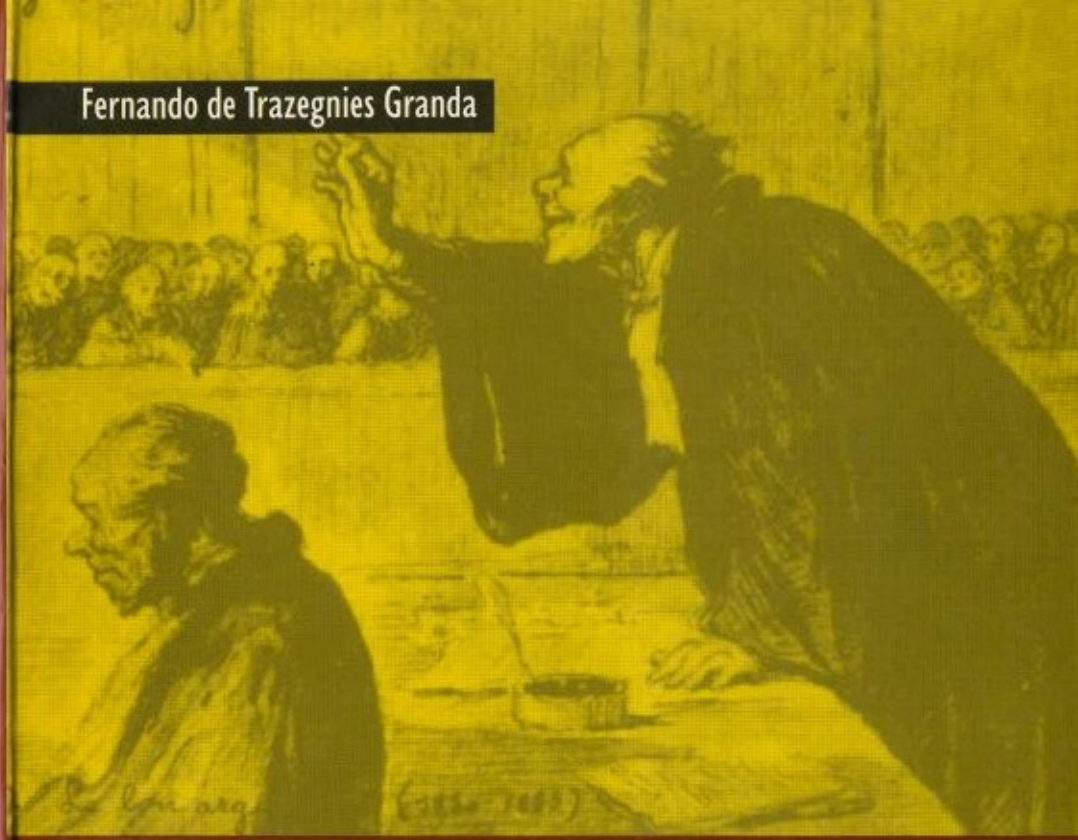
Fernando de Trazegnies Granda

La responsabilidad extracontractual

Vol. IV
Tomo II

Biblioteca
PARA LEER
EL CÓDIGO CIVIL



La responsabilidad extracontractual

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

Pontificia Universidad Católica del Perú FONDO EDITORIAL 2001

Fernando de Trazegnies es Profesor Principal del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y ha enseñado, entre otras materias, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho. Sus escritos jurídicos incluyen La idea de derecho en el Perú republicano del s. XIX; Ciríaco de Urtecho, litigante por amor. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico; En el País de las Colinas de arena. Reflexiones sobre la inmigración china en el Perú del s. XIX desde la perspectiva del Derecho; Postmodernidad y Derecho; Pensando Insolentemente. Tres perspectivas académicas sobre el Derecho, seguidas de otras insolencias jurídicas; etc. También ha publicado un libro de ficción (cuento corto) titulado Imágenes rotas.

LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

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

Fernando de Trazegnies

La Responsabilidad Extracontractual

(ARTS. 1969-1988)
SETIMA EDICION

TOMO II

BIBLIOTECA

PARA LEER EL CODIGO CIVIL
VOL. IV

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 2001

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

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

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

Derechos reservados
ISBN: 84-8390-983-9
Depósito Legal: 1501052001-3091

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

Impreso en el Perú - Printed in Perú

INDICE DEL TOMO II

PARTE SEGUNDA

COMENTARIOS AL ARTICULADO DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984 (Continuación)

Título VII: La indemnización 11

Capítulo I: condiciones generales del daño reparable 13

Sección I: El daño cierto 17
Sección II: El daño probado 21
Sección III: La condición personal de la víctima 24
Sección IV: La condición personal del deudor 28

Capítulo II: Daños patrimoniales 33

Sección I: Daño emergente y lucro cesante 35
Sección II: Las indemnizaciones especiales 45
Sección III: Formas y condiciones de reparación 63
Sección IV: La revisión de la indemnización 83

Capítulo III: Daños extrapatrimoniales 91

Sección I: Daño moral y venganza privada 93
Sección II: El moderno daño extrapatrimonial 97
Sección III: El daño a la persona 110
Sección IV: La reparación del daño extrapatrimonial 113

Título VIII: El seguro y la responsabilidad extracontractual 121

Capítulo I: La acción directa contra el asegurador 123

Sección I: Consideraciones generales 125
Sección II: Fundamentos de la acción 132
Sección III: La solidaridad 137
Sección IV: La aplicación del sistema 149

Capítulo II: El seguro obligatorio de accidentes 159

Sección I: Un ensayo de modernización integradora 161
Sección II: Los seguros obligatorios y el mundo moderno ... 163
Sección III: Naturaleza y regímenes del seguro obligatorio ... 170

PARTE TERCERA

NUEVOS HORIZONTES

Título I: El uso creativo del Código 189

Capítulo I: Las ausencias legislativas 191
CapítuloII: Devenir y derecho 195

Título II: La construcción judicial de responsabilidad 221

Capítulo I: Daños causados por el Estado 225

Sección I: Acción ciudadana vs. estatismo conformista 227
Sección II: La responsabilidad del Estado en el Perú del S. XIX 229
Sección III: La jurisprudencia peruana a partir del Código Civil de 1936 238
Sección IV: El fundamento de la responsabilidad del Estado. 250
Sección V: La responsabilidad del Estado en el Código Civil de 1984 260

Capítulo II: La responsabilidad derivada de productos defectuosos 283

Sección I: Antecedentes legislativos 285
Sección II: La experiencia de los Estados Unidos 288
Sección III: La jurisprudencia peruana del Código de 1936 .. 297
Sección IV: Bases para el tratamiento sistemático de este tipo de responsabilidad 305

Capítulo III: Los daños intolerables 325

Sección I: La noción de daño socialmente intolerable 327
Sección II: La contaminación ambiental 334
Sección III: El tratamiento jurídico del daño intolerable 346

Título III: Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual . 367

Capítulo I: Introducción al tema del procedimiento 369
CapítuloII: La paralización del acto dañino 373

Sección I: El problema 375
Sección II: Antecedentes 377
Sección III: Los Anteproyectos y Proyectos del nuevo Código 383
Sección IV: ¿Cómo paralizar el daño dentro del Código de 1984? 387

Capítulo III: La pluralidad de víctimas y de causantes 403

Sección I: La rebelión judicial de las masas 405
Sección II: Por un Derecho Procesal de las masas 411

PARTE CUARTA

REPENSANDO LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Título I: La responsabilidad civil, hoy 421

Capítulo I: Grandeza y decadencia del derecho civil 423
CapítuloII: El mapa del territorio de la responsabilidad civil 429
Capítulo III: *Divide ut regnes* 453

Sección I: Responsabilidad contractual y Responsabilidad Extracontractual 455
Sección II: Problemas de límites 466

Título II: La responsabilidad civil, mañana 483

Capítulo I: Hacia una teoría jurídica del accidente 485
CapítuloII: La responsabilidad civil reconstruida 503

Sección I: Fundamentos de la unidad de la responsabilidad civil 505
Sección II: El sistema de principios de la responsabilidad Civil 525
Sección III: Hacia una reestructuración de la sistemática del Código Civil 541

Título III: Sic et non 545

BIBLIOGRAFIA 555

TABLA DE DISPOSICIONES LEGALES 579

TABLA DE EJECUTORIAS 597

INDICE ONOMASTICO 615

TABLA DE RUBROS 625

INDICE GENERAL 651

TITULO VII

LA INDEMNIZACION

CAPITULO I

CONDICIONES GENERALES PARA EL DAÑO REPARABLE

Artículo 1985.- La indemnización comprende...

