.

11. *Ibid.*, p. 15.

dolo; la culpa, entendida como negligencia y contrapuesta al dolo, sería una construcción posterior.

SCHIPANI nos hace notar que en el texto de la *legis Aquiliae* no hay ninguna mención al término "*culpam*", ley que, por otra parte, es eminentemente casuística. Son los pretores, quienes llevando la *legem Aquiliam* más allá de sus propios términos, iniciaron el desarrollo de la idea de la responsabilidad. Los juristas clásicos utilizaron fundamentalmente la perspectiva de la *iniuriae* antes que la de la *culpa*. La diferencia entre ambas expresiones es muy importante. El sentido de la *iniuriae* equivale a una conducta sin justificación jurídica: se trata de una conducta injusta porque quien la realiza no tiene derecho para realizarla¹². En otras palabras, la *iniuriae* es la violación —casi diríamos, objetiva— de un derecho de otro, sin derecho propio para hacerlo; y esta violación produce un daño en el otro. Así, la *iniuria* no se refiere a la voluntad del sujeto sino a la ilicitud de la conducta; al punto que puede producirse una *iniuriam* con una conducta involuntaria¹³, como la del incapaz. En la calificación de la *iniuriae* se pone el acento en el *hecho*: es un hecho socialmente reprobable porque el sujeto no tenía derecho a hacerlo, independientemente de toda apreciación moral del acto, es decir, independientemente de que el agente lo haya hecho voluntariamente o no, con negligencia o no. En la calificación de la *culpa* (como ésta se desarrollará posteriormente) se pone el acento más bien en el *sujeto*: se juzga la moralidad de la conducta y se la juzga reprobable en sí misma debido a que el sujeto pudo preverla y evitarla, pero no lo hizo por negligencia¹⁴.

Los pretores se sirvieron de esta noción de *culpa* —bastante más subjetiva que la de *inuriae*— como un *topos* que, de un lado, les permitía dinamizar las soluciones jurídicas extendiendo el alcance de los casos particulares contemplados en la *lege Aquilia* y, de otro lado, constituía una ayuda para precisar la causalidad. En efecto, el establecimiento del nexo causal entre una acción y un daño es siempre un problema: en un sentido extenso, todo es causa de todo. Por eso el pretor considera que la existencia de una conducta subjetivamente reprobable —*culpa*— facilita

12. *Ibid.*, pp. 83-4.

13. *Ibid.*, pp. 89 y 90.

14. *Ibid.*, pp. 106 y 109.

la singularización del «causante» entre los muchos que directa o indirectamente tuvieron que ver con la producción del daño.

Pero no será en Roma sino en Constantinopla donde se acogerá más decididamente la idea de culpa: son los maestros de la escuela oriental, inspirados en la obra de Ulpiano, quienes provocarán una expansión de la referencia a la culpa¹⁵. ROTONDI nos dice que recién en el Derecho justinianeo se plantea la culpa —noción que había sido elaborada más bien en el ámbito de la responsabilidad contractual— como presupuesto subjetivo de la responsabilidad aquiliana, es decir, como método para la aplicación de la *legis Aquiliae*¹⁶. Según SCHIPANI, en la compilación de Justiniano la exposición de la *legis Aquiliae* se desarrolla tomando la culpa como técnica interpretativa y argumentativa¹⁷. Pero aún en el Derecho justinianeo, la culpa no tiene plenamente el sentido de negligencia, sino que permanece vinculada al sentido de conducta reprobable de la que se sigue un daño¹⁸; esta conducta reprobable está muchas veces constituida por una negligencia, pero no siempre¹⁹. Además, si bien hay una consciencia de la culpa —entendida siempre en sentido objetivo, como confrontación de la conducta dañina con un modelo de conducta y no con las posibilidades reales del sujeto— todavía no existe una elaboración conceptual terminada: ocupa un lugar central, pero los puntos de vista sobre ella oscilan sin encontrar todavía la estabilidad de una concepción dogmática unitaria²⁰.

6. *La responsabilidad extracontractual en el antiguo Derecho Anglosajón.* En el mundo del Derecho Anglosajón, los autores reconocen que la responsabilidad extracontractual comienza recién y de manera muy

15. *Ibid.*, p. 37.

16. Sandro SCHIPANI: *Diritto romano e attuali esigenze della responsabilità civile: pluralità di prospettive e ruolo della "culpa" come criterio elaborato dalla scienza del diritto nell'interpretazione dalla "lex Aquilia"* en *Studia Iuridica* XII/1985, p. 255.

17. Sandro SCHIPANI: *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di Imputazione e Problema della "culpa"*. Università de Torino. G. Giappichelli, Editore. Torino, 1969, pp. 26.

18. *Ibid.*, p. 452.

19. *Ibid.*, p. 473.

20. *Ibid.*, p. 152.

incipiente en el S. XIII con el recurso denominado *trespass* (del latín, *transgressio*), que era un remedio contra daños directos y físicos a personas o propiedades.

Es probable que este derecho a reparar tal tipo de daño estuviera basado remotamente en la *lege Aquilia*. Recordemos que la *lex Aquilia* tampoco protegía los daños resultantes de cualquier conducta sino "sólo de aquélla que ocasiona el evento a través de un contacto inmediato, físico y violento, entre el sujeto agente y el sujeto pasivo"²¹. De otro lado, en Inglaterra —como en Roma, según se ha visto— no hay una preocupación teórica sobre la materia y lo que ahora llamamos responsabilidad extracontractual se desarrolla en función de casos específicos. Para accionar judicialmente, el demandante tenía que comprar una suerte de formulario o recurso (*writ*); y sólo se vendían recursos específicos. El único de tales recursos o *writs* que originalmente tenía vinculación con el campo de aplicación de la moderna responsabilidad extracontractual era el *trespass*. Posteriormente los Tribunales fueron creando nuevos *writs* en este campo y es así como poco a poco se fue constituyendo un mosaico de acciones que fueron calificadas bajo el nombre genérico de *torts* (que viene del latín popular *tortum*, que significa "torcido", vía el francés *tort*, que se refiere a algo contrario a derecho). Los primeros *writs* fueron variantes del *trespass*, utilizables siempre frente a situaciones específicas: ingreso violento a la propiedad ajena, apropiación violenta de ganado, perturbación violenta del cuerpo de otra persona²². Uno de los *writs* que aparecen más tardíamente es el llamado "*negligence*" que, de alguna manera, incorpora algo de la idea de la culpa. Sin embargo, el *tort de negligence* nos recuerda más a la *iniuriam* romana que a la *culpa*: se constituye porque el agente infringe objetivamente un deber establecido, antes que por la moralidad implícita de la conducta subjetiva.

Es entonces interesante destacar que también en Inglaterra los atisbos de responsabilidad extracontractual nacen basados en un principio objetivista: el *trespass* fue un caso de responsabilidad objetiva. Y es sólo

21. *Ibid.*, p. 49.

22. Harold J. BERMAN: *Op. Cit.*, p. 453.

a partir del S. XVII que la alegación de que no había existido "culpa" en el demandado comienza a adquirir la fuerza de una defensa²³.

7. *La moderna responsabilidad extracontractual.* Si ni Roma ni el antiguo Derecho Anglosajón desarrollaron la responsabilidad extracontractual y no prestaron tampoco importancia excesiva al principio de la culpa, ¿de dónde y en qué época nace esa responsabilidad extracontractual subjetivista que tan presente está en los Códigos del S. XIX? Pues nace en el S. XVII, bajo la influencia de las ideas individualistas y liberales.

