

CAPITULO II

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y TEORIA ECONOMICA

24. *Responsabilidad y riqueza personal.* El primer acercamiento entre la situación jurídica derivada del daño y las consideraciones de carácter económico que envuelven a las partes, se ha basado en una comprobación simple: el agente y la víctima no tienen necesariamente la misma capacidad económica; por consiguiente, cuando existe una manifiesta desigualdad, el Derecho no puede ignorar este hecho que forma parte del tejido de la situación jurídica.

Esta consideración de la riqueza relativa de las partes con el objeto de determinar la responsabilidad puede fundarse en justificaciones muy diferentes.

De un lado, es posible utilizar un razonamiento estrictamente utilitario y aplicar la teoría del costo y del beneficio marginal. Dentro de esta línea, se dirá que quien tiene más dinero puede soportar mejor el daño y perjudicarse menos con ello, que quien tiene menos dinero: la víctima directa "económica" (el responsable) es menos víctima si tiene más dinero. Puede plantearse un ejemplo extremadamente simplista, pero ilustrativo: si una persona tiene un solo vehículo, será catastrófico para ella si lo pierde en un accidente (caso de que sea la víctima) o si tiene que venderlo para pagar el valor de un automóvil a la persona con quien ha chocado (caso de que sea señalado como responsable); en cambio, si la persona tiene diez automóviles, la pérdida física de uno o de su valor no afectará gravemente su vida ni su comportamiento económico futuro. Por consiguiente, cuando los legisladores establecen las reglas de responsabilidad o cuando los jueces las aplican —sostienen algunos— deben tener en cuenta este orden de consideraciones a fin de que el peso económico del daño recaiga (o permanezca, en el caso de la víctima) en quien

tiene mayor capacidad para absorberlo, ya que ello será lo menos disruptivo económicamente.

Otros sostienen que la atención a la relativa riqueza de las partes se funda en una razón de orden político-social: siendo la igualdad un ideal, es preciso aprovechar cualquier ocasión para producir un efecto redistributivo que tienda a minimizar las diferencias de fortuna. Dentro de esta línea de razonamiento, el accidente y su reparación se convierten en instrumentos de una política de redistribución de la riqueza. En consecuencia, siempre que se produce un accidente, hay que cargarle el peso económico del daño a la parte más rica a base del expediente de hacerlo responsable (si es agente) o de hacerle soportar dicho peso negándole el derecho a exigir indemnización (cuando es víctima). De esta manera se hará menos ricos a los ricos y menos pobres a los pobres, con lo que se avanza hacia el ideal igualitario.

Una tercera eventual fundamentación puede tener un carácter moral y basarse en un sentido de solidaridad "a la Robin Hood": no es que se proponga una nivelación de fortunas, sino simplemente se postula que los ricos deben ayudar a los pobres y por eso tienen obligación de cargar con las desgracias sociales.

Por último, es posible introducir el factor riqueza dentro del razonamiento únicamente por razones prácticas: si se atribuye la responsabilidad al más rico, hay más garantía de que la víctima sea efectivamente indemnizada.

25. *La riqueza en los Códigos.* Aun cuando nunca se ha aceptado una cruda determinación de la responsabilidad en base a la riqueza relativa de las partes, no cabe duda de que la mayoría de los sistemas de responsabilidad extracontractual otorgan un cierto crédito a este tipo de argumentos.

El Código Civil de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1922 incorpora una norma directamente en tal sentido en su artículo 406: "En los casos en que, conforme a los artículos 403 a 405, la persona que hubiese causado un daño no esté obligada a resarcirlo, el Tribunal, teniendo en cuenta la situación económica del autor y de la víctima, puede obligarla a hacerlo". Por consiguiente, el causante se convierte en responsable no porque es culpable sino porque es rico: se pasa del principio subjetivo al principio objetivo en ese caso particular sobre

la base de la capacidad económica del causante. Y el artículo 411 agrega que "Al determinar la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios, el Tribunal tomará en consideración la situación económica de la víctima y del autor del daño". Sin embargo, notemos que la responsabilidad no se determina de manera general en función de la riqueza relativa de las partes, sino que, una vez establecida la responsabilidad conforme a los artículos 403 a 405 (culpa como regla general y responsabilidad objetiva en los casos de actividades peligrosas), es posible *corregir* los resultados del análisis sobre la base de una consideración de la riqueza de las partes. Por consiguiente, nos encontramos frente a un correctivo y no frente a un nuevo principio de responsabilidad.

Existen maneras menos directas de tomar en cuenta la riqueza de las partes, como lo hacía nuestro Código Civil Peruano de 1936. En ese cuerpo legal, existían cuando menos dos normas que atendían a dicha consideración: el artículo 1138 disponía que "Cesa la obligación de reparar el daño en cuanto la reparación privase al deudor de los recursos necesarios para su subsistencia y para el cumplimiento de su obligación legal de suministrar alimentos". En este caso, no se trata de tomar usualmente en consideración este elemento para corregir el análisis puramente lógico de la responsabilidad como lo plantea el Código Ruso, sino de exonerar a una persona de su obligación de reparar, sólo si está incurso en circunstancias verdaderamente *excepcionales* de pobreza. Y esta consideración no lleva a hacer pagar al que más tiene sino a que no pague el que no tiene. Por tanto, no es que se haga responsables a los ricos sino que se perdona la responsabilidad de los muy pobres.

Sin embargo, este tipo de disposiciones no es frecuente. No existe una norma similar en el Código Civil Peruano de 1852, ni en el *Code Napoléon* ni en el *B.G.B.* Alemán, ni en el Código Italiano. Singularmente, el Código Suizo de las Obligaciones contiene una regla relativamente semejante en su artículo 44 que establece que el Juez podrá reducir la indemnización cuando su pago lleve a la miseria a la persona responsable, siempre que el daño no haya sido causado intencionalmente o con culpa grave. La norma comentada del Código Civil Peruano de 1936 ha sido suprimida en el Código Civil de 1984.

Una ocasión más frecuente de incorporar el criterio de riqueza dentro del razonamiento de la responsabilidad ha sido la indemnización de los daños causados por incapaces. A diferencia de lo que sucede con la

regla comentada en el párrafo anterior, gran parte de los códigos modernos recoge una disposición al respecto. El Código Civil Peruano de 1984 dispone en su artículo 1977 que si la víctima de un daño cometido por incapaz no ha podido obtener reparación del representante de éste, "puede el Juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo", es decir, del incapaz mismo.

26. *Riqueza y culpa.* Gil PARIENTE nos dice que la riqueza relativa de las partes se encuentra reconocida en todos los sistemas de responsabilidad extracontractual como un elemento secundario —pero presente— en la configuración de la responsabilidad⁴⁸.

Sin embargo, esta consideración parece incompatible con la teoría de la culpa.

Si consideramos que la responsabilidad extracontractual es un sistema de sanciones para quienes cometen faltas que causan daños antes que un sistema de reparación de daños cualquiera que sea su origen, la mayor o menor riqueza de las partes no agrega ni quita un ápice a la responsabilidad: el agente es culpable o no es culpable, independientemente de que sea más rico o menos rico que su víctima. Por tanto, el agente debe pagar o no debe pagar en función de su culpabilidad o inocencia, sin que en ningún caso haya que referirse a su fortuna.

A pesar de la incompatibilidad conceptual mencionada, los códigos subjetivistas recogen sin mayor escrúpulo teórico la consideración de la eventual riqueza del incapaz que antes hemos mencionado⁴⁹. Hemos visto ya el caso del Código Peruano de 1984 sobre el daño cometido por el incapaz rico. Exactamente el mismo texto tiene la segunda parte del artículo 2047 del Código Civil Italiano, de donde indudablemente lo tomó el legislador peruano. Y una norma similar se encuentra en el primer párrafo del artículo 54 del Código Suizo de las Obligaciones. El artículo 406 del Código Civil Ruso a que hemos hecho referencia, también es aplica-

48. Gil PARIENTE: *The relative wealth of the parties as a factor in tortious liability*. 18 Israel Law Review 431 (1983).

49. *Supra*. No. 25.

ble al caso. El Código Civil Peruano de 1936 contenía igualmente una regla de corte semejante en su artículo 1140.

Es probable que todas estas disposiciones insertas dentro de códigos fundamentalmente subjetivistas, tengan su origen en el artículo 829 del *B.G.B.* que fue incorporado por el legislador alemán de 1896 a pesar de su firme adhesión al principio de la culpa.

Ahora bien, la contradicción teórica que preconizaba el *B.G.B.* fue obviamente advertida por sus comentaristas. SALEILLES pretende justificarla no por la vía de la coherencia lógica sino del sentimiento o del "instinto": "Se sentía instintivamente algo de chocante en cuanto a la equidad, al no imponer riesgo alguno a los irresponsables, cuando no hubiera persona que hubiera estado encargada de su vigilancia y ante quien se hubiera podido hacer efectiva la responsabilidad; chocante sobre todo cuando el irresponsable menor o demente, fuera rico o su víctima estuviera en estado de necesidad"⁵⁰. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE dicen también que "El sistema de la irresponsabilidad de los locos puede, en la práctica, conducir a resultados que sublevar la consciencia, debido a su carácter contrario a la equidad; un loco millonario mata a un obrero, padre de familia y cuyo trabajo es el único recurso del hogar. Apliquemos el principio enunciado más arriba (sólo hay responsabilidad cuando hay culpa): el loco no debe reparación y la familia del obrero se encontrará en adelante sin pan"⁵¹. ENDEMANN igualmente plantea que "la norma (del artículo 829 del *B.G.B.*) debe servir para compensar allí donde un hombre sin medios de fortuna haya sido perjudicado por el hijo de un hombre rico o por un demente acaudalado"⁵².

Se trata, pues, de una manifiesta infracción al principio de la responsabilidad por culpa, ya que una persona sin discernimiento no puede ser culpable y, consecuentemente, no debe ser obligada a pagar indemnización.

50. Cit. p. José LEON BARANDIARAN: *Comentarios al Código Civil Peruano. (Derecho de las Obligaciones)*. T.I. *Acto Jurídico*. 2a. ed. Ediar S.A. Editores. Buenos Aires, 1954, p. 442.

51. Cit. p. 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. No. 467, p. 531.

52. Cit. p. José LEON BARANDIARAN: *Op. cit.*, p. 443.

zación. Pero, en vez de que ello lleve a reflexionar sobre las incongruencias de la teoría de la culpa y a ensayar la formulación de una nueva concepción de la responsabilidad, los autores prefirieron mantener su adhesión a ella y saltarse a la torera la contradicción.

Es evidente que el manido recurso a la expresión "por equidad" del que hacen uso los autores y también la propia norma del Código Suizo, no constituye una justificación racional que permita articular adecuadamente esta "responsabilidad por fortuna" con la "responsabilidad por culpa". Los hermanos MAZEAUD han denunciado certeramente la inexactitud de este tipo de razonamiento⁵³. A ello habría que agregar la desconfianza epistemológica que nos deben merecer aquellos términos que sólo pretenden echar un manto lingüístico sobre la fisión teórica a fin de que la grieta no sea aparente; pero debajo de esa sábana verbal, el adulterio conceptual entre el dinero y la culpa prosigue.

27. *El análisis costo/beneficio.* En Estados Unidos surgió una perspectiva distinta de la relación entre Derecho y análisis económico con el objeto de establecer las condiciones de culpa.

El problema consistía en determinar los casos en que una precaución adicional hubiera evitado el accidente; por consiguiente, no haberla adoptado implicaría una negligencia. Pero, en última instancia, todos los accidentes pueden evitarse; la diferencia está en el costo en que se incurre para evitarlos: hay accidentes que son evitables a un costo razonable y otros que solo serían evitables a un costo excesivo. Por consiguiente, si el principio subjetivo establece que sólo se incurre en culpa por negligencia cuando no se ha adoptado una precaución de costo razonable, era necesario cuantificar la razonabilidad; en otras palabras, había que determinar hasta cuánto un hombre razonable debe gastar en precauciones para evitar un accidente. Si ese hombre gastó lo razonable y a pesar de ello se produjo el accidente, no hay culpa; aun cuando quizás gastando más se hubiera podido evitar tal accidente.

Un ejemplo puede aclarar mejor el tipo de preocupación al que nos referimos. Pensemos en un propietario de automóvil a quien se le vacian

53. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.* No. 467, p. 530.

los frenos y choca con otro vehículo, causándole grandes daños. Si ese propietario hubiera hecho examinar técnicamente los frenos esa mañana antes de salir de su casa, hubiera advertido que no estaban en buenas condiciones y que así no podía salir a la calle. ¿Fue imprudente o negligente porque no hizo practicar un examen de los frenos antes de salir?

Las Cortes norteamericanas, en el caso *United States v. Carroll Towing Co.*^{53bis}, establecieron lo que se llamó la *Hand Formula* para determinar lo que es razonable en este tipo de situaciones, basada en un cálculo matemático⁵⁴. De acuerdo a esa fórmula, el costo (C) de adoptar las precauciones correspondientes tiene que ser evaluado en relación con la probabilidad (P) de que ocurran accidentes por no haber adoptado la precaución, multiplicada por la magnitud del daño causado (M). La fórmula puede ser expresada resumidamente de la siguiente manera:

Si $C < P * M \rightarrow$ Hay negligencia (era razonable adoptar "C")

Si $C > P * M \rightarrow$ No hay negligencia (no era razonable)

Si a la luz de esa fórmula examinamos el caso de los frenos vaciados, la razonabilidad del propietario puede ser apreciada objetivamente. Evidentemente, traer a un mecánico todas las mañanas a la casa para que examine los frenos antes de salir, tiene un costo muy alto en remuneraciones por servicios, tiempo perdido, etc. Por otra parte, la probabilidad de que ocurra un problema de frenos a pesar de que no practicamos una revisión técnica diaria sino —por ejemplo— semestral, es muy baja. Por consiguiente, si multiplicamos tal probabilidad por la magnitud del daño ocurrido al otro vehículo va a arrojar una cifra inferior al gasto que significaría una revisión diaria. No es, pues, razonable que un propietario de automóvil haga revisar diariamente su coche.