340. *Orientación legislativa.* El Código de 1936 no contenía ningún artículo de carácter general que determinara los criterios para fijar el *quantum respondeatur.* La única referencia de ese cuerpo legal al monto de la indemnización tenía más bien un carácter negativo o limitativo: el artículo 1138 establecía 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".

El Proyecto de la Comisión Reformadora consideró conveniente orientar a los jueces sobre este aspecto, particularmente a fin de alentarlos a otorgar indemnizaciones adecuadas en una época en que la inflación podía reducir la responsabilidad extracontractual a un vano juego judicial sin resultado positivo. Este propósito orientador ha permanecido en el Código promulgado, a través del artículo 1985. Sin embargo, los criterios del Proyecto de la Comisión Reformadora eran diferentes de los que finalmente han prevalecido en la versión final del articulado, como se explicará a continuación.

341. *Función reparativa de la responsabilidad extracontractual.* Hemos indicado anteriormente que la responsabilidad extracontractual, que es una institución eminentemente civil, a diferencia de lo que sucede con la perspectiva del Derecho Público (fundamentalmente, del Derecho Penal y del Derecho Administrativo), no persigue la sanción del causante del daño sino la reparación de las víctimas [469].

469. *Supra*, No 9.

Sin embargo, cabe señalar que esto no ha sido siempre así: la reparación económica del daño no ha sido históricamente la función primordial de la responsabilidad extracontractual. Originariamente, las respuestas al daño —la indemnización, entre ellas— estaban orientadas más bien a sancionar la ruptura de un orden social, de un orden natural y cósmico o incluso de un orden divino, y también quizá a dar satisfacción al espíritu de venganza del damnificado. En cambio, en la actualidad, prácticamente todos los sistemas de responsabilidad extracontractual otorgan una importancia prioritaria al objetivo de colocar materialmente a la víctima, en la medida de lo posible, en el estado en que se encontraba antes del daño: la responsabilidad extracontractual tiene una función reparativa antes que punitiva o vindicativa. El castigo de las conductas socialmente indeseables —que es un fin público— se aplica a través de sanciones penales o administrativas (multas, inhabilitaciones, retiro de la licencia de conducir, etc). El Derecho Civil, en tanto que Derecho Privado, cautela más bien los intereses de las personas, por lo que, en materia de responsabilidad extracontractual, busca que la víctima no se encuentre desamparada: su preocupación central no está en el culpable ni en la falta sino en la víctima y en el daño.

342. *La restitutio in integrum.* El principio general que rige casi unánimemente en esta materia consiste en que la víctima debe ser resarcida por todo el daño que se le ha causado. Este principio es el que se conoce como *reparación plena* o *integral* [470].

Como señala TUNC, la Corte de Casación francesa lo ha declarado mil veces. Y en Inglaterra se cita la afirmación del Earl JOWITT en un célebre caso de daños corporales: "El gran principio general que debe regir la determinación de la indemnización... es que el juez debe otorgar a la víctima la suma necesaria para colocarla en la misma situación en que se habría encontrado si no hubiera sido herida" [471].

343. *Persistencia de las huellas del daño.* Evidentemente, este principio es más un anhelo que una realidad: resulta imposible borrar totalmente las huellas del daño.

---

470 Alfredo ORGAZ: *El Daño Resarcible, Actos Ilícitos*. 3a. ed. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1967. p. 120.