A partir del momento en que la sociedad pasa a un segundo plano y el individuo se convierte en el constructor dinámico y responsable de su contorno social, se considera que no se puede obligar a una persona a responder sino por lo que estuvo dentro de su esfera de posibilidades: la obligación de indemnizar se deriva única y exclusivamente de la manera —adecuada o inadecuada— como el individuo ha ejercido su libertad. Ahí donde no ha existido libre decisión, tampoco puede haber responsabilidad.

Es por ello que en Inglaterra recién en el S. XVIII —cuando surgen los sistemas modernos de pensamiento— la culpa es materia de análisis en los casos judiciales de *trespass*; es por ello también que significativamente el *tort* denominado *negligence* tiene un desarrollo espectacular en esta época al punto que sobrepasa desde entonces a todos los demás *torts* y asume un sentido cada vez más subjetivista.

Dentro de los órdenes jurídicos de tradición romanista, la responsabilidad extracontractual sigue una evolución similar. GUARINO nos dice que la aparición del *dammi iniuria dati* inicia aquella evolución —todavía no plenamente completa en el Derecho justinianeo— que llevará a los ordenamientos jurídicos modernos a considerar que la "responsabilidad civil" se presenta esencialmente cuando un sujeto realiza un acto que determina un daño económico para otro sujeto: de lo cual se sigue la obli-

23. Vid. Anché TUNC: *La Responsabilité Civile. Économica.* Paris, 1981. Nos. 65-70, pp. 56-59.

gación del dañante de resarcir al dañado por un importe equivalente al perjuicio económico sufrido²⁴.

Ya en la Edad Media, a partir del Derecho Canónico, comienza a esbozarse una concepción más moralista de la responsabilidad, que se modela sobre la idea del pecado. Los órdenes jurídicos medievales admiten cada vez en mayor medida la apreciación de la culpa subjetiva como causal de responsabilidad del agente; o, dicho de otra manera, se reconoce la falta de culpa como defensa válida. Las Partidas de Alfonso el Sabio, por ejemplo, se refieren en tal sentido a los daños y menoscabos.

Según ROTONDI, la culpa moderna —aquella contemplada en el *Code Napoléon*— tiene sus raíces en la Escuela Clásica del Derecho Natural²⁵, es decir, en aquella escuela de Derecho Natural individualista que tiene como fundador a GROCIO (1583-1645) y que se encuentra conformada con juristas como PUFFENDORFF (1632-1694) y HEINECIO (1684-1741). ROTONDI afirma que "es en la obra de la Escuela que por primera vez se afirma el principio de que el daño como tal genera obligación de resarcimiento"²⁶. Esta sería la primera afirmación de principio, que libera a la responsabilidad de la casuística aquiliana. Esta sería la partida de nacimiento de la responsabilidad extracontractual porque, siempre siguiendo a ROTONDI, "la contribución de la Escuela de Derecho Natural no consistiría tanto en haber provocado una aplicación más amplia, sino en haber elaborado una justificación autónoma (la equidad), que permitió a la doctrina el traducir en una formulación general aquello que la práctica había anticipado"²⁷.

Sin embargo, los hermanos MAZEAUD consideran que es el gran jurista francés DOMAT (1625-1696) quien, en el S. XVII, enuncia por primera vez el principio general de responsabilidad: aquél que causa un

24. Antonio GUARINO: *Diritto Privato Romano*. 7ma. ed. Editore Jovene Napoli, 1984. No. 97. 1. pp. 876-877.

25. Sandro SCHIPANI. *Diritto romano e attuali esigenze della responsabilità civile: pluralità di prospettive e ruolo della "culpa" come criterio elaborato della scienza del diritto nell'interpretazione della "lex Aquilia"* en *Studia Iuridica* XII/1985, p. 253.

26. *ibid*, p. 256.

27. *Loc. cit.*

daño está obligado a repararlo. La *actio legis Aquiliae*, a pesar de todas las extensiones pretoriales, nunca había llegado a una formulación de principio²⁸. Pero en el S. XVII el terreno se encontraba abonado por las nuevas ideas individualistas —todavía incipientemente expresadas— que llevaban a pensar en la necesidad de reparar al individuo los daños que pudiera sufrir de otro y en la posibilidad de responsabilizar al individuo agravante cuando y sólo cuando hubiera obrado con culpa. DOMAT colocará la noción de culpa como centro de su teoría de la responsabilidad extracontractual.

En cualquier caso, sean los alemanes de la Escuela Clásica, sea DOMAT, lo importante es que existe acuerdo en los autores en señalar el S. XVII como la época en que la responsabilidad extracontractual adquiere personalidad propia; y la adquiere dentro del cuadro del individualismo liberal. La responsabilidad extracontractual llega a la mayoría de edad con la acentuación del valor del individuo en el S. XVII. Es entonces que se da gran importancia a la protección de los derechos individuales, tanto aquéllos expresamente contenidos en la ley como aquéllos considerados implícitos al individuo (principalmente, el derecho a la vida, a la integridad corporal y a la propiedad). Los romanos ciertamente prefiguraron la importancia del individuo y ello hace que, entre todas las tradiciones jurídicas de la antigüedad, la del Derecho Romano sea la que mejor pudo ser adaptable a la época moderna. Pero el niño que nació en Roma, recién se hizo hombre y adquirió el rostro que hoy le conocemos después del S. XVII.

8. *Los materiales de construcción.* La afirmación de que la responsabilidad extracontractual es una institución inventada y desarrollada en la época moderna, no excluye que haya sido construida con elementos extraídos de antiguas construcciones. No cabe duda de que en ella advertimos las raíces romanas; pero, según ROTONDI, el antecedente de la culpa moderna no se encuentra tanto en la *lege Aquilia* sino, más bien, en la reelaboración bizantino-justiniana²⁹. También se aprecia la presencia (quizá mucho más próxima) de la noción de culpa de los canonistas medievales pensada dentro de la perspectiva del pecado.

28. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, No. 36, pp. 45-46.

29. Sandro SCHIPANI: *Op. cit.*, p. 255.

Pero no se puede decir que un edificio es antiguo porque fue construido con restos de demolición de construcciones antiguas; como no se puede decir que el Palazzo Farnesio —que es una de las más espléndidas manifestaciones del Renacimiento— debe ser considerado un palacio romano porque sus mármoles fueron extraídos de las ruinas del Foro y porque sus fuentes provienen de las termas de Caracalla. Como decía PASCAL: "*Qu'on ne dise pas que je n'ai rien dit de nouveau: la disposition des matières est nouvelle*". Es evidente que lo que cuenta no son los materiales empleados sino la concepción de la institución jurídica, los valores y preocupaciones que la alientan, los propósitos sociales que la organizan. Y éstos, en el caso de la responsabilidad extracontractual, son fundamentalmente modernos.

TITULO II

LA MODERNA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

CAPITULO I

LAS TENDENCIAS EN BOGA

9. *Teorías justificatorias del desplazamiento del daño.* La comprobación de que la responsabilidad extracontractual es una institución histórica y de que sus principios no son universales sino que responden a las preocupaciones de una época, nos devuelve la capacidad de juicio. Dado que estos principios organizativos de la institución surgen en función de una problemática concreta, es importante evaluar el principio que introduciremos en un nuevo Código en función de las circunstancias de la vida social en las que se aplicará; deberá responder a las realidades, convicciones y problemas de nuestra época y no a las preocupaciones de los romanos (quienes, por otra parte, como excelentes juristas, eran muy conscientes de sus circunstancias inmediatas, a diferencia de algunos de sus modernos admiradores).