53bis. *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F 2d 169 (2d Cir. 1947).

54. Richard A. EPSTEIN: *A theory of strict liability. Toward a reformulation of Tort Law.* Cato Institute. San Francisco, 1980. p. 7.

En cambio, si estamos frente a un accidente aéreo, las cosas pueden ser radicalmente diferentes. Aplicando la fórmula, el segundo miembro de la comparación puede ser muy elevado con relación al costo de la verificación técnica previa a todo vuelo, ya que la probabilidad de accidentes es muy alta y la magnitud de un accidente aéreo es enorme. Se justifica, pues, que las Compañías de Aviación realicen un examen mecánico del avión antes de cada vuelo. La fórmula nos ha permitido establecer que lo que es razonable para las Compañías de Aviación, no lo es para los propietarios de automóvil. Por tanto, ahí donde las Compañías de Aviación no han adoptado esas precauciones y se produce un accidente, hay culpa; en cambio, si los automovilistas no adoptan las precauciones requeridas para los aviones y se produce un accidente, no hay necesariamente culpa.

Es preciso hacer notar que, aun cuando esta "fórmula de razonabilidad" quiere participar del *glamour* de exactitud que rodea a las matemáticas, su aplicación puede ser todavía muy subjetiva. Es difícil determinar el costo efectivo de las precauciones porque existen siempre alternativas, entre las cuales es preciso a su vez establecer lo que es razonable: las precauciones que protegen ciertos bienes o derechos pueden no ser tan eficientes para proteger otros, lo que lleva a tener que decidir cuáles son los derechos que la responsabilidad extracontractual quiere proteger en mayor medida. Además, la probabilidad es muy difícil de calcular, de manera que quede expresada en un coeficiente exacto.

Sin embargo, si no intentamos aplicar este razonamiento con la precisión de una ciencia exacta sino con el enfoque probabilístico y aproximativo del Derecho, la llamada "fórmula del Learned Hand" puede ser de utilidad.

28. *La optimalidad de PARETO.* Una tentativa completamente nueva de acercamiento entre el Derecho y la Economía ha surgido recientemente desde la perspectiva de la teoría económica neo-liberal.

Colocando tanto el cálculo costo/beneficio de la *Hand Formula*⁵⁵ como la justificación utilitaria a la que antes se hizo referencia⁵⁶ dentro

55. Cf. *supra*. No. 27.

56. *Supra*. No. 24.

del contexto de la moderna teoría económica, algunos juristas se han preguntado sobre el tipo de normas legales que deben aplicarse para que se cumpla el criterio de optimalidad económica de PARETO⁵⁷. Veamos en que consiste este concepto de la nueva teoría económica.

El análisis económico es fundamentalmente social: nos situamos ante un grupo humano y nos preguntamos cómo ese grupo, en tanto que grupo, puede disponer de una mejor asignación de recursos entre cada uno de sus miembros. Dado que el neo-liberalismo coloca el mayor acento en la iniciativa y en el interés individuales como motores de la economía, la mejor asignación de recursos será aquella en la que cada individuo tenga lo que realmente tiene interés en tener, aquello por lo que está dispuesto a pagar a través de las múltiples transacciones que pueden tener lugar en todos los sentidos dentro de los miembros de un grupo.

Para apreciar si una acción o un cambio en la situación del grupo es una "mejora" (siempre teniendo en cuenta al grupo en tanto que tal), el economista italiano Vilfredo PARETO propuso un criterio objetivo: la situación final será mejor que la precedente si, como consecuencia de la medida o acción, todos los miembros del grupo se encuentran mejor. Pero esto no significa una forma de igualitarismo; PARETO no sostiene que las únicas medidas que pueden considerarse "mejoras" son las que benefician a todos por igual. Algunos pueden ser mucho más beneficiados que otros; pero lo importante es que aun el último de los miembros del grupo resulte de alguna manera beneficiado. Si unos ganan a costa de los otros (uno gana 100 y diez personas pierden 10), no tenemos mejora alguna. Pero si uno gana 100 y los otros ganan 10, incluso estos últimos tienen interés en el cambio porque se trata de una situación mejor que la anterior. Y, desde el punto de vista social o de grupo, la situación posterior es preferible a la anterior porque se ha producido un incremento general de riqueza.

Ahora bien, en un mundo ideal en el que las transacciones no tengan un costo y puedan realizarse de manera muy fluida, cada uno intentará comprar al otro aquello que le interesa. No se trata solamente de

57. Cf. E.J. MISHAN: *Pareto optimality and the Law*. American Economy Association, Vol. LVII, No. 3. Evanston, Illinois, June 1967. Vid. Vilfredo PARETO: *Manuel d'Economie Politique*. Marcel Giard, L'Imprimerie-Editeur Paris, 1927.

bienes materiales, sino que aquél a quien no le gusta que le quiten la vista al mar desde su casa, comprará un terreno en la primera línea de la playa; y por ello pagará un precio mayor. Este sobreprecio será de una magnitud equiparable a su interés; porque cuando los precios de los terrenos con frente al mar sean demasiado caros, ese individuo llegará al límite de su interés en la vista al mar y quizá entonces preferirá invertir ese dinero suplementario (la diferencia entre el valor de su interés y el precio del terreno frente al mar) en aumentar el capital de su industria. Consecuentemente, no comprará tal terreno o, si ya lo tiene, lo venderá y comprará otro en segunda línea, a fin de dedicar el dinero suplementario al negocio. Si todos los hombres razonan de esta manera —aplicando un cálculo estricto de costo/beneficio— negociarán ininterrumpidamente hasta llegar —a través de múltiples y repetidas transacciones— a una situación óptima en los términos de PARETO.

Debe tenerse presente que este tipo de razonamiento no toma en cuenta en lo más mínimo los elementos que pudieran ser agrupados bajo términos tales como "justicia", "equidad", etc. Todo ello es considerado simplemente como una perturbación cultural al libre fluir del mercado; no se debe pretender imponer algo porque nosotros creemos que es justo, sino dejar que todo el mundo negocie de acuerdo a sus intereses. Sólo de esta manera se llegará finalmente a una "verdadera justicia" (posiblemente los economistas rechazarían esta expresión que corresponde al lenguaje de la ética) que es la optimalidad de PARETO.

29. *El problema del costo social.* El artículo que abre esta nueva línea de reflexión jurídica —materia de intensos debates desde entonces— es el publicado en 1960 por R.H.COASE bajo el título *The Problem of Social Cost* ⁵⁸.

Aplicando la teoría económica neo-liberal y el criterio de optimalidad de PARETO, este autor llega a la conclusión de que, si las transacciones son fluidas, no tiene mucha importancia el reparto original de los bienes y ni siquiera las intervenciones del Derecho para respaldar o modificar posteriormente ese reparto. Cualquiera que sea la distribución original de recursos o el tipo de intervenciones del Derecho, las personas llegarán al óptimo de PARETO a través de negociaciones entre ellas.

58. R. H. COASE: *The Problem of Social Cost*. 8 The Journal of Law & Economics. Vol. III, 1. Octubre de 1960.

Observemos la gravedad de esta conclusión: el Derecho es irrelevante para promover una "justicia distributiva" ya que necesariamente se llegará a una situación óptima (para todos, en términos de PARETO) si simplemente se deja que cada uno negocie libremente, si el mercado funciona de manera flexible y ágil, si las partes involucradas no tienen trabas para llegar a acuerdos entre ellas y si no existen costos de la negociación misma que distorsionen los precios de lo que se pretende obtener a través de la negociación.

Esto significa que el papel del Derecho no consiste en introducir valores propuestos culturalmente dentro de las relaciones de los individuos sino simplemente en facilitar que los individuos obtengan negociadamente la realización de los valores que ellos mismos se proponen. Todo intento del Derecho de afirmar o imponer valores sobre un individuo es una forma condenable e ineficiente de paternalismo porque, por principio, como lo señaló John Stuart MILL, "la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso sería mejor para él o porque le haría feliz o porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo"⁵⁹.

Dentro de esta línea de razonamiento, COASE trata de demostrar que la óptima asignación de recursos no se encuentra afectada porque existan o no existan reglas jurídicas sobre responsabilidad extracontractual: de una forma o de otra, si las personas pueden negociar de manera libre y generalizada, se llegará a la misma situación. Gordon TULLOCK lo plantea gráficamente: "Si el Derecho de la Responsabilidad Extracontractual fuera derogado para los casos de accidentes del tipo que venimos discutiendo, el individuo que demande judicialmente una indemnización por daños sufridos como consecuencia de un accidente de automóvil recibiría gran simpatía de las Cortes, pero nada más. Esta propuesta chocará a muchas personas, pero no es absolutamente obvio que cause mayores problemas una vez que los nuevos seguros hayan sido

59. John Stuart MILL: *Sobre la libertad*. Alianza Editorial, Madrid, 1970, p. 65.

contratados. En estas circunstancias, me aseguraré a mí mismo contra daños por accidentes"⁶⁰.

Desglosemos el argumento en cada una de sus partes componentes a fin de comprender mejor cómo trabaja.

Imaginemos primero un mundo jurídico en el que se imponga la responsabilidad objetiva como regla general para la indemnización de daños causados por accidentes. Estamos frente a la más estricta de las responsabilidades legales, independientemente de que exista culpa o no, el agente debe pagar una indemnización a la víctima. Dentro de la esfera del automovilismo, lo que sucederá lógicamente es una expansión de los llamados *seguros de responsabilidad civil* o seguros de tercera persona (*Third party liability*). Todo automovilista razonable tomará un seguro para cubrirse de los daños que pudiera causar con su automóvil, los que le serán fatalmente imputados en base a la responsabilidad objetiva. Pero, indudablemente, este automovilista no absorberá por sí solo el costo de las primas de seguro. Dado que ese automovilista vende también algo (nadie puede vivir sin vender en una sociedad de mercado), cargará esos costos al precio del producto que vende. Por consiguiente, ya sea que venda un servicio de transporte porque utiliza ese automóvil para conducir pasajeros o carga, ya sea que venda los productos que fabrica su empresa si es un industrial, ya sea que venda sus servicios personales si es un profesional o un simple trabajador, en cualquiera de estos casos aumentará algo el precio de sus productos o servicios a fin de resarcirse del costo de las primas de seguro. De esta manera, las eventuales víctimas también pagarán el costo de tales primas a través de los productos o servicios que consumen. Por su parte, esas víctimas aumentarán también el precio de sus respectivos bienes y servicios; y así sucesivamente. De manera que, a la larga, todos los individuos habrán costado la indemnización de las víctimas.

Ahora comparemos esta situación con la que pudiera presentarse si derogamos todas las normas sobre responsabilidad extracontractual aplicables a los accidentes automovilísticos. ¿Sería acaso diferente? TULLOCK nos dice que, si sabemos que nadie nos pagará por los daños

60. Gordon TULLOCK: *The Logic of the Law*. Basic Books. New York, London, 1971, p. 106.

que pudiéramos sufrir como consecuencia de que existen automóviles en circulación, toda persona razonable intentará también asegurarse. Pero este seguro no será del mismo tipo: esta vez no nos aseguraremos por los daños de los cuales pudiéramos ser responsables frente a terceros sino que, como cada uno tiene que soportar su propio daño, nos aseguraremos frente a los daños que nos pueden ocurrir a nosotros mismos (*First party insurance*). Ahora bien, dado que dentro de la sociedad de mercado todos venden algo, cada uno de nosotros cargará el costo de las primas del seguro al precio de sus propios bienes o servicios; con lo cual los terceros, entre los que se encuentran los automovilistas, también contribuirán al pago de tales primas. Por consiguiente, sea por un camino o por el otro, son las mismas personas (todas las involucradas en un lado u otro) que terminan pagando el costo de los seguros necesarios para cubrir los accidentes.

No se piense que este argumento puede ser destruido aduciendo que los seguros no se encuentran suficientemente desarrollados y que, cuando menos en algunos países, no hay una tal consciencia de la necesidad de asegurarse. Si eliminamos la variable «seguros», todo sigue igual: lo único que cambia es que lo que habrá que trasladar a costos y hacer objeto de nuestras negociaciones no es simplemente una prima de seguro sino el monto íntegro de la reparación (si no hay normas de responsabilidad civil).

30. *La teoría económica repensada.* Los planteamientos que hemos expuesto están asentados sobre un presupuesto fundamental: que el mercado pueda funcionar sin ninguna traba y basado exclusivamente en un razonamiento utilitario. Sin embargo, ésta no parece ser la situación real.

CALABRESI denuncia esta falta de correspondencia de la situación teórica con la situación real. Es verdad, dice, que si se asume que la conducta es siempre racional, que las transacciones no implican costo y que no hay restricciones legales para el mercado y para la libre negociación, toda distribución defectuosa desde el punto de vista de PARETO (ya sea porque el reparto original era defectuoso o porque se produjo una situación posterior —un accidente— que modificó el *status* económico de las partes), será "curada" por el mercado⁶¹ a través de las negociaciones o

61. Guido CALABRESI: *Transaction costs, resource allocation and liability rules. A comment.* II The Journal of Law & Economics 68 (1968).

transacciones subsecuentes. Por ejemplo, si el costo de un artefacto que impida que el humo de las fábricas deteriore el trigo de los agricultores vecinos es más barato que producir un trigo resistente al humo, los agricultores tendrán interés en pagar a las fábricas ese costo para que instalen el aparato; y a su vez los agricultores cargarán este costo al precio del trigo. Si, en cambio, es más barato producir una variedad de trigo resistente, los agricultores no querrán pagar nada a los fabricantes por el dispositivo anticontaminante y preferirán invertir una suma menor en una solución propia.