471. André TUNC: *La Responsabilité Civile*. Económica. París, 1981. p. 143.

TUNC mismo nos dice que el sufrimiento, las molestias e incluso los problemas materiales causados por el daño, no desaparecen con el pago de una indemnización; por eso, más que una reparación, el pago ordenado por el juez es muchas veces sólo una compensación[472]. Pero ello no significa que, ante tal comprobación, debemos abandonar la idea de reparación. Por el contrario, las dificultades prácticas de realizarla no la hacen inválida como principio: la responsabilidad extracontractual moderna debe *tender* a la reparación del daño como función primordial de la existencia de la institución.

Sección I: El daño cierto

344. *El daño efectivo.* Existen diferentes tipos de daños reparables. Pero, ante todo, es importante destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación: el daño, cualquiera que sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a indemnización, tiene que materializarse en daño [473].

Notemos que, en algunas ocasiones, el mal implícito en el peligro puede no realizarse y sin embargo, el mismo hecho de haber existido peligro crea un daño de otro orden. Por ejemplo, un propietario descuidado deja abierta la reja de su casa por la que se escapa un feroz perro doberman que se arroja sobre una anciana con el propósito de morderla. El propietario del animal lo detiene antes de que logre hincar los dientes, pero la anciana cae al suelo a causa del impacto y se rompe un brazo. No cabe duda de que, aunque el peligro de una mordedura no se ha materializado, se ha producido otro daño reparable, constituido por la rotura del brazo. Aún más; puede no existir materialidad en el nexo causal; supongamos que el propietario detiene con un grito al animal antes de que se abalance sobre la señora, a la que no llega a tocar. Sin embargo, la señora retrocede por el susto de ver al animal corriendo hacia ella, y esto la hace tropezar y caer, con el mismo resultado de la fractura del brazo. No cabe duda de que estamos aquí también ante un daño cierto producido por el ataque del perro y no simplemente ante un mero peligro.

---

472. *Loc. cit.*

473. Alfredo ORGAZ: *Op. cit.* No 23, p. 67.

El caso nítido de daño no cierto —luego, no reparable— sería el del pasajero que decide por razones personales no tomar avión que luego se estrella; evidentemente, no puede reclamar daños y perjuicios alegando que pudo haber sido parte del desastre. Aun cuando este caso resulte *ex professo* caricaturesco con fines de exposición, la realidad proporciona muchas situaciones intermedias en las que la distinción entre el daño y su mera eventualidad o expectativa no es tan clara.

345. *El daño indirecto.* Hay una noción cuyo carácter equívoco tiende a obscurecer innecesariamente la teoría del daño: la idea de un daño indirecto.

Esta expresión es usada por los autores y por la jurisprudencia con múltiples sentidos.

Unas veces, el daño indirecto resulta un equivalente del daño extrapatrimonial: frente a la directa materialidad de un perjuicio, se señala la existencia de otros daños indirectos que no vulneran intereses económicos sino morales. Sin embargo, con el propósito de identificar claramente el objeto de que se habla, preferimos utilizar en este caso la denominación de daño extrapatrimonial o aun la de daño moral (a pesar de las dificultades que este adjetivo encierra) ya que estos daños también son directos, aunque de naturaleza distinta a la de los daños económicos.

Otras veces la expresión daño indirecto se usa para señalar la falta de ganancia originada por el perjuicio, como un elemento distinto y complementario del daño en la integridad corporal o en el patrimonio de la víctima: no sólo perdió un brazo y tuvo que hacer frente a los gastos de hospitalización, sino que además no pudo trabajar durante seis meses lo que le impidió percibir su ingreso habitual. Pero aquí las expresiones de daño directo y daño indirecto están siendo usadas como sinónimos de daño emergente y de lucro cesante. En consecuencia, para evitar confusiones, preferimos no recurrir a esta sinonimia debido a que la fuerza significativa de los adjetivos "directo-indirecto" no se agota en la situación descrita sino que inevitablemente evoca otros conceptos ajenos a las ideas de daño emergente y de lucro cesante los que pueden desvirtuarlas.

También se ha empleado esta expresión para distinguir los daños inmediatos del accidente (directos) y sus consecuencias dañinas futuras (daños indirectos). Desde esta perspectiva, preferimos hablar de daños futuros, lo que refleja mejor lo que se quiere decir.