Ahora bien, la responsabilidad extracontractual moderna es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño. En otras palabras, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el Derecho quiere que los aspectos materiales de este daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros individuos. Los autores coinciden en que la moderna responsabilidad extracontractual coloca el acento en la reparación de la víctima antes que en el castigo del culpable: el automovilista imprudente puede ser sancionado con multas —aun si no ha llegado a producir daños— o eventualmente con sanciones penales si su conducta ha sido particularmente grave; pero el Derecho Civil se ocupa fundamentalmente de reparar a la víctima, persigue el resarcimiento económico de quien sufrió el daño, independientemente de que el causante merezca un castigo o no.

Como puede advertirse, resarcir es desplazar el peso económico del daño: liberar de éste a la víctima y colocárselo a otra persona (el culpa-

ble, el causante, el empleador, el dueño del animal, el asegurador, etc.). Sin embargo, no es posible desplazar el peso económico del daño sufrido por la víctima y colocarlo sobre otra persona si no existe alguna buena razón para que ésta otra lo soporte. Notemos que obligar a una persona a cubrir los daños de un accidente equivale a convertirlo en víctima; y si las víctimas son tratadas con simpatía por el Derecho Civil, no podemos aumentar el número de ellas creando, paralelamente a la víctima directa o física, otra víctima de carácter económico. De ahí que el Derecho haya explorado ciertos *principios* que permiten justificar la transferencia del peso económico del daño.

10. *La culpa.* La primera de estas teorías justificatorias —que corresponde a la mentalidad liberal predominante en la época en que nace la responsabilidad extracontractual moderna— es la llamada responsabilidad por culpa o responsabilidad subjetiva, según la cual el peso económico del daño debe trasladarse al causante si éste ha obrado dolosamente o con imprudencia o descuido.

De acuerdo a este principio, cuando miramos en derredor desde la perspectiva de la víctima que busca satisfacción, al primero que encontramos es al causante del daño; y si este causante no obró con la diligencia adecuada, el perjuicio económico debe trasladársele porque el daño no se hubiera producido si no hubiera sido por su intervención negligente o imprudente. El causante «decidió» no tomar las precauciones debidas (es decir, pudo hacerlo y no lo hizo); y, como consecuencia de esta imprudencia o negligencia, debe asumir los efectos nocivos que se deriven de esa conducta. Hay un acento en el rol de la voluntad y de la libertad individual, que se manifiesta aún a través de la negligencia. Existe, pues, una buena razón para el desplazamiento del *oneris* económico. Si, por el contrario, el daño se produjo debido a circunstancias fortuitas que escapaban al control de la voluntad del causante, no existe justificación para hacerlo responsable y, no habiendo ninguna otra persona en quien hacer recaer dicha carga económica, ésta tiene que ser soportada exclusivamente por la víctima.

11. *Las sutilezas de la subjetividad.* La teoría subjetiva, heredera moderna de las reflexiones medievales sobre el pecado, ofreció desde el primer momento muchas dificultades.

En términos rigurosos, se es culpable subjetivamente cuando no se han adoptado las medidas que estaban *al alcance del sujeto* para evitar el

daño. Este es el sentido moral de la responsabilidad: si el daño no podía ser evitado por ese individuo en particular en esas circunstancias determinadas, no hay moralmente culpa.

Algunos autores alemanes, en un prurito de rigor y de escrúpulos, pretendieron trasladar al Derecho este concepto de culpa derivado de la moral, absolutamente subjetivo y casuístico. BRODMANN sostuvo que "Para haber tenido la obligación de evitar un daño, hay que haber tenido también la posibilidad de evitarlo. Pero el deber de un individuo está en proporción a su inteligencia. A nadie puede pedírsele que sea más listo de lo que Dios lo ha hecho"³⁰.

De esta manera la responsabilidad resulta relativizada e individualizada, sujeta a las posibilidades psicológicas, físicas, culturales y quizá hasta económicas de cada individuo en particular. Pero de esta manera también la investigación de la culpa se hace muy difícil. El análisis jurídico se transforma prácticamente en un análisis psicológico: lo que pudiera ser evitado por algunos individuos de reflejos más rápidos quizá no puede ser evitado por quien tiene reflejos más lentos; luego éste último no es culpable en tales circunstancias, aunque en las mismas circunstancias el primero sí lo sería.

La evaluación de la culpa moral requiere un *esprit de finesse* que excede la capacidad de investigación del Derecho y lo vuelve inoperante. Ya en la Edad Media, un juez inglés, con ese espíritu pragmático y esa nota de humor propios del genio anglosajón, decía a este respecto que "el pensamiento humano no debe ser investigado judicialmente, porque ni el mismo Diablo sabe lo que piensan los hombres"³¹.

12. *La culpa objetiva*³². Estas dificultades para introducirse en el alma de los hombres han obligado al Derecho a reducir su análisis de la culpa a niveles más groseros pero más objetivos, que atienden fundamental-

30. Cit. p. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. T.I. 6a. ed. Editions Montchrestien. Paris. 1965. No. 419, p. 491.

31. *Op. cit.*, No. 420, p. 492.

32. Respecto de la distinción entre la *culpa in abstracto* (objetiva) y la *culpa in concreto* (subjetiva), *vid. infra*. Nos. 50-56.

mente a las conductas antes que a las motivaciones, a los comportamientos socialmente esperados antes que a las posibilidades específicas de cada individuo. El Derecho, sin abandonar todavía la noción de culpa sino para hacerla jurídicamente viable, inventó la ficción del "hombre razonable", construida misticamente sobre la idea del "buen padre de familia" romano: se trata de un prototipo de ser humano que actúa siempre en la forma más adecuada, dentro de lo razonable; y este hombre inventado se convierte en modelo o patrón para juzgar la conducta de los hombres reales.

Ya el Derecho Romano había advertido que la aplicación de una *culpa* estrictamente subjetiva e individualizada era prácticamente imposible: en la medida en que avanza la idea de *culpa* sobre la idea más objetiva de *inuria*, "no se procede caso por caso a la investigación de aquello que explica la participación de la voluntad efectiva del sujeto sino que se traza un modelo, un deber ser que quita contenido en el plano psicológico a la referencia a la facultad intelectual y volitiva"³³.

Aún cuando una parte de la doctrina alemana todavía acoge la idea de la apreciación de una culpa *in concreto*, la doctrina francesa y la doctrina anglosajona se inclinan por la apreciación de la culpa *in abstracto*³⁴, es decir, sin referencia al sujeto específico concreto, sino a una noción abstracta de hombre-tipo a la que los franceses, siguiendo la tradición romanista, llaman "el buen padre de familia" y los anglosajones llaman "el hombre razonable" (el que ejerce un *reasonable care*). Es así como, ante un accidente, no se trata de preguntarse si esa persona en particular que es el causante tenía —él mismo— la posibilidad de evitar el daño, sino que simplemente comparamos su conducta con la que habría tenido en esas circunstancias un hombre razonable, un buen padre de familia. Si hay discrepancias entre la conducta real y la conducta "modelo", ese causante es "culpable", luego responsable.

33. Sandro SCHIPANI: *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di Imputazione e Problema della "culpa"*. G. Giappichelli. Torino, 1969, p. 124. Vid. también *supra* No. 5.

34. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, Nos. 420-423, pp. 491-495.