Pero, agrega CALABRESI, no existe nunca una situación tan fluida en la que todo pueda ser cargado al mercado y donde la transacción misma no suponga un costo que crea una distorsión del sistema. Dado que la sociedad está formada por un gran número de personas y que no todas tienen igual capacidad para negociar, las bases sociales de toda la construcción teórica propuesta se resienten cuando son confrontadas a la realidad. Muchas personas están en una posición negociatoria débil, ya sea porque tienen patrones culturales que las limitan o porque su ubicación dentro del mercado no les permite trasladar el costo del daño a su propia actividad o porque existen costos de oportunidad que no pueden afrontar. En estas condiciones, el reparto original de bienes y de posibilidades o las intervenciones posteriores del Derecho, influyen notablemente en los resultados de las transacciones recíprocas.

Veamos el caso de los accidentes de trabajo. La teoría dice que no importa en quién recaiga el peso económico del daño porque el mercado se encargará de distribuirlo adecuadamente: si recae en el trabajador (es decir, si el empleador no tiene obligación de resarcir el daño sufrido), los trabajadores exigirán al empleador una suma mayor por concepto de salario con el objeto de "auto-asegurarse"; si cae en el empleador, los fabricantes colocarán esta incidencia como parte del costo y los trabajadores tendrán que pagarla dentro del precio de los artículos que compran. Pero si analizamos la realidad, este razonamiento no es exacto. Cuando no existía seguro de accidentes de trabajo, el trabajador no tomaba en cuenta el riesgo para establecer el monto del salario que pedía por su trabajo; y, en la mayor parte de los casos, tenía que aceptar el salario que le daban o se quedaba sin trabajo y se moría de hambre⁶².

62. Guido CALABRESI: *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*. 70 The Yale Law Journal 506 (1961).

MISHAN señala también sus reservas sobre la tesis de que el Derecho es en última instancia irrelevante en la asignación de lo que le corresponde a cada uno. La ley, según obligue o no obligue a pagar los daños originados por una determinada acción, determina en quién recae el esfuerzo de negociación. Si la ley hace responsable al industrial que arroja sus desagües químicos al río, por los daños causados a agricultores que riegan sus campos aguas abajo, entonces será tal industrial quien tendrá que intentar comprar a los agricultores su derecho a demandar: tendrá que ofrecerles una suma que les haga económicamente soportable el hecho de recibir aguas contaminadas. En cambio, si la ley no le atribuye ninguna responsabilidad sobre la base de que se trata de daños indirectos o de cualquier otra argumentación jurídica, entonces serán los agricultores quienes tendrán que intentar comprarle al industrial su derecho de contaminar: le ofrecerán una suma que le haga económicamente rentable colocar un dispositivo de purificación de los desagües antes de que sean arrojados al río. El hecho de que el orden jurídico reconozca el derecho del ciudadano a usar aguas no contaminadas, a la ausencia de ruidos molestos, a disfrutar de aire puro, etc. coloca la carga del compromiso económico en quienes pretenden destruir estas condiciones y abre mayores posibilidades de negociación a los afectados⁶³.

Hay un argumento más en contra de la teoría reseñada —aún sin entrar en los problemas filosóficos y éticos que ella encierra— que CALABRESI apunta. Para establecer el verdadero funcionamiento del mercado en cada caso, haría falta una enorme cantidad de información. Si se quisiera simplemente analizar el tipo de transacciones en cascada que conducirían al óptimo de PARETO a partir de un accidente de automóvil, sería necesario reunir una inmensa cantidad de datos; y hasta ahora no se ha intentado un análisis completo de ese tipo.

Pero los abogados no pueden esperar hasta tener una seguridad completa para actuar. Mientras que los economistas —al menos, los economistas neo-liberales— tratan de matematizar las situaciones y moverse en un mundo de verdades establecidas y vinculadas entre sí mediante ecuaciones, los abogados se mueven en el mundo de lo meramente probable. Pero como el mundo probable es el de todos los días, los aboga-

63. E.J. MISHAN: *Pareto optimality and the Law*. American Economic Association. Vol. LVII. No. 3. Evanston, Illinois. Junio de 1967.

dos están más cerca de la realidad que esos esquemas económicos abstractos. Por otra parte, en este mundo de todos los días la gente tiene otros intereses al margen del beneficio económico: la gente cree también en la justicia y en un conjunto de valores culturales o morales que quiere que sean realizados, independientemente de su relación costo/beneficio. El abogado no puede ceñirse simplemente a una racionalidad hipotética, sino que tiene que ayudarse en su labor con un ejercicio adivinatorio (*guess work*) sobre lo que son realmente los hechos y sobre lo que la gente realmente quiere.

Por todo ello, mientras que para COASE la menor intervención del Gobierno y del Derecho es usualmente lo mejor, para CALABRESI las cosas se presentan de manera bastante más compleja. De ahí que aún cuando en teoría el mercado bajo ciertas condiciones puede controlar las diferentes situaciones y lograr un óptimo, en la práctica no se puede abandonar todo al mercado porque carecemos de los datos sobre su operación en la realidad, sobre las condiciones en que realmente está actuando⁶⁴.

31. *La propuesta de CALABRESI.* Otro trabajo que constituye un hito insoslayable en la moderna reflexión sobre la responsabilidad extracontractual y sobre las relaciones entre el Derecho y la Economía es el libro de CALABRESI titulado *The Cost of Accidents*⁶⁵. Sin embargo, antes y después de la aparición de ese libro, CALABRESI ha publicado diversos artículos que aclaran y complementan sus planteamientos.

Para CALABRESI, la responsabilidad extracontractual no es un campo aislado del Derecho sino que sus reglas tienen una estrecha relación con las demás normas, particularmente con las de los Derechos Reales y las del Derecho Penal. En última instancia, el Derecho es un sistema de protección de intereses individuales que la comunidad considera con "título" suficiente para ser protegidos. Por tanto, básicamente el orden jurídico confronta en primer lugar un problema de "titularidad". Determinada las bases de tal titularidad, el Derecho se encarga de proteger

64. Guido CALABRESI: *Transaction costs, resource allocation and liability rules. A Comment.* II The Journal of Law & Economics 72-2 (1968).

65. Guido CALABRESI: *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis.* Yale University Press, New Haven y London, 1970.

los "títulos" a través de diferentes grupos de normas. En el campo del Derecho Civil, los Derechos Reales protegerán los títulos sobre bienes objetivables (*rei*), bienes permanentes que están en el comercio de los hombres y cuyo título es oponible a cualquiera; la responsabilidad contractual protegerá los títulos sobre intereses efímeros (duran lo que dura la relación contractual); la responsabilidad extracontractual protegerá los títulos sobre bienes *extra commercium*, que no pueden ser objeto de propiedad (derecho a la vida y a la salud, a la honra, al goce pacífico de los bienes, etc.), y también las "propiedades" cuando no se atenta contra su titularidad (que es materia de los Derechos Reales) sino contra su integridad física o contra su valor económico (daños y perjuicios). El Derecho Administrativo colabora con tal protección prohibiendo o alentando ciertos actos que pueden afectar los bienes titulados y administra la comunidad de titulares. El Derecho Penal prolonga una de las funciones del Derecho Administrativo prohibiendo de forma radical ciertos actos que afectarían también muy radicalmente los respectivos derechos titulados⁶⁶.

El problema fundamental consiste, entonces, en determinar las bases de la titularidad y luego definir los mecanismos de respaldo. Uno de los criterios que puede regir este proceso es el de la eficiencia económica u optimalidad de PARETO. Pero, como hemos visto, CALABRESI reconoce —contra lo que sostienen los más fervorosos defensores de la corriente denominada *Law & Economics*— que la optimalidad funciona de manera diferente según el reparto inicial, porque las transacciones posteriores resultan afectadas por la desigual distribución de riqueza. Además, CALA—BRESI acepta que hay valores culturales (religiosos, éticos, etc.) que muchas veces parecen asumir más importancia que la optimalidad misma.

Estas ideas informan su teoría sobre los accidentes. En este campo, los individuos son indudablemente titulares de un derecho a gozar de su vida y de sus bienes en condiciones pacíficas y normales. El orden jurídico pretende proteger estos bienes mediante procedimientos que tienden fundamentalmente a evitar que sean afectados; o a que, si lo son, el daño producido sea reparado. Con estas miras, CALABRESI distingue tres ti-

66. Guido CALABRESI y A. Douglas MELAMED: *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the Cathedral*. 85 Harvard Law Review 1089 (Abril 1972).

pos de costos que se derivan de los accidentes: (a) los costos primarios, que son los resultados directos del accidente: la vida truncada, el miembro perdido, la propiedad dañada, la salud quebrada por la contaminación ambiental, etc.; (b) los costos secundarios, que están constituidos por las sumas de dinero que deben pagarse como indemnización a quienes sufrieron los daños: el peso económico del daño que recae sobre un individuo en particular, ya sea que se le llame "el culpable", "el agente", etc.; y (c) los costos terciarios, que son todos los derivados de poner en funcionamiento la maquinaria legal que controla los costos primarios y los secundarios: el costo de prohibir administrativamente una determinada actividad, el costo para la víctima de demandar, el costo para el Poder Judicial de manejar una gran cantidad de juicios de responsabilidad, etc.⁶⁷.

El ideal sería minimizar los tres costos antes mencionados. Sin embargo, estos tres tipos de costos se encuentran interrelacionados y lo que minimiza uno de ellos puede maximizar el otro. Por ejemplo, no puede pensarse que la sociedad quiere eliminar los accidentes a cualquier precio; hay muchos casos en los que el costo de una medida destinada a evitar un accidente (costo terciario) es demasiado alto y hace imposible su aplicación. Así, es necesario desterrar el mito de que la sociedad protege la vida humana por sobre todas las cosas. "Nuestra sociedad" dice CALABRESI, "no se ha comprometido a preservar la vida a cualquier costo... Se aceptan riesgos que —estadísticamente, por lo menos— tendrán indudablemente un costo en vidas humanas"⁶⁸. De lo que se trata entonces es de saber "cuán lejos queremos ir en salvar vidas y a qué costo"⁶⁹.

Para combatir los costos de los accidentes puede recurrirse a medidas que operan a través del mercado (*general deterrence*) y que no prohíben la actividad generadora de accidentes pero obligan a pagar sus consecuencias (reglas de responsabilidad extracontractual)⁷⁰ o a medidas que

67. Guido CALABRESI: *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*. Yale University Press. New Haven y London, 1970, pp. 26-31.

68. Guido CALABRESI: *Op. cit.*, p. 17.

69. *Ibidem.*, p. 18.

70. Guido CALABRESI: *Op. cit.*, pp. 68-88.

operan administrativamente (*specific deterrence*) y que prohíben o limitan la actividad generadora de accidentes (reglamento de tránsito que establece velocidades máximas, obligación de colocar un artefacto anticon-taminante en las chimeneas de las fábricas, prohibición de tener una fábrica de explosivos en el centro de la ciudad, etc.)⁷¹.

Habitualmente, los sistemas de responsabilidad extracontractual se combinan con medidas administrativas para combatir o compensar el costo de los accidentes. Y, si se quiere diseñar un método eficaz de minimizar los efectos de los accidentes, es preciso estar muy consciente de esta vinculación entre ambos tipos de medidas. Por ejemplo, si la acción por daños y perjuicios es demasiado complicada o si es usual que la víctima no obtenga judicialmente reparación o que la reparación obtenida sea siempre insatisfactoria (por el tiempo transcurrido o por otras razones), las personas manifestarán una tendencia a contratar un seguro; lo que facilita la *reparación* del daño (costos secundarios). Ahora bien, las Compañías de Seguros señalarán primas más ventajosas a quienes tengan automóviles reforzados que resisten mejor las colisiones (en el caso de seguro de automóviles) o a quienes sepan manejar armas (en el caso de seguros personales). Pero los automóviles reforzados hacen más estragos a los demás automóviles cuando chocan y la difusión del uso de armas en la población hace más insegura la vida en la ciudad; lo que incrementa la *producción* de daños (costos primarios). El mismo razonamiento es aplicable al caso de que el Gobierno desarrolle un sistema de seguro obligatorio de accidentes de automóviles; si se opta por seguros de "primera persona" (cada seguro paga los daños propios de su asegurado) en vez de los seguros por "tercera persona" (cada seguro paga los daños de la otra persona involucrada en el accidente), se tienen numerosas ventajas: se elimina la engorrosa investigación de la culpa, la víctima reclama a su propia Compañía de Seguros con la que tiene relaciones habituales, etc.; pero las Compañías de Seguros favorecerán todos los mecanismos que reduzcan el daño propio aunque aumenten la peligrosidad de ese automóvil y consecuentemente incrementen la producción de daños.

CALABRESI sugiere que el peso económico del daño debe ser inicialmente colocado en quien es el "más barato evitador del daño"

71. Guido CALABRESI: *Op. cit.*, pp. 95-128.

(*cheapest cost-avoider*). "Es preciso" dice, "detectar qué actividad o grupo de actividades puede reducir los costos de los accidentes en la forma más barata en términos de valores de mercado, dado que solamente si los costos son atribuidos a esas actividades puede haber propiamente una decisión adecuada del tipo *general deterrence* (es decir, vía el mercado) por o contra los costos de los accidentes. El problema análogo para la *specific deterrence* consiste en determinar cuáles actividades pueden reducir 'mejor' los costos de accidentes desde un punto de vista colectivo"⁷². En otras palabras, se trata de golpear el mal en su origen, obligando económica o administrativamente a tomar una decisión en contra del accidente a aquél que precisamente es quien puede evitarlo. El responsable será aquél que mejor pueda evaluar el riesgo de accidente, porque es el que mejor puede adoptar las medidas necesarias para evitar que el accidente se produzca.