Finalmente, se ha utilizado también la denominación de daños indirectos para referirse a aquellos perjuicios que no son sufridos por la primera víctima (víctima directa) del accidente sino por otras personas a través de una cascada causal de daños: el caso de *Ulpiani* que choca con el automóvil de *Papiniani,* el cual, al desviarse de su curso, atropella y mata a *Traso,* éste último habría sufrido un daño indirecto. Este parecería ser la acepción más propia del daño indirecto. Sin embargo, pensamos que debe ser utilizada con cuidado dado que se presta a confusión con todos los otros sentidos antes expuestos [473bis].

346. *El daño futuro.* Pero, independientemente de la denominación que le demos, ¿es indemnizable el daño futuro?

Con ello no nos referimos al lucro cesante —que, en realidad, puede ser a su vez presente o futuro— sino al daño que todavía no se ha producido al momento de sentenciar pero que puede preverse con toda seguridad que ocurrirá más tarde como consecuencia retardada del mismo acto dañino. Por consiguiente, el daño futuro no lo es propiamente tal sino que está ya implícito en al acto dañino. El ejemplo clásico es el del accidentado que deberá seguir realizando gastos para su rehabilitación, aun después de expedido el fallo indemnizatorio.

Ese daño futuro, así entendido, es considerado como resarcible por la doctrina. Como dicen los hermanos MAZEAUD y André TUNC, desde el punto de vista de la posibilidad de reparación "no debe distinguirse entre el perjuicio actual y el perjuicio futuro, sino entre el perjuicio cierto y el perjuicio hipotético, eventual" [474]: sólo este último no es reparable.

No cabe duda de que este daño futuro no es todavía un daño efectivo en el momento en que se pronuncia la sentencia. Pero el juez puede tomarlo en cuenta si existe la *posibilidad efectiva* de que se produzca. En términos aristotélicos, podríamos decir que el daño futuro es un daño ya existente en potencia, que se convertirá en acto con el transcurso del tiempo. Por consiguiente, la posibilidad de lograr una indemnización por este daño potencial

---

473. *bis.* Con relación a esta última acepción, *vide supra,* Nos. 207 y ss.

474. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle.* T. I. 6ta. ed. Éditions Montchrestein. París, 1965. No 216, p. 268.

y no actual radica en la capacidad de crear una convicción en el juez de que el daño se producirá, es decir, en facilitarle al juez un conocimiento de lo que ya está potencialmente implícito en la conducta dañina del causante. Adriano de CUPIS se refiere a ello como a una "función profética" que corresponde al juez, porque tiene que leer el futuro en el presente: otorgará indemnización en la medida que vea el daño futuro como relativamente cierto [475].

En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia peruana al reconocer indemnizaciones para las víctimas, que toman en cuenta el daño futuro.

En el juicio seguido por el Guardia Civil Fabio Francisco Ticona Valdivia contra el Capitán de Sanidad de Policía doctor Gilberto Robles Rázuri por el hecho de que éste último lo atropelló [476], el Fiscal GARCIA ARRESE opinó (habiendo sido acogida su opinión por la Corte Suprema) que el monto fijado por el Juez de Primera Instancia para la indemnización era procedente atendiendo a que el daño condenaba a la víctima a "un programa de invalidez de por vida". Por consiguiente, en la mente del Fiscal estaban presentes no sólo los daños ya sufridos por Ticona sino los que sufriría por el resto de sus días.

La señora Elena Guibert Alva de Carbajal inició un juicio de indemnización contra don Leoncio Guerrero Loayza y don Angel Losno Pérez por el accidente sufrido por su hijo, el menor Guillermo Guibert Alva, como consecuencia del mismo, dicho menor "sufrió gravísimas lesiones que originaron la pérdida de una pierna, que lo obliga a usar costosos aparatos de prótesis". Pero sucede que esos aparatos deben renovarse periódicamente, probablemente debido al crecimiento del niño. En consecuencia, la Corte Suprema por resolución de 14 de setiembre de 1971, aumentó el monto de la indemnización fijado por la instancia inferior, en previsión de los gastos futuros que originaría el cambio de los aparatos de prótesis [477].