Notemos que estamos aquí ante una noción objetiva de culpa. Y que bien puede suceder que el causante no tenga culpa desde el punto de vista moral porque no pudo hacer más; pero que, sin embargo, tenga "culpa" jurídicamente hablando por no haber actuado de acuerdo al *standard*.

13. *Dificultades de la culpa en general.* La teoría de la responsabilidad subjetiva como única explicación de la obligación de reparar era quizá discutible como principio desde que fue ideada; pero cuando menos podía funcionar adecuadamente —con la "corrección" de la objetividad en la culpa— dentro de un mundo todavía simple como el de los siglos pasados, donde los riesgos de accidentes eran pocos y de una naturaleza tal que la negligencia podía ser fácilmente establecida.

Pero la industrialización, las innovaciones tecnológicas, el incremento de las velocidades y de los poderes para hacer cosas, originaron una verdadera inflación de riesgos en el mundo contemporáneo. Además, los nuevos riesgos tienen una naturaleza elusiva debido a su complejidad y no permiten identificar con facilidad al culpable, si existe alguno. ¿Cómo pedirle a los parientes de las víctimas de un accidente de aviación que prueben que el piloto actuó con negligencia (aun cuando ésta sea objetivamente considerada), para tener derecho a una indemnización? ¿Cómo exigir que la persona que se intoxicó con un producto defectuoso pruebe que el fabricante fue negligente o imprudente en su elaboración? En circunstancias tales, la investigación de la culpa se convertía —a pesar del objetivizante recurso a la comparación con el patrón de conducta esperada— en un expediente engorroso, costoso y a veces insuperable que conducía, por lo general, a que las víctimas no alcanzaran resarcimiento alguno.

En el Perú, un jurista de mirada aguda y larga denunció tempranamente las dificultades de mantener el principio de la culpa en todos los casos. Manuel Augusto OLAECHEA, ponente del título correspondiente del Código de 1936, decía (sin ser debidamente escuchado): "Si se examina el proceso de las ideas jurídicas, observamos una interesante evolución: la responsabilidad principia por tener en Roma un carácter netamente objetivo y poco a poco incide en el concepto de imputabilidad: la falta, vale decir la culpa, sirve de base a la doctrina, que queda así transformada de real en subjetiva. La culpa aquiliana o el cuasi delito traduce una especie de pecado jurídico. Esta concepción subje-

tivista domina en el curso de los siglos. Realiza una confusión entre los puntos de vista penal y civil, y es verdaderamente arcaica en una época como la actual en que el problema de la responsabilidad no puede ser una simple cuestión de consciencia sino también de orden económico". Y concluía con una suerte de declaración de guerra al subjetivismo: "No concibo el sistema tradicional. Entiendo menos la lucha para sostenerlo. Este sistema no es social, ni cristiano, ni justo"³⁵.

14. *Hacia una objetivación de la responsabilidad.* Todo ello llevó a una mayor objetivación de la responsabilidad por dos caminos: uno más tímido, más tradicional; otro más osado, pero también más espinoso.

El primer camino pretendió mantener la fidelidad al principio de la culpa. Ya hemos visto cómo este principio había sufrido una primera objetivación casi de inmediato al establecer el patrón objetivo del hombre razonable; podíamos hablar así de una "culpa objetiva". Ante las nuevas dificultades se da un paso más allá y se establece que la carga de la prueba corresponde a quien pretende liberarse de la responsabilidad: es éste quien debe acreditar que obró sin culpa. Así, esta área del Derecho crea una grave excepción al principio que sostiene que es el demandante quien debe probar lo que afirma. La teoría subjetiva clásica establecía que la víctima debía probar la existencia del daño y además la culpa del causante que justificaba que se le trasladara las consecuencias económicas de tal daño. En cambio, a partir de la inversión de la carga de tal prueba, la víctima se limita a probar el daño y el hecho de que una determinada persona fue *causante* del mismo; y es el causante quien debe probar la ausencia de culpa de su parte si quiere evitar el pago de una indemnización. Nótese cómo la inversión de la carga de la prueba funciona como una presunción *iuris tantum* generalizada de culpa: todo causante es, de primera intención, culpable.

El segundo camino adoptó una dirección parecida, pero intentó formularla como un nuevo principio de responsabilidad. Esta nueva formulación del principio de responsabilidad fue denominada "responsabilidad objetiva" porque sólo atiende a los hechos del caso (al nexo causal) sin que sea necesario preguntarse por la paternidad moral —la culpa—

35. Manuel Augusto OLAECHEA: *El problema de la Responsabilidad Extracontractual en el nuevo Código Civil.* Lima.

del daño. La discusión sobre la culpa *no requiere* ya ser planteada por el demandante (como en la formulación clásica del principio subjetivista) *ni tampoco puede ser alegada* por el demandante para liberarse de responsabilidad (como sucedía en la inversión de la carga de la prueba): demostrado el daño, el causante queda obligado a repararlo.

Evidentemente, este nuevo principio facilitó en forma extraordinaria la reparación de las víctimas, sin que éstas tuvieran que recurrir a proezas judiciales en materia de probanza ni a farragosos juicios en los que la bizantina discusión sobre la culpa aparecía como un engorroso *leit motiv* que retardaba el pago de la justa compensación, ya sea porque fuera planteada por el propio demandante como fundamento de su acción (responsabilidad subjetiva sin inversión de la carga de la prueba), ya sea porque fuera planteada por el demandado como defensa (responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba).

15. *Dificultades de la responsabilidad objetiva.* Sin embargo, la responsabilidad objetiva no resolvió de manera adecuada el problema moral y filosófico de explicar la razón o justificación por la que el causante tenía que convertirse en segunda víctima (de carácter económico) del accidente, aun en los casos en que éste puede probar que no tuvo culpa alguna.

Es por ello que algunos juristas conservadores, aun cuando eran conscientes de la necesidad de reformular el principio liberal de responsabilidad, se resistían a abandonar la idea de culpa porque, desde su punto de vista individualista, esto significaba el abandono de toda eticidad en la apreciación de la conducta. Georges RIPERT, por ejemplo, en el Prefacio al libro de SAVATIER, expresa su nostalgia por la culpa en estas palabras: "Escriben los juristas: debemos abandonar la idea de culpa, es una idea anticuada, el progreso la ha substituido por la idea del riesgo. ¿Se atreverían a escribir: debemos abandonar la idea de que el hombre debe comportarse bien y decirle: 'Pórtate como quieras, a tus propios riesgos y peligros, pero si dañas a otro tendrás que pagar'?" Sin embargo, eso es lo que enseñan y creen firmemente quienes ayudan de esta manera al progreso del Derecho"³⁶. Entre nosotros, José LEON BARANDIARAN defiende la necesidad de la culpa (aunque admite excepciones para el

36. Georges RIPERT en el Prefacio al libro de René SAVATIER: *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*. T.I. L.G.D.J. París, 1951, p. IX.

caso de daños producidos mediante bienes o actividades peligrosas) porque "los actos humanos están sometidos a juicios estimativos, de mérito y de demérito, según que se procede bien o mal, pues la vida humana no está regida por la ley de causalidad, sino que tiene un sentido teleológico, ya que de otra manera no habría manera de calificar al ser humano como un sujeto de responsabilidad ética"³⁷.