Esta determinación del *cheapest cost-avoider* puede hacerse caso por caso o también por categorías de agentes o de actividades: los automovilistas, los que usan máquinas en su producción, los que producen bienes destinados al consumo, los que abren piscinas al público, etc. Dentro de este contexto, el principal objetivo de todo sistema de responsabilidad extracontractual por accidentes tiene que ser la reducción del costo de los accidentes. Pero el sistema debe ser sentido como justo(*fair*). Propiamente hablando, la justicia no es un objetivo sino una limitación: el objetivo es reducir el costo de los accidentes (en el cual se incluye tanto el disminuir las posibilidades de accidentes como el compensar a las víctimas); y es ésto lo que hay que hacer de manera justa⁷³.

CALABRESI no ignora la naturaleza social del accidente moderno; y, por ese motivo, no deja de ver la necesidad de diluir el peso económico del daño entre la sociedad. Por eso incluso afirma que, complementariamente al principio de hacer recaer la responsabilidad sobre el *cheapest cost-avoider*, hay que aplicar el principio de que la responsabilidad debe incidir fundamentalmente en quien mejor pueda asegurarse o auto-asegurarse⁷⁴.

73. Guido CALABRESI: *Op. cit.*, pp. 24-5.

74. Guido CALABRESI: *Fault, accidents and the wonderful world of Blum and Kalven*. 75 *The Yale Law Journal* 225 (1965).

Este planteamiento pudiera parecer contradictorio: si de lo que se trata es de presionar económicamente sobre quien puede evitar el daño para que efectivamente lo evite, parecería que éste debe soportar todo el peso económico sin diluirlo a través del seguro o de los precios. Sin embargo, es claro que no sería realista pensar que, dentro de una economía de mercado, aquél a quien se le ha hecho recaer la responsabilidad no va a intentar desplazarla a otros mediante alguno de los procedimientos mencionados. Pero ello no afecta el objetivo de erradicación del daño en la medida en que no vivimos dentro de un mundo de mercado ideal. Las transacciones no son tan fáciles ni tan fluidas como lo supone la teoría: el precio de muchos productos no puede ser aumentado sin dificultades, el hecho de recibir inicialmente el peso económico del daño —aunque después lo transfiera— implica costos financieros y de oportunidad que a su vez tienen que ser desplazados a los precios; pero todo ello hace cada vez más complejas las cosas. Por consiguiente, aun cuando el peso del daño pueda ser teóricamente diluido a través del sistema de precios y de los seguros, en la práctica quien lo recibe inicialmente preferiría no haberlo recibido nunca. De esta manera existe siempre una función de *deterrence*.

Desde su perspectiva fundamental de *deterrence*, lo que CALABRESI no admite es que el costo del accidente sea retirado de la economía tanto del causante como de la víctima mediante un sistema de seguro social general⁷⁵, del tipo de Nueva Zelandia. Mientras el costo del accidente tenga que ser internalizado por el *cheapest cost-avoider*, aun cuando éste proceda después a difundirlo más o menos trabajosamente, el efecto *deterrence* está siempre presente. En cambio, dice CALABRESI, cuando nadie resulta incomodado por el accidente porque un organismo estatal se encarga de compensarlo, nadie se preocupará tampoco por evitar las causas de los accidentes.

Sin que ello signifique que nos inclinemos por un seguro estatal —respecto del cual debo confesar mi escepticismo— pienso que esta última conclusión no es del todo rigurosa. Es posible hacer una distinción entre los daños intolerables (todos aquéllos que se pueden razonablemente evitar y no se evitan) y los propiamente accidentes. Los primeros son

75. *Ibidem*, p. 232.

aquellos que la sociedad puede y quiere evitar. Para ello, ha establecido medidas de *specific deterrence*, como la prohibición de conducir por encima de cierta velocidad dentro del área urbana o la obligación de descontaminar las aguas que se arrojan al río, etc. También se encuentran en este grupo los daños causados mediando dolo o culpa inexcusable. Los segundos, los accidentes, son los que no se pueden evitar razonablemente (debido a que su producción misma es colectiva y a que el costo colectivo de evitarlos sería más alto de lo que la sociedad está dispuesta a pagar). Podríamos decir que los daños intolerables deben ser internalizados por el *cheapest cost-avoider* (que en el caso de los daños dolosos o causados mediando negligencia inexcusable será el "culpable", en sentido clásico) con el objeto de desalentarlo en la creación de la situación generadora del daño, mientras que los propiamente accidentes pueden ser internalizados directamente con el objeto de que su peso sea diluido de la mejor forma posible (ya que no hay forma de evitarlos).

32. *Apreciación general de esta perspectiva de la responsabilidad extracontractual.* Las tesis sostenidas por los partidarios de la corriente denominada *Law & Economics* son difícilmente aceptables.

De un lado, sus razonamientos están basados en un mercado ideal que no parece corresponder a ninguna realidad social; menos aún a la de un país como el Perú donde las transacciones se encuentran obstruidas por múltiples trabas y donde la mentalidad utilitaria no es el patrón psicológico de comportamiento ni aun entre los grupos más directamente influenciados por el liberalismo capitalista: nuestro "medio de negocios" constituye una extraña mezcla de privilegios feudales, actitudes de *condottiere* renacentista y un análisis costo/beneficio artesanal; mezcla que, para hacerlo todo aún más complicado, se expresa en argot capitalista. Y este medio se encuentra rodeado por una mayoría nacional que aún no ha ingresado a la mentalidad de mercado y que posiblemente no ingrese nunca porque su desarrollo sigue caminos diferentes que pudieran llevarla hacia formas nuevas de progreso.

De otro lado, no parece posible mantener realísticamente ese afán de "pureza" del razonamiento económico (que nos recuerda mucho, en tanto que actitud, a la teoría "pura" del Derecho planteada por Kelsen). Para bien o para mal, el razonamiento en estas materias tiene siempre un carácter social. Esto significa que nada es "puro": el Derecho no puede ser entendido sin un recurso a la economía, pero tampoco la Economía pue-

de ser entendida sin un recurso a lo que una determinada cultura considere justo, a los valores que esa cultura quiere respetar.

Dentro de esta línea de consideraciones las tesis de CALABRESI merecen la mayor atención, aun cuando sea preciso repensarlas íntegramente para adaptarlas a una tradición jurídica diferente y a una sociedad en la que la mentalidad y los procedimientos de mercado no se encuentran desarrollados.

Dicho esto, es preciso destacar también que el esfuerzo de la corriente *Law & Economics* tiene un enorme valor y merece un detallado examen. Aun cuando no estemos de acuerdo con sus conclusiones y aun cuando nuestra propia posición se encuentra fuertemente teñida por una actitud moralista, no podemos ignorar que las reflexiones de los autores que hemos citado nos fueron extraordinariamente útiles para una mejor comprensión de la responsabilidad extracontractual; y pensamos que ya no es posible tratar esta institución jurídica sin reflexionar y tomar posiciones frente a este nuevo hito teórico.

La perspectiva económica tiene la virtualidad de mostrarnos la naturaleza social del daño. Esto significa, por una parte, que ciertos daños son resultado de los intereses del grupo social y no sólo de la maldad o de la negligencia o imprudencia de un individuo aislado. Pero también significa, por otra parte, que el daño de uno puede ser el bien de otro; y viceversa. Dice COASE: "La cuestión ha sido usualmente pensada como si A le causa un daño a B y lo que tiene que decidirse frente a esto, es: ¿cómo se debe refrenar a A? Pero esto es equivocado. Estamos tratando con un problema de naturaleza recíproca. Para evitar el daño a B, le causamos un daño a A"⁷⁶. Veamos un ejemplo. Prohibimos que una fábrica se instale en determinado lugar porque sus humos dañarán los campos vecinos. Pero entonces la fábrica tiene que irse más lejos y esto aumentará sus costos de transporte y otros. Por consiguiente, para evitar un daño al agricultor, le causamos un daño al industrial. Por eso, sigue COASE, "La verdadera pregunta que tiene que ser contestada es: ¿debemos permitir que A le cause un daño a B o debemos permitir que B le cause un daño a A? El problema está en evitar el daño más serio"⁷⁷.

76. R.H. COASE: *The Problem of the Social Cost*. 8 The Journal of Law & Economics. Vol. III, 1 Octubre de 1960.

77. *Loc. cit.*

El análisis económico contribuye a desmitificar cosas; hace ver que quizá elementos que desde un punto de vista cultural parecían muy importantes, en realidad lo son menos si examinamos sus efectos y vemos que su participación no influye mucho en el resultado final.

Quizá podemos decir con MICHELMAN que el análisis económico no es la solución a los problemas de la responsabilidad extracontractual, pero es un extraordinario "generador de hipótesis"⁷⁸; hipótesis novedosas, ángulos todavía insospechados para tratar el problema, que deben ser articulados con los demás ángulos (incluyendo los clásicos), a fin de tener una mejor visión de conjunto.

78. Frank I. MICHELMAN: *Pollution as a Tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi's Costs*. 80 The Yale Law Journal 647 (1971).

TITULO III

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL PERU

33. *El Código Civil de 1852.* El codificador de 1852 adoptó el principio de la culpa como base para la determinación de la responsabilidad, de acuerdo a la tradición de la época.

De la misma manera como el *Code Napoléon* en el cual se inspira, el Código Civil peruano de 1852 coloca la materia bajo el título "Obligaciones que nacen de delitos o de cuasidelitos", marcando de esta forma el carácter de hecho ilícito del acto que produce el daño resarcible y la necesidad de la presencia del dolo o de la culpa para configurarlo.

Esta culpa debe ser demostrada por el demandante en la generalidad de los casos. Sin embargo, existen algunas situaciones en las que ya se admite una inversión de la carga de la prueba. Este es el caso de la responsabilidad de los padres, guardadores, maestros y, en general, personas que tengan a alguien bajo su cuidado, por los daños que cometan los hijos, las personas sujetas a la guarda, los alumnos y, en general, aquellos sujetos al cuidado de ellas, respectivamente: si bien esas personas responden de primera intención, están en aptitud de liberarse de responsabilidad justificando que no pudieron impedir el hecho que causó el daño (art. 2194). También sucede lo mismo con la responsabilidad por daños producidos por animales, por los que responde el dueño; pero éste puede liberarse probando que el animal se había perdido o extraviado sin su culpa (art. 2192).

Cabe señalar que en este último caso la responsabilidad es más estricta: no se libera el dueño del animal si éste no se hubiera extraviado, aunque pruebe que no podía hacer nada para impedir el daño. En el fondo, hay aquí un atisbo de la teoría del riesgo creado que no estaba pre-

sente en su antecedente francés. En el *Code Napoléon* —cuando menos según la interpretación primigenia, que actualmente ha sido variada por los tribunales franceses hasta casi transformar esta responsabilidad en objetiva— el propietario era responsable, ya sea que el animal estuviera bajo su custodia o que se hubiera escapado o perdido; pero tal propietario podía probar también su ausencia de culpa en ambos casos⁷⁹. En cambio, el Código Civil Peruano de 1852 le quita posibilidad de liberarse mediante la argumentación subjetivista si el animal no se ha perdido ni extraviado.

Pero además, existen otras reglas en las que se apunta aún más marcadamente el inicio de un pensamiento jurídico objetivista. Así, el artículo 2197 establece que "el que vive en una casa es responsable de los daños que causen las cosas arrojadas de ésta; pero puede repetir contra el autor del daño". Nótese cómo responde una persona que definitivamente no es el autor del daño y que no necesariamente tiene culpa. Forzando mucho la teoría de la culpa, alguien podría aducir que existe en esta peculiar responsabilidad una cierta base de culpa porque todo el que vive en una casa tiene la obligación de vigilar que ninguno de los otros moradores arroje algo por la ventana. Pero esta argumentación no corresponde a la naturaleza jurídica de la situación prevista en la norma: esa persona no puede exonerarse probando que no tuvo culpa; sólo le queda repetir contra el verdadero autor del daño.

Tiene igualmente un sabor objetivista —consciente o inconsciente— el artículo 2198 cuando establece que "Se obligan también a reparar los daños que causen: (1) El que tiene alguna cosa puesta o suspendida en un lugar por donde pasan o en que se paran hombres, y cuya caída puede causar daño; (2) El que corre por las calles a bestia, o en cualquier especie de carro; (3) El que va dentro del carro y ordena la carrera al conductor; (4) El que arrea bestias por las calles haciéndolas correr; y (5) El que caza con armas de fuego o pone trampas en el camino". Debe advertirse que no se trata propiamente de casos de culpa, porque todas esas actividades pueden realizarse con el mayor cuidado. Estamos más bien ante un caso de riesgo cuando el Código ordena que, aunque se

79. Henri y Léon MAZEAUD: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. T.II, 6a. ed. Editions Montchrestien. Paris, 1970. Nos. 1072-3, p. 143.

practique la cacería con toda prudencia, el que hiera a otro en esas circunstancias responde por los daños. No cabe duda de que esta norma se aproxima bastante más a la teoría de riesgo creado que a la de la culpa, aun cuando la teoría del riesgo no había sido todavía formulada en esa época: se trata de intuiciones que están en el ambiente jurídico y que llevarán posteriormente a los juristas franceses a formular tal teoría.

34. *El Código Civil de 1936.* El legislador del Código Civil de 1936 se mantuvo dentro de la tradición de la culpa, con algunas excepciones para las que acogió tímidamente la teoría objetiva.