---

475. Adriano de CUPIS: *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Trad. de la 2a. ed. italiana. Bosch. Barcelona, 1975. No 39, pp. 322-323.

476. Esta Ejecutoria ha sido antes mencionada, *supra*, No 81.

477. *Revista de jurisprudencia Peruana*, Febrero de 1972. No. 337, pp. 202-203.

Sección II: El daño probado

347. *La probanza del daño.* Una condición *que aparentemente se deriva* de la anterior —pero que puede presentar algunas peculiaridades— es que el daño se encuentre probado.

De primera intención, podríamos pensar que esta referencia es innecesaria pues si se establece que un daño es cierto, ello significa que está probado. Sin embargo, aun cuando ésto es exacto en términos generales, existen diferentes grados de convicción que permiten tener por probado un daño; y, a su vez, la producción de esos diferentes grados de convicción en el juez impone diferentes exigencias de probanza en el demandante (víctima).

Al igual que en cualquier otro campo, salvo que intervenga una presunción (como en el caso de la culpa), rige respecto del daño el principio enunciado por *Paulo* que prescribe que *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* [478]. Por consiguiente, el actor debe probar que el daño se produjo. En este sentido, los Tribunales han negado indemnización cuando el daño no ha sido acreditado. Así, en el juicio seguido por doña Gloria Mujica Cabezas contra doña María Dancuart Accinelli y otra, la Corte Suprema por Ejecutoria de 27 de marzo de 1974 negó indemnización por lucro cesante a la demandante por no haber acreditado este tipo de datos [479].

Es importante destacar que la presunción de culpa establecida por el artículo 1969 del Código Civil, no es presunción de daño. Por consiguiente, si bien el demandante (víctima) no requiere probar la culpa del demandado (agente), tiene en cambio que probar necesariamente su propio daño. De esta manera, la probanza del daño por el actor es una regla general, que se aplica aunque funcione la presunción de culpa. Evidentemente, por las mismas razones, esta regla se aplica a los casos de responsabilidad objetiva.

345. *La apreciación "prudencial" del daño.* Sin embargo, dadas las dificultades que implica usualmente la pobranza precisa de los daños, los Tribunales han aliviado esta carga del demandante exigiendo sólo que se acredite de una manera genérica la existencia del daño; acreditado este hecho, el monto indemnizatorio es apreciado prudencialmente por el juez.

---

478. *Digesto*, 23, 3, 2.

479. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Abril de 1974. No. 363, pp. 397-398.

Los señores Ricardo Carty y Manuel Cornejo eran arrendatarios del señor Marcos Uskokovi con relación a unos locales comerciales de propiedad de éste último. Sucedió que el propietario Uskokovi decidió reconstruir la fachada del edificio y para ello cerró por fuera las puertas de los locales arrendados. Los inquilinos demandaron por daños y perjuicios producidos por el hecho de no poder funcionar comercialmente debido a "la clausura abusiva" de sus tiendas, realizada por el demandado. Los demandantes acreditaron exhaustivamente el hecho de la clausura arbitraria. En el juicio se demostró que "la fachada de los inmuebles donde los demandantes tenían sus establecimientos comerciales ha sido construida últimamente con ladrillo y cemento; que las puertas de calle están aseguradas con trozos de madera que imposibilitan su apertura y dificultan su comunicación con el exterior; y que otros hechos, como la falta de instalación eléctrica, que ha sido cortada por la realización de las obras y la colocación de vigas para sostener el techo, indudablemente han ocasionado una serie de obstáculos para el normal funcionamiento de las actividades comerciales a que se dedicaban los actores".

Sin embargo, los demandantes no probaron en forma alguna que todo ello les hubiera causado daño efectivo. El Fiscal SOTELO reconoce que los autores no han probado el monto de los perjuicios causados. Por ello, su afirmación que de esos hechos "indudablemente" han causado daño, es una presunción. Esta presunción se encuentra reafirmada en otras expresiones similares del dictamen: "Es evidente que tales obras, tan imperfecta y lentamente ejecutadas, han causado perjuicio a los demandantes, quienes además han tenido que trabajar en condiciones deplorables durante tiempo apreciable y hasta verse obligados a pedir autorización para arreglar y asegurar por su cuenta las puertas de calle, para evitar los inconvenientes que la situación descrita les producía". Aquí también ese "es evidente" resulta más bien una deducción de los hechos o quizá simplemente una mera convicción porque no es el resultado de una verificación factual. De ahí que el Fiscal fundamente su opinión por el pago de una indemnización en razones de equidad, lo que es aceptado por la Corte Suprema en resolución de 4 de agosto de 1951[480].