Es de advertirse que de alguna manera la responsabilidad objetiva tiene todavía algún fundamento en la culpa; sólo que atribuye culpa a todo causante y no le da oportunidad de demostrar lo contrario. Así la responsabilidad objetiva es una suerte de presunción *iuris et de iure* de culpa generalizada. Pero este mismo resabio de culpa es lo que la hace ininteligible: si en principio se paga porque se es culpable, ¿por qué no se nos permite demostrar que no lo somos? La responsabilidad objetiva impone una culpa irrefutable sobre todo causante; lo que parece contradictorio y hasta inmoral.

En vista de ello, algunos juristas pretendieron fundarla moralmente en el riesgo creado por el causante: el que realiza una actividad para beneficio propio (en sentido lato y no comercial), está creando un riesgo y debe responder por él. Pero si bien esta teoría puede tener mayor aplicación en el caso de ciertas actividades (plantas de energía nuclear u otras anormalmente riesgosas), no parece justificar adecuadamente la responsabilidad objetiva en los accidentes rutinarios —aunque sean producidos con bienes o actividades riesgosos— donde tanto el causante como la víctima se han colocado en situación de riesgo en su propio provecho: el conductor que se dirige en su vehículo a su oficina y el peatón que sale de su casa y cruza la autopista para comprar una botella de cerveza, ambos realizan actividades que crean riesgos en provecho de ellos mismos; y no parecería que hubiera razón sólida alguna para preferir a uno a costa del otro. La única respuesta a esta objeción consiste en ingresar en una casuística muy compleja para establecer cuáles actividades son "más" generadoras de riesgos que otras. Pero por ese camino podemos perdernos en sutilezas de apreciación tan complicadas y escolásticas como la evaluación de la culpa y, en algunos casos, entrar en un callejón sin salida.

37. José LEON BARANDIARAN: *Curso del Acto Jurídico, con referencia al Proyecto de Código Civil Peruano*. Lima, 1983, p. 75.

Por consiguiente, la teoría objetiva así fundamentada se convertía ya sea en un expediente para obtener la reparación de la víctima a cualquier precio teórico, sin preocuparse mayormente de la justificación para que tal persona en particular sea obligada a pagar el daño, ya sea —paradójicamente— en un medio para eliminar la responsabilidad extracontractual e impedir la reparación de las víctimas si llegamos a la conclusión de que todos realizamos de alguna manera actividades riesgosas en nuestro propio beneficio por lo que debemos asumir personalmente tales riesgos.

16. *Énfasis en la víctima.* Estas consideraciones dieron origen a una reflexión más profunda de la responsabilidad extracontractual a la luz de sus objetivos actuales y dentro de las circunstancias concretas en que se producen los daños en el mundo contemporáneo.

Es así como se tomó más acentuadamente consciencia de que la responsabilidad extracontractual no tiene por objeto sancionar sino reparar: por tanto, el centro de preocupación está en la víctima y no en el causante. Este último será sancionado administrativamente con multas o suspensión de su licencia de conducir o podrá ser quizá hasta enjuiciado penalmente. Pero al Derecho Civil le interesa más bien aliviar a la víctima en los aspectos económicos del daño.

17. *La responsabilidad de la sociedad.* Por otra parte, se reconoció que el peso de los daños producidos por dolo y culpa inexcusable debe recaer sobre el culpable con el objeto de intimidar a quienes pudieran sentir la tentación de no adoptar las precauciones necesarias, sea por imprudencia imperdonable, sea para evitar un mayor costo económico o para obtener una ventaja material. Pero también se advirtió que paralelamente a esos daños de "padre" claramente conocido existen actualmente un sinnúmero de accidentes que se producen aparentemente sin culpa de ninguna de las partes y en cierta forma debido a que es la sociedad toda la que quiere aprovechar ciertas ventajas tecnológicas generadoras de riesgos.

En estos casos —que constituyen quizá la mayor parte de los accidentes en el mundo actual— parecería que es también la sociedad toda la que debe de alguna manera contribuir a la reparación de la víctima. Sin embargo, tanto la teoría subjetiva como la teoría objetiva sólo toman en cuenta al causante directo y a la víctima: tratan la responsabilidad ex-

tracontractual como una relación interindividual, sin considerar los aspectos sociales que entran en juego. El sistema de la responsabilidad extracontractual, ya sea que se adopte el principio subjetivo o el objetivo, opera como un interruptor de corriente, con sólo dos puntos: *off* (el peso económico permanece en la víctima porque no se reconoce responsabilidad en el causante) y *on* (el peso económico se traslada al causante porque se establece la responsabilidad de éste). Sin embargo, en gran parte de los accidentes actuales parecería que la sociedad toda debe ser de alguna manera responsabilizada y el problema no puede quedarse dentro de los estrechos límites de la relación causante-víctima sino que tiene que procesarse socialmente.

Tomemos el ejemplo de los accidentes de automóvil. En la mayoría de los casos, los dos choferes consideran honestamente que la culpa es del otro; el juez tiene muy graves escrúpulos de conciencia para atribuir la culpa a uno o a otro y finalmente opta por una responsabilidad compartida. Y es que, en realidad, quizá la culpa es de ambos o de ninguno: aun cuando seamos los choferes más diligentes del mundo, en muchos momentos tenemos descuidos; y si uno de esos momentos coincide precisamente con el azar de que otro automóvil se cruce ante nosotros, se produce un accidente. Por consiguiente, el accidente resulta una combinación entre una falla humana estadísticamente inevitable y el azar. Notemos que si el azar no interviene en el momento del descuido colocando otro automóvil o un peatón delante, ni siquiera la teoría subjetiva sanciona la culpa presente en el descuido que efectivamente existió: si no ha habido daño (es decir, intervención del azar), el "culpable" de descuido no es sancionado por la responsabilidad extracontractual; lo que prueba que el sistema de responsabilidad extracontractual no está orientado a la sanción de una falta sino a la reparación de un daño.

¿Podemos hablar todavía seriamente de la culpa como elemento decisivo de la responsabilidad cuando, a pesar de que existe un culpable (alguien que ha cometido un descuido o una imprudencia), éste no es penalizado sólo porque tuvo la *suerte* de no cometer ningún daño? La responsabilidad extracontractual sólo entra en acción si existe víctima; lo que significa que es la víctima el centro en torno al cual gira la responsabilidad extracontractual (y no el culpable) y que es la reparación lo que constituye el objetivo fundamental de todo el sistema (y no la sanción).

Esta participación de la sociedad en la comisión del daño —que lleva a diluir socialmente la idea de culpa del causante directo— es particularmente patente cuando advertimos que, en muchos casos, la sociedad pudo disponer las cosas de manera de evitar que se produzca el daño, pero no lo hizo porque esperaba obtener ciertos beneficios del riesgo. Los accidentes no serían dañinos si la sociedad adoptara ciertas medidas de precaución. Por ejemplo, no habrían accidentes de automóvil si se prohibiera el uso de automóviles. O, menos radicalmente, los accidentes automovilísticos no causarían prácticamente daño alguno si se estableciera que no pueden circular automóviles que rueden a más de 10 km. por hora y que no cuenten con bandas de algodón y de jebe en todo su contorno que hagan inofensivas las colisiones. Es posible evitar así casi totalmente las muertes producidas con ocasión del tránsito vehicular. Pero la sociedad no quiere hacerlo porque prefiere que se produzca un cierto porcentaje de muertes —estadísticamente inevitables si no adoptamos las precauciones *sociales* antes mencionadas— para que la sociedad pueda disfrutar de las ventajas de la velocidad.