A pesar de las intuiciones de OLAECHEA respecto de la presencia de un componente social en la responsabilidad por accidentes y a pesar de sus esfuerzos por introducir un principio objetivo de responsabilidad, esta labor de avanzada no fue comprendida.

Juan José CALLE apoyó la introducción del principio de responsabilidad objetiva propuesta por OLAECHEA y en un *Memorandum*, presentado a la Comisión Reformadora, manifestó su opinión en el sentido de que no sólo los actos ilícitos podían dar nacimiento a la obligación de reparar sino también algunos actos que, aun siendo lícitos, debían dar lugar a resarcimiento en el caso de que causaran daño, debido a su carácter riesgoso. Por este motivo, propuso que en el nuevo Código se mantuviera el tenor del artículo 2191 del Código Civil de 1852, pero que se le infundiera una nueva interpretación: la palabra "hechos" debía ser entendida en sentido objetivo. Termina su *Memorandum* manifestando de manera expresa su concordancia con OLAECHEA⁸⁰.

Sin embargo, Alfredo SOLF y MURO discrepó radicalmente de este temperamento modernizante y sostuvo que los actos lícitos no pueden dar lugar a reparación aunque produzcan daños, porque conforman una "zona inmune en que puede moverse el hombre impunemente"; y tal zona "es de gran importancia en la práctica para dar una gufa a quien deba conducirse en la vida con seguridad". En consecuencia, no acepta que se traslade al nuevo Código el antiguo artículo 2191 —que, acogido

80. *Código Civil del Perú.* Anotado por el Dr. Juan José CALLE. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1928, p. 712.

aisladamente, podía haber dado una equivocada impresión objetivista—sino con la aclaración en otra norma en el sentido de que los actos practicados en el ejercicio regular de un derecho no dan lugar a responsabilidad extracontractual: "Esta última salvedad importa decir que sólo hay lugar a la indemnización de los daños causados por los hechos del hombre no ejercidos en forma regular o, en otros términos, que el ejercicio normal de un derecho no acarrea responsabilidad, aun cuando ocasione perjuicio"⁸¹. En sus conclusiones, SOLF y MURO dice adherirse también a la propuesta de OLAECHEA, pero siempre "que se declare que la responsabilidad por el riesgo creado tendrá aplicación en los casos contemplados en las leyes especiales sobre riesgo profesional, y en las que se establecen el riesgo de empresa u otras de la misma índole"⁸². Como puede apreciarse, se trata de una adhesión de pura cortesía porque, en la práctica, la propuesta de OLAECHEA quedaba totalmente transformada: el Código contemplaría únicamente la responsabilidad por culpa y había que dejar a otras leyes especiales la responsabilidad objetiva. Esta posición ilustra el mecanismo de auto-arrinconamiento dentro de límites cada vez más estrechos que sufre el Derecho Civil en las últimas décadas en razón de su incapacidad para absorber imaginativamente la nueva problemática.

El artículo 1136 del Código Civil de 1936 ("Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo") reproduce en forma prácticamente idéntica el artículo 2191 del Código Civil de 1852 ("Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un perjuicio a otro, está obligado a subsanarlo"). Y a su vez la regla del Código Civil de 1852 no hacía sino resumir en un solo texto los artículos 1382 ("*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause a autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, a le réparer*") y 1383 ("*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*") del *Code Napoléon*. Como explican los juristas Henri y León MAZEAUD y André TUNC, la palabra "hecho" (*fait*) mencionada en el artículo 1383 del Código Francés no significa otra cosa que lo que DOMAT había aludido con el mismo término, es decir, el "hecho

81. *Ibid.*, p. 713.

82. *Ibid.*, p. 714.

ilícito" o falta intencional (delito civil)⁸³. Por consiguiente, la trilogía "hechos-descuido-imprudencia" del artículo 1136 del Código de 1936 — al igual que sus antecedentes del S. XIX— se refería al dolo y a las dos formas de la culpa (descuido e imprudencia), no a una responsabilidad objetiva por el mero hecho.

Ya hemos señalado que OLAECHEA y CALLE pretendieron infundir a esa norma un nuevo espíritu, insuflándole la responsabilidad objetiva a través de la palabra "hechos". Pero ante la oposición de SOLF y MURO, tuvieron que aceptar la limitación de que ese artículo sólo se refiriera a los daños no causados en el ejercicio regular de un derecho, introduciendo a desgano la tesis de SOLF y MURO en un mero inciso del segundo artículo de la responsabilidad (inciso 1 del artículo 1137); lo que equivalía a dejar la puerta de servicio abierta para que la teoría de la culpa tuviera siempre un acceso, aun cuando fuera de menor categoría.

Las discusiones que precedieron a la dación del Código de 1936 y este giro final de la redacción del articulado han llevado a Manuel A. VASQUEZ de VELASCO a resumir la época, desde una posición subjetivista, en los siguientes términos: "La reforma del Código de 1852 se hizo en un momento de desconcierto del ambiente forense, agitado por las nuevas teorías de la responsabilidad sin culpa y de la responsabilidad por riesgo, genérica la primera, específica la segunda, y revolucionarias y pugnaces ambas. Las propugnaba con calor en varios países de América una falange juvenil de abogados noveles, que estaban 'pagando el noviciado' y así conjugaban su quijotismo doctrinario con las proficuas consecuencias de la responsabilidad a todo trance y la indemnización pecuniaria en todo caso. Impugnaban la teoría subjetiva de la responsabilidad, basada en el libre albedrío, la imputabilidad de los actos y la culpa, arguyendo que estaba informada por un "individualismo caduco", era insuficiente para regular todos los casos con equidad y carecía de emoción social. Y se había ya introducido en la legislación del trabajo la teoría del riesgo, que aportaba una nueva tendencia, una tendencia objetiva, cuya aparición en el campo del Derecho no se podía dejar de acusar"⁸⁴.

83. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. T.I. 6a. ed. Editions Monstchrestien. Paris. Nos. 368-375, pp. 454-7.

84. Manuel A. VASQUEZ de VELASCO: *La Responsabilidad Civil Extracon-tractual*. Revista del Foro. Lima, diciembre de 1953.

35. *La interpretación doctrinal del Código de 1936.* El propio Manuel Augusto OLAECHEA aclaró el sentido del criterio de responsabilidad utilizado por el legislador, a través de un interesante proceso de afinamiento conceptual progresivo.

En la Exposición de Motivos del nuevo Código, OLAECHEA había intentado insistir en su interpretación objetivista de las nuevas reglas. Más tarde, en una Ejecutoria Suprema en la que intervino como Fiscal, reafirma esta línea de interpretación^{84bis}. La señora Clotilde viuda de Sojo había interpuesto una demanda de indemnización contra don Jorge Kieffer Olcese por la muerte de su esposo, don Manuel Sojo Zárate, producida por un accidente automovilístico en la Avenida Colonial el 22 de abril de 1939. La defensa sostuvo que el accidente no se había producido por omisión o descuido del demandado sino, más bien, por imprudencia de la víctima. En su dictamen del 16 de diciembre de 1943, el doctor OLAECHEA plantea una conciliación difícil. De un lado, sostiene que "el concepto clásico de culpa no puede satisfacer por sí solo las tendencias y necesidades de la vida jurídica contemporánea"; por lo que, apoyándose en lo escrito por él mismo en la Exposición de Motivos del Libro Quinto del Código Civil de 1936, afirma que "Hay en ciertas situaciones un elemento preponderante de riesgo que tiende a objetivar la responsabilidad": "Estos casos miran al interés social y están inspirados en una profunda exigencia de equidad". Tales situaciones se presentan cuando se utilizan ciertos elementos o se realizan ciertas actividades "que entrañan peligro personal o colectivo". Recurre a la autoridad de Angel Gustavo CORNEJO quien, en sus *Comentarios al Nuevo Código*, había sostenido la existencia de un doble principio de responsabilidad: el subjetivo, que se aplica al delito y al cuasi-delito; y el objetivo que se aplica cuando ha mediado un elemento riesgoso. CORNEJO considera que éste último es el caso fundamentalmente en las relaciones derivadas del trabajo, en la utilización de ciertos elementos, en el ejercicio de ciertas actividades, tratándose de incapaces y en lo referente a personas que están bajo la dependencia de otras. Para CORNEJO, los artículos del Código Civil de 1936 que se aplican objetivamente son los siguientes: 1139, 1142, 1144, 1145 y 1146. OLAECHEA no circunscribe la responsabilidad objetiva a determinados artículos sino que piensa que el propio artículo 1136 —pieza central del sistema— encierra la idea de responsabili-

84bis. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Diciembre de 1943. No. 3, pp. 22-24.

dad objetiva si ha intervenido un elemento peligroso. Atendiendo a todo ello concluye que la viuda tiene derecho a ser resarcida por la muerte de su marido en el accidente automovilístico, aun si no ha demostrado la culpa del conductor; lo que presupone que, en su opinión, la circulación automotriz es una actividad riesgosa.

Sin embargo, de otro lado, estaba la realidad del Código que recogía las tesis de SOLF y MURO, que ya hemos reseñado. Por consiguiente, parecía haber una contradicción entre el tenor literal del Código y lo que OLAECHEA sostenía en sus escritos y en sus dictámenes.

Los escritos del mismo OLAECHEA eran un testimonio de esta contradicción entre lo que este jurista hubiera querido para el Código y lo que el tenor del Código dispuso. En un trabajo suyo denominado *El Problema de la Responsabilidad Extracontractual en el nuevo Código Civil*, se advierte claramente esa ambigüedad. En su primera línea declara: "El artículo 1136 del nuevo Código Civil no elimina, como es natural, la noción de culpa". Y unos párrafos más adelante agrega: "He aquí por qué el nuevo Código Civil sin abandonar total y absolutamente, como ningún Código contemporáneo, la noción de culpa, que es siempre un elemento que califica la voluntad, se orienta por el canal objetivo". Parece establecerse aquí un marco de conciliación, cuyas bases deben ser explicitadas. Pero a continuación expresa con gran vigor objetivista: "Para el Código Civil de 1936, el principio de la responsabilidad es general y se produce por todo hecho que cause daño. No puede explicarse la incertidumbre que domina a jueces y abogados. La Exposición de Motivos del Libro V lo dice claramente". Pero cuando intentamos entender esa atormentada relación entre lo objetivo y lo subjetivo, nos encontramos que, a través de un *détour*, volvemos a caer en la culpa: "Sólo se requiere que exista un vínculo de causalidad entre el hecho y el daño y *que se trate de acciones que no entren en el ejercicio regular de un derecho*" (el énfasis es nuestro). Pero ya hemos visto cómo el camino del ejercicio regular de un derecho nos conduce simple y llanamente a la culpa. Frente a estas declaraciones, podemos comprender fácilmente la incertidumbre de jueces y abogados; incertidumbre que OLAECHEA, ensimismado en las dificultades de su posición, no lograba entender.

El siguiente paso en este proceso de precisión del concepto fue dado con motivo de un hecho memorable en la Historia del Derecho y de las relaciones diplomáticas del Perú. El entonces Embajador de Colombia

en el Perú, don Eduardo ZULETA ANGEL, era un jurista inquieto, que se había interesado mucho por este estado de ebullición civilista que, con motivo de la dación del nuevo Código, percibía en el país en el que estaba acreditado. Afortunadamente, ese embajador no compartía la idea de algunos de que los diplomáticos deben permanecer en una oscura neutralidad y no pueden pronunciarse sobre los asuntos del país que los hospeda. Tampoco tenía necesidad de escudarse en esa actitud por falta de capacidad, porque era un abogado brillante. Es así como consideró —acertadamente— que el mejor homenaje cultural que podía hacer un país huésped era precisamente prestar interés a la cultura peruana, participar en los debates intelectuales que tenían lugar en el campo del Derecho, que conocía muy bien. Es con este espíritu que aceptó dar una conferencia sobre el nuevo Código en el Colegio de Abogados de Lima, expresando sus puntos de vista de manera honesta y directa. En tal conferencia, el embajador ZULETA manifestó que, sin perjuicio de la opinión de los importantes juristas nacionales que habían tratado sobre el tema —Angel Gustavo CORNEJO, RODRIGUEZ LLERENA, Germán APARICIO y GOMEZ SANCHEZ y CARLOS ZAVALA LOAIZA— y a quienes había indudablemente que referirse para conocer los principios de la responsabilidad extracontractual, era Manuel Augusto OLAECHEA quien mejor expresaba la tesis prevaleciente, tanto por su calidad de ponente del Título correspondiente del Código y autor de la Exposición de Motivos como también porque, en última instancia, todos los demás juristas citados tomaban su fuente en OLAECHEA. Y así, intentando interpretar el pensamiento de OLAECHEA, sostuvo que el Código Civil Peruano debía ser entendido concordando el artículo 1136 con el inciso 1 del artículo 1137, de manera que —salvo los casos especiales de los artículos 1140, 1142, 1143, 1144, 1145 y 1146— no hay responsabilidad sin un error de conducta, es decir, sin culpa. El Código de 1936 no ha abandonado la idea de culpa, decía, sino que ha creado una presunción general de culpa que puede ser destruida por el demandado probando la intervención de una causa extraña o *la ausencia de culpa*.

El doctor OLAECHEA, quien no pudo asistir por razones de salud, envió una tarjeta al embajador para agradecerle la mención y felicitarlo por la conferencia, de la que había sido informado por su hijo.