Un razonamiento similar sigue la Corte Suprema en la resolución de 14 de abril de 1953 [481]. En este caso, don Liborio Bazalar demanda daños y perjuicios a la Empresa de Transportes Nor-Pacífico por la muerte de su

480. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Noviembre de 1951. No 94, pp. 1317-1319.

481. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1953. No 112, pp. 606-608. Esta Ejecutoria ha sido antes mencionada al tratar del caso fortuito. *Vide supra*, No 174, p. 285.

hijo ocurrida con motivo de un accidente de carretera, viajando en un ómnibus de propiedad de la demandada. El demandante sostiene que su hijo contribuía a su sostenimiento; sin embargo, no logra acreditar este hecho. La Corte, haciendo notar que este aspecto (que otorgaba la materialidad económica al daño) no ha sido probado, considera que debe estimarse "prudencialmente" el monto del daño material y del daño moral. Notemos como no sólo el daño moral es apreciado de esta manera genérica sino que incluso el daño material —que, por su propia naturaleza, podía y debía haber sido acreditado—resulta exonerado de prueba.

Esta atribución del juez de fijar la indemnización sin referencia expresa a una prueba específica del monto de los daños, es ejercida aun cuando ha habido pruebas periciales con este objeto.

La Resolución Suprema de 21 de octubre de 1949 ordena el Monasterio de Santa Catalina de Arequipa que pague la suma de S/. 15,000 por daños y perjuicios al señor Víctor M. Rodríguez. Lamentablemente, la redacción del dictamen fiscal es deficiente y no nos permite conocer la naturaleza de los hechos que dan lugar a tal indemnización. Sin embargo, puede apreciarse que el juez de la causa había ordenado un peritaje de los daños, que fue realizado por los Ingenieros Agrónomos César Alberto Muñoz y Alfredo Belaunde, que estableció un monto superior al ordenado pagar por la sentencia. El Fiscal SOTELO, en opinión que fue acogida por la Corte, expresó que ello es irrelevante porque "el dictamen pericial para la fijación de daños y perjuicios no constituye sino un antecedente o elemento de orientación para la apreciación del Juez" y que la indemnización que se señale debe ser el resultado de "una justa, equitativa y prudencial compulsa de la real y verdadera cuantía de los daños que deben ser indemnizados". Como puede verse esto implica una distinción entre "la real y verdadera cuantía de los daños" (que es el resultado del dictamen pericial) y "la real y verdadera cuantía de los daños que *deben ser indemnizados*" (que incorpora otros elementos de juicio, tales como pruebas adicionales, los antecedentes del caso, etc).

De la misma manera como en la Ejecutoria anterior veíamos que la Corte puede ordenar una indemnización menor que la suma establecida por los peritos como monto de los daños, también sucede que la Corte señale indemnizaciones mayores.

Don Rodolfo Gil había seguido con la Empresa Agrícola Chicama un interdicto de recobrar, en el que, en ejecución de sentencia, se le otorga una indemnización por daños y perjuicios de S/. 1,500. Para fijar esta suma, el

juez se basa en un peritaje que señala que los daños reales ascienden a S/. 866. El señor Gil apela y la Corte Superior aumenta la indemnización S/. 7,463.50, teniendo en cuenta que los peritos de parte presentados por el demandante consideran que los daños ascienden a S/. 20,481.75.