Por consiguiente —y siguiendo con el ejemplo anterior— no sólo los conductores de automóviles sino la sociedad toda se beneficia también con la existencia de vehículos rápidos, que son mayores productores de riesgos pero que tienen ventajas indudables para la manera general de vivir de todos los miembros del grupo social. Consecuentemente, si la sociedad acepta el riesgo a cambio de los beneficios, debe compartir también parte de la responsabilidad derivada de los accidentes rutinarios (no producidos por dolo ni por culpa inexcusable).

18. *La distribución social del daño.* Este tipo de reflexiones ha guiado el pensamiento jurídico hasta la más moderna teoría de la responsabilidad extracontractual, llamada de la distribución o difusión social de los daños.

La distribución social del daño ha sido también llamada por la doctrina "distribución del riesgo" (*risk distribution*). Sin embargo, a través de esta última expresión se pueden entender varias cosas diferentes³⁸. De un lado, puede pensarse que se trata simplemente de colocar la carga de

38. Guido CALABRESI: *Some thoughts on risk distribution and the law of Torts*. 70 *The Yale Law Journal* 499 (1961).

los daños en los más ricos, en quienes están en mejor posibilidad de pagarlos. Esto nos llevaría a una suerte de justicia "a la Robin Hood": quitarle a los ricos para darle a los pobres, sin más justificación que el hecho de que unos son ricos y los otros pobres. Esta sería la teoría del "bolsillo grande" (*deep pocket o long purse justification*)³⁹. Una segunda acepción nos conduce a la idea de que los que crean un riesgo deben soportar sus consecuencias, cualquiera que sea su grado de riqueza. Esto nos remite a la teoría del riesgo creado que hemos mencionado al hablar de la teoría de la responsabilidad objetiva⁴⁰. Una tercera acepción consiste en diluir el peso económico del daño, intersubjetivamente e intertemporalmente, de manera que el "responsable" no sea una nueva víctima, desde el punto de vista económico.

Es esta tercera acepción que nos interesa en particular y que consideramos que constituye una posición diferente frente al problema de la responsabilidad por accidentes. Según ella, no se trata ya de buscar a un culpable a quien sancionar ni de crear por razones oscuras una nueva víctima económica frente a la víctima directa. De lo que se trata en esos accidentes de la vida contemporánea de carácter rutinario (lo que excluye el dolo o la culpa inexcusable), es fundamentalmente de reparar a la víctima y diluir en el todo social el impacto económico del daño para que nadie lo sufra en particular: la sociedad toda es responsable de los daños rutinarios de la vida en común y, consecuentemente, hay que trasladar el costo de la indemnización a toda la sociedad.

¿Cómo lograr este propósito? A través de dos poderosos medios de difusión de los costos económicos que ofrece la moderna sociedad de mercado: el sistema de precios y la contratación de seguros.

Explicaremos la utilización de cada uno de estos medios a través de sendos ejemplos.

19. *La difusión del riesgo a través del sistema de precios.* Veamos el caso de los daños causados por productos defectuosos: una persona utiliza una crema de afeitar fabricada defectuosamente y ésta le causa una

39. Una discusión más detallada de ese tema puede leerse *infra*, No. 24.

40. *Supra*, No. 15.

grave alergia que exige un costoso tratamiento médico y la imposibilita para concurrir a su trabajo por varios días.

La responsabilidad subjetiva clásica exigiría que el consumidor, además de acreditar que el uso de tal crema le produjo la alergia, pruebe que hubo negligencia en el fabricante de la crema; lo que constituye evidentemente una labor ardua. La vertiente moderna de esa teoría, que invierte la carga de la prueba, atribuiría responsabilidad de primera intención al fabricante; pero liberaría a éste de culpa —y, consiguientemente, de responsabilidad— si prueba que adoptó todas las medidas razonables de control en la fabricación de los productos y que el defecto encontrado posteriormente escapaba a sus posibilidades de conocimiento dentro de los límites de una vigilancia normal del proceso productivo. Por su parte, la responsabilidad objetiva privilegiaría a la víctima al punto de obligar al fabricante a pagar una reparación sin que su falta de culpa lo exonere; pero la pretendida explicación de que al fabricar tal crema de afeitar ese fabricante creó un riesgo en su beneficio no es correcta, ya que el sujeto que compró la crema para usarla también pensó que se beneficiaría con tal uso.

La nueva teoría de la distribución social de los riesgos atribuiría también responsabilidad irrefutable al fabricante, pero basándola en razones muy distintas: el defecto del producto casi puede ser considerado como un azar, porque nadie tiene realmente culpa de que exista (suponiendo que no haya mediado dolo ni culpa inexcusable); pero el fabricante es la parte que está en mejores condiciones de diluir ese costo en el todo social a través de un incremento de los precios. En otras palabras, el fabricante puede calcular el riesgo estadístico de que ciertos productos salgan defectuosos a pesar de todo el control aplicado e incluir ese costo probable en el precio del artículo; de modo que todo el que compra la crema de afeitar está de alguna manera garantizando la posibilidad de una reparación para aquél miembro de la comunidad de usuarios que tiene la mala suerte de que le toque precisamente el producto defectuoso que escapó a todo control.

Como se puede apreciar, ese fabricante no es un "responsable" propiamente dicho porque no se espera que él soporte íntegramente el peso del daño; es más bien un canal para difundir tal peso económico entre la sociedad a través del sistema de precios. De esta manera, el riesgo social de que alguna vez se produzcan artículos defectuosos sin dolo ni culpa

inexcusable del fabricante se diluye entre la sociedad toda que consume estos productos y que paga un precio que incluye el monto de las eventuales compensaciones por los daños causados.

20. *La difusión del riesgo a través del seguro.* El mecanismo del seguro es similar al descrito anteriormente, pero tiene un mayor grado de institucionalización. Aquí la difusión de la carga económica del daño se realiza a través de un seguro obligatorio para aquellos riesgos de carácter rutinario fácilmente identificables y categorizables, tales como los accidentes de automóviles.

Este seguro permite una adecuada satisfacción de la víctima y una eficiente difusión del daño entre todos los asegurados a través del pago de las primas. No se trata ya de buscar culpables sino simplemente, aceptando que en los accidentes rutinarios no hay propiamente culpa de nadie (en el sentido fuerte del término) y que la propia sociedad admite tales riesgos para beneficiarse con las ventajas que conllevan, se persigue reparar a las víctimas dentro de un esfuerzo social institucionalizado, sin producir una nueva víctima de carácter económico: el "culpable" o el "causante", según se fundamente en la teoría subjetivista o en la objetivista; es decir, aquél que debe pagar individualmente el costo del daño.

21. *Difusión del riesgo y prevención del daño.* Claro está que es preciso tener en cuenta, adicionalmente al propósito reparativo de la responsabilidad extracontractual, los efectos erradicativos. En verdad, aun cuando en nuestra opinión la erradicación del riesgo no constituye la función principal de la responsabilidad extracontractual, no puede negarse tampoco que este mecanismo jurídico puede contribuir de manera bastante importante a lograr ese otro objetivo social.

CALABRESI es quien, colocando el acento en la erradicación, ha pretendido conciliar este objetivo con la reparación socialmente difundida. Para este autor, no basta con eliminar los "costos secundarios" (reparar el daño) del accidente sino que también es preciso intentar reducir los "costos primarios", es decir, el accidente mismo⁴¹. Esto significa que al-

41. *Vid. infra*, No. 31, donde se hace la explicación de estos términos de CALABRESI dentro del contexto de su planteamiento.

gún tipo de incomodidad debe ser sentida por aquéllos que más fácilmente podrían evitar la producción del riesgo, a fin de incentivar en ellos una actitud que lleve a controlar al máximo tal producción. De ello deducimos que cuando menos el importe de las primas de seguros debe ser cargado a ese tipo de actores de la vida social.