ZULETA contestó con una extensa e interesante carta de 2 de agosto de 1944 en la que resume sus interpretaciones sobre la responsabilidad extracontractual en el Código Civil Peruano, la que fue publicada

en la Revista de Jurisprudencia Peruana, junto con el texto de la conferencia. En esta carta, ZULETA comenta el trabajo del doctor OLAECHEA que acabamos de reseñar (*El Problema de la Responsabilidad Extracontractual en el nuevo Código Civil*) y, tratando de conciliar los criterios aparentemente antagónicos, sostiene que lo que el doctor OLAECHEA ha querido plantear es que "lo importante en materia de responsabilidad civil es desplazar la carga de la prueba". De esta manera, la conciliación teórica se apoya en un sustento basado en la culpa (tesis subjetivista), aunque invierte la carga de la prueba en favor del demandante (influencia objetivista). ZULETA concluye que el Código Peruano es subjetivista, pero que ha facilitado la probanza a las víctimas estableciendo presunciones de culpabilidad.

En el mismo número de la *Revista de Jurisprudencia Peruana* se publica la respuesta de Manuel Augusto OLAECHEA de 14 de agosto de 1944, en la que definitivamente queda aclarada la posición de este jurista.

OLAECHEA atenúa un tanto el radicalismo de su posición objetivista expresada en *El Problema de la Responsabilidad Extracontractual en el nuevo Código Civil* y admite que el "principio de clausura" del sistema es el subjetivo, con la carga de la prueba invertida. Dice OLAECHEA: "En síntesis, si la víctima-demandante en el proceso de responsabilidad prueba el daño y el hecho (culposos o no culposos) del demandado, éste debe ser condenado a la reparación del perjuicio, aunque no se produzca ninguna prueba sobre la culpa del autor del daño, *a menos que el demandante demuestre, si se trata del daño irrogado por él, el ejercicio regular de su derecho, la causa extraña o la fuerza mayor*" (El énfasis es nuestro). Notemos que, aunque el autor se refiere a hechos "culposos o no culposos", se trata realmente siempre en esta hipótesis de hechos culposos, ya que si el agente demuestra que actuó en ejercicio regular de un derecho —es decir, sin culpa— no existe la obligación de reparar. El propio OLAECHEA entiende el ejercicio regular de un derecho como la ausencia de culpa, cuando explica que el articulado del Código "Admite la noción de culpa que reside en la inconducta del agente apreciada en función de las circunstancias, o, como dice el artículo 1137, *en el ejercicio irregular de un derecho*" (El énfasis es nuestro). Pero, paralelamente a esta noción central de culpa, "El articulado del Código coordina los elementos objetivo y subjetivo de la responsabilidad" introduciendo la inversión de la carga de la prueba y, además, ciertos casos de excepción

que se rigen exclusivamente por el principio objetivo, respecto de los cuales funciona "una responsabilidad de pleno derecho e irreversible mediante la prueba contraria". Así: "Tratándose de la responsabilidad de las personas o de las cosas sujetas a la guarda, existe algo más que una inversión de la prueba, o una simple presunción susceptible de ser abatida por la prueba contraria: la responsabilidad en tales casos es indeclinable y se basa en consideraciones superiores de justicia y de naturaleza probatoria". También cuando se trate de una "actividad o empresa [que] supone ciertos y determinados riesgos de naturaleza interior que son inherentes e inseparables", la responsabilidad del agente está privada de "virtud exoneratoria". Otros casos a los que hace mención son los relativos a la responsabilidad de los padres, tutores o curadores (artículo 1143) y a la responsabilidad del principal respecto de los actos de su servidor (artículo 1144).

Es interesante mencionar que en esa misma época se solicitó una opinión sobre el principio de responsabilidad extracontractual del Código Civil Peruano a Henri MAZEAUD, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París. MAZEAUD manifestó que "Los artículos 1136 a 1149 (de los actos ilícitos) que los redactores del Código Civil Peruano de 1936 han consagrado a la responsabilidad delictual y cuasidelictuosa, constituyen un mejoramiento sensible relativamente al Código Napoleón; pero sin aportar en éste modificaciones profundas", ya que "en sus grandes líneas, el nuevo Código Civil Peruano se conserva dentro de los principios tradicionales. Y si se le pudiera reprochar una insuficiente precisión de lenguaje, el Código se mantiene dentro de la tesis de la responsabilidad a base de la culpa (culpa voluntaria, o culpa de imprevisión o negligencia)". Termina con la conclusión de que, en definitiva, "las disposiciones del Código Civil Peruano de 1936 relativamente a la responsabilidad extracontractual, aun cuando más completas que las del Código Napoleón, presentan todavía ciertas lagunas"⁸⁵.

Es, pues, evidente que, a pesar del espíritu renovador y combativo del doctor OLAECHEA, el medio jurídico peruano de la época no le per-

85. Henri MAZEAUD: *Iniciativas y opiniones sobre reformas en la legislación. Opinión del profesor Henri Mazeaud sobre la sugerencia para reformar los dispositivos del Código civil que se refieren a la responsabilidad extracontractual*. Traducción del doctor Ismael Bielich Flores. Lima.

mitió introducir a cabalidad en los textos legislativos lo que genial y solitariamente había intuido sobre las necesidades del Derecho en esa nueva sociedad ya en ciernes.

Sin embargo, OLAECHEA había ganado algunos partidarios para su tesis. Otro ilustre jurista peruano, contrincante habitual de OLAECHEA en los informes orales ante la Corte, el doctor Ernesto de la JARA y URETA, se manifiesta partidario de la tesis que sostiene que el Código Civil de 1936 ha introducido el principio de la responsabilidad objetiva. En un dictamen fiscal recaído en el juicio seguido por Juan Eduardo Tavera contra José Barriga —dictamen del cual nos ocuparemos con más detalle cuando tratemos de la responsabilidad de menores⁸⁶— señala que "la obligación de indemnizar los daños causados por los actos que el Código Civil de 1852 consideraba como cuasi-delitos, se contempla con criterios distintos en ese Código y en el que actualmente rige (Código Civil de 1936)". Y, refiriéndose a la Ejecutoria dictaminada por OLAECHEA dice que en ella "se establece claramente los fundamentos del Código (de 1936), que permiten prescindir del concepto clásico de la culpa y su noción subjetiva, para atender al elemento objetivo del daño. La teoría del riesgo, la de la guarda de las cosas y otras muchas surgidas de las exigencias de la vida moderna y de los nuevos conflictos y necesidades que origina, han producido la variación en nuestra legislación"⁸⁷.

Pero el subjetivismo vuelve a la carga. Algunos años más tarde, el doctor Manuel A. VASQUEZ de VELASCO, probo y prestigioso magistrado, pronuncia un encendido discurso en favor de la culpa en el Congreso Internacional de Juristas reunido en Lima en 1951, con el que logra que se apruebe una recomendación en el sentido de que el principio de culpa debe ser el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual⁸⁸. Ahí sostuvo el doctor VASQUEZ de VELASCO, contra la opinión de los comentaristas antes citados, que el Código Civil de 1936 no había acogido la tesis objetivista en ninguno de sus artículos; y que ni siquiera la teoría de los accidentes de trabajo podía ser explicada sin ayuda

86. *Infra*. No. 237.

87. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 10, año 1944, pp. 57-62.

88. Manuel A. VASQUEZ de VELASCO: *La Responsabilidad Civil Extracontractual*. Revista del Foro. Lima, diciembre de 1953.

de la culpa. Todo lo cual sustentó con una minuciosa argumentación, que terminaba con las siguientes palabras: "En conclusión, la teoría de la responsabilidad sin culpa no tiene respaldo legal alguno. Y no podría tenerlo, porque carece de contenido de justicia; y la ley no es una fórmula vacía sino la fórmula de la justicia. Responsabilidad sin culpa es cosa sin sentido ni cabida en el campo del Derecho, ya que, siendo el fin del Derecho el amparo de la justicia, la ley no puede proteger lo que es injusto; y es evidente que responsabilizar a quien no tiene culpa es más que injusto, es inicuo".

José LEON BARANDIARAN, en sus *Comentarios al Código Civil Peruano* publicados en 1953, asume también una orientación subjetivista, con alguna concesión a la teoría del riesgo; "Se puede decir firmemente, que la idea de culpa sigue siendo la idea capital de la responsabilidad civil dentro de nuestro Código. El principio del riesgo y de la culpa objetiva intervienen, pero sólo en determinados casos"⁸⁹. Cabe destacar que cuando el doctor LEON BARANDIARAN se refiere a la "culpa objetiva" no lo hace en el sentido de la mayor parte de los juristas como una culpa "standarizada" o *in abstracto*⁹⁰ sino, más bien, como casi equivalente a responsabilidad objetiva⁹¹. Pero, independientemente de esta cuestión terminológica, lo importante estriba en que este jurista basa también el sistema del Código en la culpa. Y para que no quede duda alguna, para que no se diga que la palabra "hechos" del artículo 1136 instaura la responsabilidad objetiva, aclara: "cuando el artículo 1136 de nuestro actual Código habla de 'hechos', 'descuido o imprudencia', no se refiere a un hecho cualquiera sino a uno intencional. El descuido o la imprudencia respectan a la culpa propiamente dicha. El hecho, de carácter intencional, respecta al dolo"⁹². Esta posición subjetivista ha sido mantenida por el doctor LEON BARANDIARAN pues en su *Curso del Acto Jurídico*, publicado en 1983, reitera: "Se ha discutido si conforme a nuestro Código

89. José LEON BARANDIARAN: *Comentarios al Código Civil Peruano. (Derecho de Obligaciones)*. T.I. *Acto Jurídico*. Ediar Soc. Anon. Editores. Buenos Aires, 1954, p. 396.

90. *Vid. supra*. No. 12 y también *infra*, Nos. 50-56.

91. *Vid. verbi gratia, op. cit.*, No. 398, en lo relativo a la posibilidad de hacerle pagar indemnización al incapaz.

92. José LEON BARANDIARAN: *Op. cit.*, p. 397.

es necesaria la culpa como elemento determinante de responsabilidad. La duda no tiene base en qué apoyarse. Del inciso 1o. del artículo 1137, del artículo 1139, del artículo 1140, del artículo 1141, del artículo 1145, del artículo 1146 y del artículo 1147 se deduce inconfusamente que la culpa se hace presente como causa determinante de la responsabilidad"⁹³.

En 1959, otro preclaro jurista peruano, el doctor Félix NAVARRO IRVINE, se pronuncia sobre el tema a través nuevamente de un dictamen fiscal. Eran las épocas en que toda Ejecutoria Suprema requería un dictamen fiscal por escrito —con todo lo positivo que ello significaba en materia de establecer una jurisprudencia de los Tribunales suficientemente documentada— y en que los abogados de prestigio y juristas de fama aceptaban el cargo de Fiscal, cuando menos interinamente.

NAVARRO analiza la demanda interpuesta por Francisco Mamani Quispe, en representación de su menor hija Vicenta Gloria Mamani, contra don Gilberto Cuadros por el daño material y moral sufrido por el hecho de haber sido atropellada por un ómnibus de propiedad del demandado y conducido por un servidor de éste⁹⁴. La niña tenía escasamente 6 años de edad y se dirigía a su colegio en compañía de su hermano. En la calle Santa Marta, fue perseguida por un perro. Asustada por esta amenaza, atravesó corriendo la pista para dirigirse a la vereda de enfrente. En estos momentos pasaba un ómnibus conducido por un servidor del demandado que la atropelló y, como consecuencia, hubo que amputarle una pierna. El chofer del ómnibus sostuvo que no había tenido culpa en el accidente y que, más bien, había mediado descuido del padre de la niña —el actor—por haberla dejado transitar sin compañía o custodia de una persona mayor. Es por ello que la defensa sostuvo que tampoco el patrón del chofer y propietario del ómnibus era responsable, porque no hay responsabilidad sin culpa.

NAVARRO establece que "Ninguna prueba ha sido ofrecida ni actuada para dar a conocer las circunstancias del accidente". Según NAVARRO, esta "abstención de iniciativa probatoria por ambas partes sólo se

93. José LEON BARANDIARAN: *Curso del Acto Jurídico, con referencia al Proyecto del Código civil peruano*. 1a. ed. Lima, 1983, p. 76.

94. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año 1960, No. 198, pp. 849-852.

explica porque el demandante entendía que no tenía que probar la culpa ya que en este caso debía funcionar la responsabilidad objetiva por riesgo; y, a su vez, el demandado entendía que mientras no le probaran culpa alguna, no tenía responsabilidad".

NAVARRO opina que la responsabilidad que contempla el Código se fundamenta en la culpa, pero que la carga de la prueba ha sido invertida; en consecuencia, si el demandado no ha probado su ausencia de culpa, debe pagar. Esta tesis, concordante con la de OLAECHEA y la de ZULETA, se encuentra claramente expresada en el dictamen: "Aunque está suficientemente esclarecido por las motivaciones de los legisladores y las exégesis de reputados comentaristas que la responsabilidad extracontractual que establece el artículo 1136 del Código Civil no se apoya en el principio del riesgo, sino supone que el agente incurra en culpa o falta, corresponde al perjudicante la carga de la prueba liberatoria...". Esta inversión de la carga de la prueba se justifica porque "frente al progreso de la técnica que aumenta cada día y la mecanización de la vida humana, no cabe pretender que el hombre normal, expuesto a múltiples encuentros con aparatos y máquinas, esté en aptitud de apreciar, en caso de accidente, cuándo medió impericia o negligencia del conductor y cuándo una causa fortuita inevitable. De ahí que un principio de justicia haya llevado a los ordenamientos jurídicos modernos, como nuestro Código Civil de 1936, a presumir la culpa del agente, si en el uso de la cosa causa daños, presunción que puede destruir actuando prueba para convencer que no incurrió en ella". Y agrega: "Tal es la concepción intermedia que, como figura general, debe prevalecer en la apreciación de la responsabilidad extracontractual: ni la fórmula fatalista del "obrar a propio riesgo" o del "riesgo creado" que determinaría una responsabilidad sin culpa, meramente objetiva, ni la inequitativa de exigir a la víctima que sea ella, tras de haber sido dañada, la que aporte a los jueces la prueba de la culpa del agente". La Ejecutoria Suprema de 27 octubre de 1959 hizo suyos estos planteamientos del doctor NAVARRO.