Parecería que regresamos de esta manera nuevamente a la teoría de la responsabilidad objetiva por riesgo creado⁴², así como a todas sus dificultades. Sin embargo, la diferencia fundamental estriba en que, dentro de la perspectiva que venimos desarrollando, el énfasis no está colocado en la creación física del riesgo sino en la posibilidad económica de evitarlo. En vez de una apreciación gruesa y empírica sobre si crea más riesgo poner un automóvil en circulación o salir a caminar distraídamente por las calles, CALABRESI nos propone un sofisticado análisis económico para determinar quiénes son los que deben asumir el pago del seguro.

El principio básico consiste en que el costo de diluir los daños económicos del accidente debe pasar a formar parte del costo de determinado bien o servicio que pudiera ser ofrecido con menos riesgos. El productor se está beneficiando por el hecho de crear un riesgo y de no cargarlo a sus costos, sino simplemente abandonarlo a los usuarios. Es verdad que si el peso económico del daño (es decir, el monto de las primas del seguro, dentro del mundo actual) es incorporado al costo del bien o servicio, el productor lo trasladará al precio y se resarcirá de ello. Pero su bien o servicio será más caro; y, a través de la ley de la oferta y la demanda, el público decidirá si siempre tiene todavía interés en tal bien o servicio a su costo real, es decir, incluyendo su incidencia de daños probables. Si el precio se eleva demasiado y disminuye la posibilidad de venta del bien o servicio, el productor tendrá interés en estudiar alternativas que reduzcan la posibilidad de accidentes (costo primario) y, consecuentemente, reduzcan las primas a pagar (costo secundario), lo que lo llevará a una reducción de sus costos de producción.

Como puede apreciarse, lo importante para que este mecanismo erradicativo funcione es que no se permita al productor "externalizar" sus costos, es decir, retirarlos de su estructura de precios y trasladarlos al

42. *Supra*, No. 15.

usuario por caminos ajenos al mercado. Esto último sucede cuando el productor del bien o servicio no toma en cuenta la posibilidad de accidentes derivados de su actividad productiva y el sistema de responsabilidad extracontractual remite estos costos a otras personas (la propia víctima, un tercero o, sólo en ciertas circunstancias, el propio productor). El Derecho debe, más bien, obligar a una "internalización" de los costos, *i.e.*, a exigir que cada productor contabilice las posibilidades de accidentes derivadas del riesgo del bien o servicio, de manera que incidan en su precio final.

Dentro de este marco conceptual es posible comprender por qué, por ejemplo, los atropellos automovilísticos deben ser cubiertos por seguros de los propietarios de automóviles y no por seguros de los peatones. Ambos sistemas podrían resolver el problema de la difusión del riesgo: si los propietarios de automóviles son obligados a asegurarse, serán ellos quienes cargarán ese costo adicional de las primas de seguro a las actividades económicas que ellos realizan y así difundirán el riesgo; si los peatones son obligados a asegurarse, harán lo propio y también difundirán el riesgo. Pero es indudable que el propietario de un automóvil puede contribuir más fácilmente y a más bajo costo a evitar daños a peatones, que lo que pueden hacer los peatones mismos: los propietarios tienen un cierto control sobre la potencialidad riesgosa del automóvil, ya que están en aptitud de revisar periódicamente sus frenos y su dirección, usar llantas en buen estado, contratar choferes expertos, conducir a baja velocidad, etc. Ahora bien, si por el contrario obligamos a los peatones a que se aseguren y no a los automovilistas, el seguro del peatón no afectará el costo de poseer y conducir un automóvil; consiguientemente, los automovilistas no tendrán interés en buscar alternativas (las medidas de precaución antes mencionadas) que les reduzcan un costo que ellos no tienen. En consecuencia, aun cuando la reparación (el costo secundario) estaría garantizada, el accidente mismo (el costo primario) no sería controlado. Esto haría además que las primas de seguro del peatón fueran más altas de lo que podrían ser si los automovilistas adoptaran precauciones. Por otra parte, manejar automóvil sería una actividad que se realizaría por debajo de su costo (ya que el costo de los accidentes habría sido transferido al peatón) y ello sería un incentivo para el uso del automóvil; lo que a su vez aumentaría los costos del peatón debido a que aumentarían las primas en razón del incremento del número de automóviles peligrosos.

A todo ello hay que agregar que, para ciertas personas, las primas no son transferibles porque las actividades económicas que realizan tienen precios rígidos que no permiten un aumento fácil. Por ejemplo, el propietario de un automóvil que es empleado y no empresario, tendrá dificultades para exigir un mayor sueldo atendiendo a este mayor costo de las primas. Pero también tendrán esta misma dificultad algunos empresarios que no pueden aumentar proporcionalmente el precio de los bienes o servicios que producen debido a limitaciones del propio mercado o a medidas administrativas. En principio, siempre que el mercado no es perfecto, la incidencia de la prima de seguro tiende a quedarse en quien está obligado a contratar el seguro. En estos casos, el mecanismo del seguro cumple su papel de difundir la mayor parte del peso económico del daño cuando menos entre el total de los asegurados; pero ese peso residual constituido por la prima misma de seguro queda en quien mejor podría evitar la producción de estos daños y así tiende a erradicarlos. Por consiguiente, podría argumentarse que la ausencia de un mercado perfecto hace aún más eficaz la solución a través del seguro porque logra establecer una proporcionalidad entre dos propósitos sociales que podrían presentarse como contrapuestos: de un lado, la disolución o difusión del daño debido a que se tiene consciencia de su carácter social; de otro lado, la erradicación de las fuentes de daños, debido a que también se tiene consciencia de que, aun cuando el riesgo ha sido creado socialmente, hay contribución de algunos individuos que, pudiendo adoptar ciertas precauciones, no lo hacen.

Este efecto se hace aún más notorio si las Compañías de Seguros establecen, como es usual, primas diferenciadas en razón del riesgo y de las precauciones asumidas: quien no tenga accidentes en un año, puede pagar una prima menor en el año siguiente; quien tiene su automóvil en mejores condiciones, puede tener también derecho a una reducción de la prima. En esta forma, la asignación de la obligación de asegurarse a quien mejor puede controlar o atenuar el riesgo, cumple una función erradicante.

Finalmente, insistimos en que la finalidad de la responsabilidad extracontractual es eminentemente reparativa. Por tanto, no debe esperarse de ella un papel erradicativo muy grande. Para cumplir este otro propósito social, existen áreas del Derecho más eficientemente preparadas. Por ejemplo, el Reglamento de Tránsito prevé multas y otras sanciones para quienes conduzcan a velocidad excesiva o para quienes no cumplan con

un mínimo de revisión técnica anual de sus vehículos, etc. Todo ello no tiene otro objeto que evitar que se incrementen innecesaria o intolerablemente los riesgos sociales. La prevención del daño está, pues, fundamentalmente a cargo de normas ajenas al Derecho Civil.

22. *Sistema y estadística.* Utilizando las categorías de STEINER, podríamos decir que la percepción clásica de la responsabilidad es *diádica*, mientras que la percepción actual es *sistémica y estadística*⁴³.