36. *La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia.* Sin embargo, a pesar de esta matizada orientación subjetivista de la doctrina y de las Ejecutorias antes citadas (que en gran medida son un homenaje a los ilustres juristas que actuaron de Fiscales antes que una verdadera toma de posición de la Corte Suprema), la mayor parte de la jurisprudencia asumió una actitud objetivista.

Es verdaderamente un hecho extraordinario que alguna Ejecutoria exonere de responsabilidad al causante sobre la base de que ha demostrado en juicio su ausencia de culpa. En la inmensa mayoría de los casos, la responsabilidad es atribuida al causante, quien tiene siempre que pagar alguna indemnización a la víctima.

Sin embargo, este resultado objetivista de la intervención del Poder Judicial no se produce necesariamente como consecuencia de un compromiso razonado con la teoría objetiva. De la lectura de los fallos judiciales, es posible advertir que la objetivación de la responsabilidad dentro del marco del Código Civil de 1936 se desarrolla, más bien, por los dos caminos a que antes hemos hecho mención⁹⁵: uno, de alguna forma solapado, no manifiesto quizá ni siquiera para el Juez que resuelve la causa; el otro, desembozado, pero poco fundamentado desde el punto de vista teórico.

El primer camino consistió en encontrar culpa en cualquier causante. En algunas ocasiones, el Juez fue tan exigente en su apreciación de la prueba liberatoria del demandado que prácticamente hizo imposible demostrar la ausencia de culpa. En otras ocasiones, la sentencia no analiza mayormente la prueba actuada sino que, cualquiera que ésta sea, considera de plano que hay negligencia, impericia o imprudencia del causante del daño. Aun cuando el demandado acredita que el accidente se produjo por imprudencia de la víctima —como es el caso de la Ejecutoria en la que interviene como Fiscal Manuel Augusto OLAECHEA, a la que hemos hecho referencia⁹⁶— la Corte establece que hay también culpa en el causante y, por tanto, cuando menos hay responsabilidad compartida entre la víctima y el causante; de modo que la indemnización es reducida, pero el causante siempre paga. En consecuencia, bajo la pantalla de la culpa, nos encontramos frente a situaciones de responsabilidad objetiva.

El caso más caricaturesco de utilización de este procedimiento es quizá el juicio seguido por Alfredo Rivera contra Hans Christian Berk Obermayer y el Club de Automóviles Sport, en razón de la volcadura del piloto Berk durante una competencia automovilística. El automóvil salió

95. *Vid. supra*. No. 14.

96. *Supra*. No. 35

de la pista y atropelló al espectador Rivera y a sus dos hijos; éstos últimos murieron como consecuencia de ello. El Fiscal PONCE SOBREVILLA, siguiendo la tesis construida por el Juez de Primera Instancia, doctor Luis YRIVARREN, sostuvo que el piloto Berk era culpable porque había demostrado *impericia* en la conducción... ¡aun cuando dicho piloto era en ese año el Campeón Nacional de Automóviles Sport! La Corte Suprema confirmó esta tesis por Resolución de 24 de agosto de 1967⁹⁷.

El segundo camino para la objetivación consistió en plantear abiertamente la responsabilidad objetiva como tesis interpretativa de los artículos del Código, aunque ello no corresponda a las declaraciones póstumas de quienes fueron legisladores. Es interesante revisar algunos de los casos que se han presentado en la jurisprudencia en este sentido.

Dña Sara Neyra viuda de Navarro demanda a don Carlos Mendoza Bohórquez para que le pague daños y perjuicios como indemnización por la muerte de su hijo. El accidente ocurrió el 6 de abril de 1949 cuando Francisco Navarro Neyra, acompañado de otra persona, se dirigía a Ica en el automóvil de propiedad de Carlos Mendoza, conducido por su dueño. El joven Navarro era estudiante del 7mo. año de Medicina y viajaba a la mencionada ciudad para aplicar penicilina a un enfermo grave que atendía el doctor Manasés Fernández Lancho. A las siete y media de la noche, el automóvil de Mendoza se estrelló violentamente contra un camión estacionado sin luces a la altura del kilómetro 306 de la Carretera Panamericana. Como consecuencia de las gravísimas lesiones recibidas, falleció el pasajero Navarro.

Es importante destacar que Navarro viajaba en el automóvil del demandado, por lo que no se trata de daños producidos a personas ajenas al automóvil, ya sea peatones o pasajeros de otros vehículos, sino a una persona que de alguna manera se beneficiaba también con el automóvil que produjo el daño. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que se acreditó que "Es verdad que en el caso de autos existe responsabilidad en el chofer del camión No. 47033, que lo estacionó sin tomar las precauciones más elementales". Por consiguiente, se demostró que la culpa era del chofer del camión y no del chofer del automóvil en el que viajaba la víctima. En el fondo, este propietario-chofer del automóvil fue la víctima di-

97. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 291, abril de 1968, pp. 450-452.

recta —al igual que el pasajero— de la imprudencia del chofer del camión por los daños producidos a su auto; y, como consecuencia de la sentencia, se convirtió también en víctima indirecta o económica de tal imprudencia, porque se le obligó a pagar los daños y perjuicios de su pasajero, ocurridos en razón de una falta cometida por el camionero. Sin embargo, el Fiscal GARCIA ARRESE declara que "esta circunstancia (el haberse acreditado la culpa del camionero) no exime de responsabilidad al demandado, conforme lo establece el artículo 1136 del Código Civil. En todo caso, queda a salvo el derecho del demandado para ejercitarlo de acuerdo con el artículo 1147 del mismo Código". Es decir, el Fiscal no le imputa culpa al chofer del vehículo sino que simplemente lo hace "responsable" (entiéndase, objetivamente); pero, movido por un último escrúpulo de conciencia, "aconseja" al propietario del automóvil que, en todo caso, demande a su vez al conductor del camión para exigirle que le reembolse parte de la suma pagada a los deudos del pasajero muerto, considerando que tal camionero es co-autor del daño (referencia al artículo 1147 del Código Civil de 1936). La ejecutoria de la Corte Suprema de 21 de mayo de 1954 confirmó esta interpretación objetivista del Fiscal, que explicaba las sentencias de primera y segunda instancia en contra de don Carlos Mendoza Bohórquez; sin embargo, también víctima de un escrúpulo final, la Corte redujo el monto de la indemnización a menos de la tercera parte de lo que había sido ordenado por las instancias inferiores⁹⁸.

Otro caso resuelto por la vía de la responsabilidad objetiva fue el correspondiente a la demanda planteada por doña Rosa Clotilde Rojas viuda de Podestá contra la Compañía de Aviación Faucett S.A. por indemnización por la muerte de su esposo, el Comandante F.A.P. Jorge Podestá Jiménez.

El Comandante Podestá viajaba como pasajero de un avión de la Compañía Faucett que despegó de Pisco con sólo dos personas, para dirigirse a Nazca. A la altura de Cerro Colorado, en la península de Paracas, el avión se estrelló. En el accidente pereció el piloto, Capitán Luis Yábar Dávila, y los dos pasajeros. El dictamen del Fiscal GARCIA ARRESE es algo ambiguo porque juega tanto al argumento objetivo como al subjetivo. De un lado, sostiene que "es un hecho" que la víctima murió en el

98. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año 1954, No. 127, pp. 973-974.

accidente de aviación y que "Este *hecho* genera, como consecuencia, la obligación indemnizatoria a cargo de la empresa demandada, dedicada al servicio comercial de transporte aéreo. No hay razón legal para eximir de esa obligación a la Compañía Faucett S.A.". (El énfasis es nuestro). Como se observa, el Fiscal utiliza el término "hecho" con el sentido objetivo que querían CALLE y OLAECHEA. Sin embargo, unas líneas más adelante efectúa una disquisición entre "causas desconocidas" y "causas imprevisibles", afirmando que no se trata de la misma cosa, por lo que "no le ha sido posible a la empresa demostrar las causas de exoneración de responsabilidad". En esta última afirmación parecería que el Fiscal considera que, si la demandada hubiera demostrado ausencia de culpa, no habría existido responsabilidad; lo que reduce el planteamiento al criterio de la culpa con inversión de la carga de la prueba.

La Ejecutoria Suprema de 14 de enero de 1955 zanja la duda en sus Considerandos, al sostener que la indemnización se fija "no habiendo culpa que apreciar". Pero se advierte que aun entre los Vocales Supremos no hay uniformidad de criterio pues el Vocal PONCE SOBREVILLA emite un voto singular de tono subjetivista, afirmando que procede la indemnización pero por razones distintas a las señaladas en la Ejecutoria: la verdadera razón debe ser que hubo negligencia de la Compañía de Aviación porque el piloto carecía de breveté especial que lo faculte a volar aviones monomotores y además sólo tenía autorización para actuar como copiloto, todo lo cual justifica el pago de una indemnización de S/. 400,000 como la ordenada por las instancias inferiores; aunque señala que también hubo culpa de la víctima porque precisamente el difunto Comandante Podestá era una de la autoridades encargadas de expedir la licencia de conducción de los aviones a los pilotos que llenaran los requisitos exigibles por los reglamentos, por lo que procede reducir el monto de la indemnización a S/. 110,000⁹⁹. Por consiguiente, mientras la Ejecutoria llega a la conclusión de que procede atribuir responsabilidad sobre una base objetiva a la compañía aérea y que ello significa que ésta pague a la viuda la cantidad de S/. 110,000, el Vocal discrepante llega a las mismas conclusiones sobre la base de un juego de culpas recíprocas.

Un caso aún más claro de responsabilidad objetiva es el de la Ejecutoria de 6 de julio de 1955, recaída en el juicio seguido por doña

99. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año 1955, No. 133, pp. 1701-1711.

Dalila Aramburú viuda de Arones y sus hijos Julio, Rosalina y Yolanda, contra la Compañía Nacional de Tranvías S.A. con motivo de la muerte de don Erasmo Arones, esposo y padre de los demandantes, respectivamente¹⁰⁰.

El día 29 de mayo de 1950, a las 9 p.m., don Erasmo Arones, de 58 años de edad, atravesó la Avenida Saenz Peña, en el Callao, "sin fijarse en el tranvía que venía aminorando su marcha" para detenerse en un paradero próximo. Además, como el señor Arones era cojo de una pierna, no tuvo la agilidad necesaria para sortear el peligro cuando se encontró delante del tranvía. A pesar de los esfuerzos del motorista para evitar el accidente, el tranvía atropelló a don Erasmo Arones sin arrollarlo, arrojándolo a distancia y dejándolo inconsciente. Llevado que fue al Hospital Daniel A. Carrión, falleció al día siguiente como consecuencia directa del atropello.

En el juicio quedó perfectamente acreditado que la causa del accidente se debió a la negligencia de la víctima, quien "avanzó inadvertidamente sin tomar las precauciones que la prudencia aconseja". A su vez, "El conjunto de prueba reunida permite llegar a la conclusión de que, sin que hubiera negligencia culposa en el motorista Zevallos Vásquez, al servicio de la Compañía propietaria del tranvía, concurrió el descuido de Arones". Por el contrario, no sólo no hubo culpa en el motorista sino que su atinada y eficiente reacción permitió disminuir el impacto: "La actitud vigilante del motorista al advertir que un peatón avanzaba sobre su línea de marcha impidió la muerte inmediata, por la parada brusca". Tampoco hubo velocidad excesiva ni defecto mecánico en el tranvía: "Si ésta (la velocidad) hubiera sido mayor y los frenos del tranvía hubieran estado en mal estado, Arones no hubiera sido golpeado y lanzado a un lado, sino arrollado quedando bajo las ruedas".

A pesar de lo expuesto, el Fiscal opina que "es justo reparar el daño causado *en forma involuntaria*" (el énfasis es nuestro). Y la Corte Suprema ordena que la Compañía Nacional de Tranvías pague una indemnización a los deudos. Por consiguiente, en este caso estamos ante una responsabilidad objetiva neta: no se trata de una simple inversión de la carga de la prueba que lleva a responsabilizar al causante porque no pudo

100. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año 1955, No. 140, pp. 325-326.

demostrar su ausencia de culpa; aquí se acreditó la ausencia de culpa y se estableció que el hecho era involuntario e inevitable, pero a pesar de ello se ordenó el pago de una indemnización.

Entre estos casos de objetivación de la responsabilidad mediante la introducción de la idea de que la creación de un riesgo comporta la obligación de resarcir los daños que cause, es interesante citar el juicio seguido por don Jorge Rosales Flores contra don Enrique Deacon Mujica.

El señor Deacon transitaba en su automóvil a las 12 m. del 18 de marzo de 1946 por la calle González Prada del Barrio de Surquillo de Miraflores cuando la niña Carmen Rosales Flores, de 4 años de edad, se arrojó sobre el vehículo y, al chocar contra éste, sufrió un golpe que le produjo la muerte instantánea. En el juicio, según señala el Fiscal SOTELO, "resulta establecido que ese accidente tuvo como causa única la imprudencia de la criatura que, con la imprevisión propia de su edad, se aventuró precipitadamente a la pista con el tráfico en marcha y se estrelló contra el tapabarro posterior derecho del automóvil". Como puede apreciarse, el automóvil no atropelló a la niña, sino que es ésta quien embistió al automóvil. Por otra parte, parece imposible para un chofer evitar que un peatón se estrelle contra el tapabarro posterior; además, es probable que el chofer ni siquiera haya estado en capacidad de ver a la niña. No hay, pues, culpa de quien conducía el automóvil: no hay culpa objetiva, pues actuó en la forma en que cualquier automovilista prudente y razonable hubiera actuado; menos aún existe culpa subjetiva, pues no estuvo en posibilidad de prever ni evitar el accidente. El Fiscal agrega que "en este caso el accidente tuvo como verdadera causa originaria el grave descuido de la madre o de los familiares de la menor encargados de su vigilancia, que permitieron que saliera sola a la calle con el designio de atravesar, como frecuentemente lo hacía, el cruce que da a la esquina de su casa para dirigirse a la pulpería del frente".