Por percepción diádica debemos entender aquella que configure el accidente como un hecho que relaciona dos unidades individuales, como un par: el "responsable" (culpable o causante, según se trate de responsabilidad subjetiva u objetiva) y la víctima. En este sentido, "par" no implica una relación permanente o continua sino simplemente una vinculación de naturaleza correlativa, que puede tener un carácter absolutamente accidental. En cambio, la percepción sistémica coloca a los diferentes participantes del accidente (causante, víctima, seguro, etc.) como partes interrelacionadas de un esquema más amplio y social: son elementos de un contexto de relaciones entretejadas.

La visión diádica es miope y no logra comprender adecuadamente el accidente, porque el contexto social no deja de estar presente en éste aun cuando se lo perciba como un hecho que sucede sólo entre el responsable y la víctima. Asumida una óptica diádica, ni la doctrina ni los jueces perciben la dimensión social del accidente porque no tienen la visión adecuada; pero esta dimensión no desaparece con cerrar los ojos: es un ingrediente esencial del mismo⁴⁴. Las Cortes y la teoría jurídica imaginan usualmente los accidentes como eventos aislados, discretos; no comprenden las conexiones de estos fenómenos con la vida de la sociedad.

Esta misma configuración del accidente como hecho privado impide a las teorías clásicas (sean subjetivas u objetivas) la consideración del accidente como una categoría estadística. La percepción clásica ve el acci-

43. Henry J. STEINER: *Justification and Social Vision in Common Law Change. The Case of Modern Accident Law.* Preliminary draft. Harvard, Julio de 1983, p. 109.

44. *Loc. cit.*

dente en sus aspectos anecdóticos, mientras que la percepción actual lo ve como un fenómeno recurrente y medible estadísticamente⁴⁵.

Es probablemente debido a esas diferencias de perspectiva que la responsabilidad extracontractual tradicional sólo se preocupa del caso concreto y se limita a una estrecha concepción judicial del daño. En cambio, la responsabilidad extracontractual moderna, tomando consciencia de la naturaleza social del problema, amplía el campo del Derecho Civil y no vacila en recurrir además a otras áreas jurídicas para, entre todas, intentar administrar el riesgo, domesticarlo, calcularlo socialmente y establecer también socialmente los mecanismos de prevención (básicamente por la vía administrativa y por la vía penal y, en forma menor, por la vía civil) y de reparación (a través del Derecho Civil y de los medios del mercado: seguros, precios, etc.).

23. *La doctrina y la experiencia peruanas en materia de difusión social del riesgo.* Esta teoría de la difusión social del riesgo no es absolutamente nueva en el Perú. Existen autores que han hablado de ella y existen también casos de aplicación práctica; sólo que ello ha pasado de alguna manera desapercibido.

Entre los codificadores de 1936, el inteligente jurista Manuel Augusto OLAECHEA, con esa capacidad visionaria que caracteriza a los grandes espíritus, sostuvo ya en esa época: "La noción eminentemente moral de la falta es hoy la única medida legal de la responsabilidad civil delictual en el Perú. Y bien, yo estimo que esta medida jurídica es de suyo insuficiente para resolver una multitud de cuestiones que la vida moderna suscita"; y, por ello, propone la adición dentro del orden jurídico peruano del principio de "la repartición de los riesgos"⁴⁶. Es indudable que OLAECHEA —jurista cultísimo— había leído a los autores más recientes y había encontrado interesante esta nueva conceptualización de la responsabilidad extracontractual, libre de la orientación vengativa de la

45. Henry J. STEINER: *Op. cit.*, p. 122.

46. Opinión del doctor Manuel Augusto OLAECHEA en el seno de las discusiones de la Comisión Reformadora que preparó el proyecto de lo que sería el Código Civil de 1936. Esta opinión ha sido recogida por el Presidente de dicha Comisión, Juan José CALLE, en su obra *Código Civil del Perú*, Lima, 1928, p. 702, nota al artículo 2191.

noción de culpa y más adaptada a las necesidades de la moderna sociedad de mercado que aspira a internalizar y contabilizar más rigurosamente sus costos de producción y a desarrollar más eficazmente la gestión empresarial. Aún cuando la idea que se hace OLAECHEA de esta repartición de los riesgos aparece todavía muy teñida por la responsabilidad objetiva, no cabe duda de que se trataba de un buen comienzo. Sin embargo, los años treinta en el Perú constituían todavía un horizonte muy temprano para hablar de estas sofisticadas soluciones de las modernas sociedades industriales. Por ese motivo, el articulado del Código Civil de 1936 no reflejó estas nuevas tendencias que posiblemente sólo el doctor OLAECHEA conocía y apreciaba en todo su valor.

Pero el Perú ha hecho precozmente una experiencia concreta con el principio de la repartición social de los riesgos en el campo de los accidentes del trabajo. En vez de dejar estos daños librados a los avatares de la interpretación de la culpa (con inversión o sin inversión de la carga de la prueba), instituyó un sistema de seguro obligatorio en virtud del cual toda víctima era reparada sin que se requiera indagación alguna sobre la existencia de un presunto culpable. Este seguro —que actualmente ha pasado a formar parte de la seguridad social, pero que inicialmente era contratado con las Compañías privadas de seguros— no está basado en la idea de que hay un culpable contra el cual el seguro puede repetir; simplemente se trata de una organización colectiva del riesgo, en la que los pagos realizados por concepto de indemnización se diluyen entre el total de las primas que pagan los asegurados, fijándose el monto de tales primas en una cantidad que resulta de aplicar un coeficiente estadístico de riesgo al costo promedio de la reparación del accidente de trabajo.

Este sistema es beneficioso para el trabajador, quien siempre tiene derecho a una indemnización aún cuando el empleador pudiera probar ausencia de culpa; y es beneficioso para el empleador porque sabe que su riesgo por accidentes de trabajo de sus trabajadores se ha convertido en un costo fijo (la prima) que se incorpora al precio de sus productos como cualquier otro costo.

Los juristas civilistas no percibieron esta evolución de la responsabilidad extracontractual como un evento teórico novedoso en el seno del Derecho Civil sino más bien como una mutilación —que aceptaron sumisamente— del campo civil. En vez de intentar reconceptualizar la responsabilidad extracontractual para acoger estas nuevas formas interesantes de

reparar daños, simplemente abandonaron el terreno considerando que había sido capturado irremisiblemente por el Derecho Laboral (que para el civilista clásico está más cerca del Derecho Público que el Derecho Privado) y/o por el Derecho Administrativo. En esta forma, una de las más importantes áreas de la responsabilidad extracontractual quedó fuera del Código Civil, consolándose los juristas civilistas por el hecho de que "la legislación especial sobre accidentes de trabajo deja subsistente la doctrina del derecho común que se refiere a la obligación de indemnizar en los casos de culpa o de negligencia"⁴⁷.

Uno de los propósitos de la moderna teoría de la distribución social de los daños es recuperar para el Derecho Civil estas "áreas extrañadas" y sentar principios en el Código que puedan ser válidos para toda reparación de daños, cualquiera que sea el modo de reparación que se adopte; sin perjuicio de que se promulguen cuerpos normativos particulares que reglamenten esos principios civiles para que sean aplicados a los distintos tipos de riesgos (por ejemplo, la ley de accidentes del trabajo, la ley de seguro obligatorio de automóviles, etc.).

47. Vid. Juan José CALLE: *Código Civil del Perú*. Lima, 1928, p. 710.



Si quieres leer
el texto completo,
descárgalo

www.acuedi.org



con el apoyo de:



FUNDACION
M.J. BUSTAMANTE DE LA FUENTE
Lima - Perú