Sin embargo, el Fiscal SOTELO considera que don Enrique Deacon debe abonar una indemnización —aunque reducida— al padre de la menor; y justifica esta opinión en que "el acontecimiento se verificó con ocasión de la utilidad y servicio que venía prestándole ese vehículo, y ser así aplicable, por analogía al caso, la responsabilidad que incumbe al dueño de una empresa por los accidentes de trabajo que ocurren en ella".

El Fiscal había intuido un aspecto importante de las reparaciones por accidentes; de alguna manera tiene una cierta consciencia de la necesidad de darles un tratamiento social, como se advierte por la analogía que hace con los accidentes de trabajo. Pero no llega a justificar convincentemente su posición. Porque, si una persona actúa de manera razonable y diligente, ¿por qué tiene que responder por daños que no causó, aunque éstos hayan sido producidos con algo que le daba provecho? Todo nos da provecho de alguna manera; continuamente creamos riesgos que se fundan en alguna utilidad que obtendremos de ellos. Y es lógico que paguemos por los daños que causamos con estos riesgos, siempre que seamos efectivamente culpables de ellos. Pero, ¿qué me obliga a pagar una indemnización por un daño que escapa a mi control, como es el hecho de que alguien se arroje contra mi tapabarro sin que yo pueda impedirlo? Desde el punto de vista de la culpa —que está implícito en el razonamiento que acabamos de efectuar— tal obligación resulta un contrasentido. Si entendemos la relación accidente-reparación como una situación interindividual, diádica —es decir, ajena a todo contexto social— y si la reparación es fundamentalmente una sanción a quien obró mal, no puede obligarse a nadie a pagar por una conducta que no fue negligente. Y es así como lo veía el Vocal Supremo FRISANCHO quien emite un voto singular en contra de la opinión del Fiscal y de la Sala, en el sentido de que "no habiendo incurrido el demandado en negligencia, descuido o imprudencia cuando se produjo el accidente en que perdió la vida un niño de cuatro años como ha quedado ampliamente comprobado en autos, no está aquél obligado a indemnizar al padre de la víctima". FRISANCHO sostiene que "la teoría del riesgo o la llamada responsabilidad sin culpa, no está consagrada en el Código Civil vigente, en el que se ha puesto el título de Actos Ilícitos al articulado que se ocupa de daños y en el que el artículo 1137 excluye de responsabilidad a quienes con actos ilícitos causaren daños"¹⁰¹.

Este caso patético y extremo demuestra la debilidad de la teoría del riesgo creado, para justificar por sí sola la obligación de resarcir. En realidad, la solución adoptada por la Corte no deviene inteligible sino cuando la analizamos a la luz de la teoría de la difusión social del riesgo. Es solamente cuando comprendemos que toda situación interindividual im-

101. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nos. 54-5, Julio-Agosto de 1948, pp. 527-529.

plica una relación social —y los riesgos individuales modernos (como el uso del automóvil) conllevan también un beneficio para la sociedad toda— y cuando pensamos más bien en la víctima que hay que ayudar antes que en un "culpable" a quien hay que castigar, que todo retoma sentido. Tratándose de un riesgo social, paga quien está en mejor posición de diluir el daño entre el todo social. Y éste es el caso del automovilista, quien tiene a su disposición el mecanismo del seguro. Evidentemente, el sistema sería más eficiente si se implantara un seguro obligatorio; pero mientras éste no exista, la atribución de la responsabilidad al automovilista —con la posibilidad que éste tiene de contratar un seguro voluntario, a la que se agrega la capacidad de disminuir los riesgos (*deterrence*) a la que se refería CALABRESI¹⁰²— es el camino más directo y simple de evitar que un solo individuo (ya sea víctima o causante) tenga que responder íntegramente por daños de los cuales no es técnicamente culpable.

Otras resoluciones judiciales no son tan claras en su afirmación objetivista y, a veces, como carentes de fe en el poder de convicción de la teoría del riesgo, optan por justificar la decisión sobre la base conjunta de los principios objetivo y subjetivo. Hemos visto ya una situación de este tipo en uno de los dictámenes que anteceden del Fiscal GARCIA ARRESE; sin embargo, la Corte optó en ese caso por la línea objetivista. Veremos a continuación otra en que la comprometida opinión fiscal fue acogida por la Corte con todas sus ambigüedades teóricas. Y es interesante que tal opinión provenga nada menos que de Juan José CALLE, el Presidente de la Comisión Reformadora que compartía la posición objetivista de OLAECHEA.

En el juicio seguido por don Ernesto Ibarra contra don Manuel Velarde Kemisch, el doctor CALLE plantea la responsabilidad objetiva por riesgo cuando afirma que manejar un automóvil "constituye un serio peligro, aun en condiciones normales de tráfico". Pero también insiste en la presencia de una culpa del piloto, aun cuando ésta parezca remota. Por consiguiente, la culpa y el riesgo se encuentran profundamente imbricados en este planteamiento y se fundamentan uno al otro. Parecería que el Fiscal ha comprendido la necesidad de reparar el daño aunque no haya culpa; pero, como la teoría del riesgo en el fondo le repugna (a pe-

102. *Supra*. Nos. 21 y 31.

sar de que apoyó de alguna manera a OLAECHEA en el seno de la Comisión Reformadora), trata de encontrar de todas maneras una culpa de cualquier tipo para justificar su opinión. La Corte Suprema, por Ejecutoria de 26 de octubre de 1945, admitió el razonamiento del Fiscal, sin formular atingencia alguna con relación a la ambigüedad teórica que estaba implícita en dicho razonamiento¹⁰³.

37. *La elaboración del Código Civil de 1984. El Proyecto de la Comisión Reformadora*^{103bis}. El Proyecto de la Comisión Reformadora dio un paso más adelante y planteó la distribución social de los riesgos como principio de responsabilidad en los casos de accidentes; sin perjuicio de seguir responsabilizando el dolo y la culpa inexcusable en todos los casos, así como manteniendo el principio de la culpa para aquellos daños y perjuicios que no son la consecuencia estadísticamente inevitable del modo de vivir contemporáneo —los accidentes— sino producto de la acción propiamente ilícita de un individuo en particular (la calumnia, la infamia, los perjuicios resultantes de las infracciones a los derechos de la personalidad, etc.)¹⁰⁴.

Sin embargo, este principio de la distribución social del riesgo de accidentes —intuído por OLAECHEA en 1928, profetizado por SAVATIER y ampliamente estudiado por la doctrina norteamericana de los últimos cincuenta años— fue considerado demasiado "novedoso y revolucionario".

Las críticas fueron abundantes desde los sectores más diversos. Quizá las mayores resistencias provinieron de aquéllos que hubieran podido mejorar el funcionamiento de la sociedad peruana y además hacer

103. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nos. 34-5, Noviembre-Diciembre de 1946, pp. 715-6.

103bis. Debe advertirse que "Comisión Reformadora" es el nombre abreviado con que usualmente se denomina a la "Comisión Encargada del Estudio y la Revisión del Código Civil de 1936".

104. El Fondo Editorial de la Universidad Católica publicó en 1980 los *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil* que se encontraban entonces listos, incluyendo extensas exposiciones de motivos doctrinariamente fundamentadas por los ponentes de cada Libro o Título. Más tarde, el *Proyecto de Código Civil*, sin las exposiciones de motivos, fue publicado por el Ministro de Justicia y Presidente de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, doctor Felipe OSTERLING PARODI.

incluso un legítimo beneficio dentro de este nuevo contexto, si hubieran tenido el espíritu más abierto: las Compañías de Seguros. Acostumbradas a un tipo de negocio rutinario, se opusieron a una innovación que les abría mayores posibilidades de operación pero, al mismo tiempo, les exigía un poco de imaginación y de audacia para encarar la situación. Alguien ha dicho que en un país subdesarrollado, todo es subdesarrollado: la economía, el nivel de vida, pero también las izquierdas y las derechas, las revoluciones y los negocios, la información jurídica y las Compañías de Seguros. Mientras que en cualquier país capitalista es parte inherente a todo negocio el espíritu de riesgo y cualquier hombre de empresa está dispuesto a asumir nuevos riesgos si eso le abre la posibilidad de aumentar utilidades, en un país subdesarrollado algunos negocios prefieren abstenerse de toda innovación, prefieren permanecer en la sombra, pasar ignorados, antes que encarar riesgos nuevos aunque traigan consigo la posibilidad de beneficios adicionales: al igual que los señores feudales de la antigüedad, tienen rentas aseguradas a través de métodos y sistemas tradicionales, no quieren, pues, que se les ofrezca nuevas posibilidades porque ya tienen lo suficiente y prefieren no apostar a lo nuevo. Paradójicamente, las compañías cuya función es asegurar los riesgos, se resisten a aceptar cualquier nuevo riesgo en sus operaciones comerciales, como el del seguro obligatorio de automóviles; aunque ello signifique solo un modesto desafío local ya que en todas partes del mundo civilizado el seguro obligatorio ha sido perfectamente asumido y convertido en beneficio por las Compañías Aseguradoras auténticamente capitalistas, que efectivamente creen en la iniciativa y en el espíritu de empresa como motores de la economía y que no temen los riesgos propios de toda nueva aventura comercial.

38. *Vicisitudes del Proyecto en el seno de la Comisión Revisora.* Dada la resistencia al principio de la repartición social de los riesgos dentro de nuestro medio, el autor de este trabajo y ponente del Anteproyecto y Proyecto de la Comisión Reformadora tuvo que admitir una nueva formulación del articulado sobre responsabilidad extracontractual en el seno de la Comisión Revisora; y es así como, luego de muchas sesiones de intercambio de ideas, aceptó retroceder hasta el principio de responsabilidad objetiva. Sin embargo, esto no significaba abandonar la teoría de la difusión social de los riesgos sino meramente presentarla en forma menos explícita; aun cuando inevitablemente esta forzada retirada teórica tenía un costo en términos de eficiencia del sistema de responsabilidad.

En efecto, la responsabilidad objetiva para los casos de accidentes rutinarios de alguna manera promueve la contratación de seguros. Aquél que es propietario de un automóvil y sabe que tendrá que responder económicamente por todos los daños que cause sin poder refugiarse en la ausencia de culpa para sostener un juicio largo, considerará prudente asegurarse. De esta manera, la mayor parte de los automovilistas se sentirán impulsados a contratar un seguro; y, por ese camino, los daños por accidentes automovilísticos serán difundidos entre la comunidad de asegurados.

Sin embargo, no puede ocultársenos el hecho de que el cambio del seguro obligatorio (al que lleva la teoría de la difusión social del riesgo bajo su forma explícita) por seguros voluntarios (que son promovidos por la existencia en el Código de una responsabilidad objetiva), no es socialmente inocuo. En el caso del seguro obligatorio es evidente que los costos de las primas bajan debido a que *todos* los propietarios de vehículos están asegurados; mientras que en el caso del seguro voluntario sólo lo están algunos. Por otra parte, el seguro obligatorio —y, por tanto, general— convierte la relación *individual* del seguro (Compañía Aseguradora/asegurado) en una situación *social* que la Administración debe considerar con más cuidado; lo que, en ciertas circunstancias, puede permitir un mejor control de un sistema de interés público.

El nuevo articulado presentado por el ponente en la Comisión Revisora sufrió todavía algunos recortes, pero fue conservado en términos generales; por lo que formó parte del Proyecto de la Comisión Revisora publicado en el diario oficial "El Peruano" en febrero de 1984. Sin embargo, entre la publicación de ese Proyecto y la promulgación del Código (es decir, en las escasas semanas que mediaron entre uno y otro evento), la Comisión Revisora decidió dar un nuevo vuelco al articulado, esta vez sin conceder oportunidad al ponente de la Comisión Reformadora para enterarse y dar su opinión. Es así como, al promulgarse el Código, la responsabilidad extracontractual apareció con un articulado sustancialmente diferente al conocido hasta entonces y que otorgaba el lugar prioritario al principio de la culpa.

Como puede apreciarse, la historia del articulado sobre la responsabilidad extracontractual en el Código Civil de 1984 recorre los tres principios más discutidos en el mundo moderno para organizar esta institución; pero los recorre a la inversa del sentido de la historia del Derecho.

Mientras que la responsabilidad extracontractual ha ido evolucionando en el mundo del principio de la culpa (teoría subjetiva) al principio del riesgo primero (teoría objetiva) y luego al principio de la difusión social del riesgo, el articulado del Código Civil de 1984 fue organizado primero sobre la base de la difusión social del riesgo, luego se desplegó estratégicamente hasta la teoría objetiva y finalmente terminó recluido en el viejo principio de la culpa.

Sin embargo, la flexibilidad inherente al Derecho que le permite adaptarse a las nuevas circunstancias sociales y a las nuevas ideas, posibilita a los Jueces —a pesar de los esfuerzos del legislador para obligar a una marcha hacia atrás— a continuar esta historia hacia adelante, en las direcciones más modernas y convenientes para el desarrollo de esta institución en el Perú. Así lo veremos en las partes restantes de este trabajo, al comentar cada uno de los nuevos artículos del Código de 1984 y al formular nuestras propuestas para el futuro tratamiento de la responsabilidad civil.