El Fiscal GARCIA ARRESE opina que "los peritos oficiales, a quienes impugna el actor de ser empleados de la demandada, no se han ceñido a la realidad de los daños y perjuicios, fijando una cantidad irrisoria". Ahora bien, continúa, "el informe de los peritos, como es bien sabido, sólo tiene por objeto ilustrar el criterio del juzgador, pero de ninguna manera lo obliga". Por ello sostiene que los fundamentos de la Corte Superior para elevar el monto indemnizatorio "responden a la magnitud de los hechos y a los principios de equidad". La Corte Suprema hace suyos estos planteamientos en resolución de 3 de agosto de 1950[482].

Como puede apreciarse en todos estos casos, la jurisprudencia está realizando una inversión relativa de la carga de la prueba del daño: acreditado éste en términos generales, la Corte fija el monto del mismo en atención a las circunstancias y a la equidad; sin perjuicio de que el demandado intente reducir el monto probando que el daño no fue de la magnitud sostenida por el demandante manda o establecida en la sentencia inferior.

Sección III: La condición personal de la víctima

349. *Variaciones en el valor de las consecuencias dañinas.* Los mismos actos dañinos pueden producir daños muy diferentes según el tipo de víctima.

Hay casos en los que esta variabilidad no plantea ningún problema teórico porque su tratamiento se ajusta sin dificultades a los principios generales de la indemnización. Por ejemplo, un mismo incendio puede ocasionar daños muchos más graves al propietario del inmueble de la derecha (quien tenía ahí una tienda de antigüedades) que al propietario del inmueble de la izquierda (que simplemente lo ocupaba como casa-habitación). No cabe duda de que la indemnización que se obligue a pagar al responsable del incendio tendrá que ser mayor en favor del primero que del segundo. Pero en este tipo de casos, en realidad no podemos hablar de un mismo daño sino de daños diferentes, cada uno de los cuales tiene un valor distinto.

---

482. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Agosto de 1950. No 80, p. 1107.

La situación es algo distinta cuando encontramos que un mismo daño puede causar consecuencias más graves o menos graves en función de la condición personal de aquel que sufre el daño. El hundimiento de un barco como consecuencia de un accidente de mar es algo que puede ser valorizado atendiendo al costo de la embarcación y de lo que ésta contenía. Pero si ese barco es el único de que disponía una determinada empresa para cumplir con un contrato muy favorable, no cabe duda de que no solamente existe un perjuicio representado por el valor de la pérdida sino también otro representado por la frustración de la ganancia esperada. Sin embargo, tampoco este caso presenta dificultades serias porque la falta de ganancias es un daño adicional que, como tal, debe ser tenido en cuenta para el cálculo de la indemnización: se trata de un lucro cesante, que integra el *quantum* indemnizatorio.

350. *El valor de la vida humana.* El problema es más complejo cuando se trata de valorizar la vida humana o la integridad corporal. ¿Debe, en este caso, tomarse en cuenta las diferencias basadas en la condición personal de la víctima? En otras palabras, ¿la vida de un hombre rico, por ejemplo, vale más que la vida de un hombre pobre?

Esto nos lleva a analizar si la apreciación del valor del daño debe realizarse *in concreto o in abstracto*. Esta segunda hipótesis consistiría en establecer tarifas para determinar lo que vale en las circunstancias actuales la vida de un hombre, independientemente de su situación de fortuna y de cualquier otra circunstancia personal.

Los hermanos MAZEAUD y François CHABAS opinan que el juez debe tomar en cuenta la situación de fortuna y de familia cuando éstas influyen sobre la importancia del daño. El juez no puede, dicen, reducir el monto indemnizatorio aduciendo que la víctima tiene suficientes medios personales para afrontar el daño, porque esto sería hacer una falsa caridad en favor del responsable y alterar gravemente el principio de la *restitutionis in integrum*. Pero, de otro lado, la inhabilitación de una persona con grandes posibilidades económicas causa un daño mayor que la misma situación en una persona con menores posibilidades sociales y económicas. En realidad, dicen los MAZEAUD y CHABAS, se trata de un mayor lucro cesante (*gain manqué*) a considerar [483].

---

483. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Contractuelle*. T. III, vol. I, 6ta. ed. Editions Montchrestein, París, 1978. No 2396, p. 753.

351. *La jurisprudencia peruana.* Hasta ahora, nuestros Tribunales han rechazado toda idea tarifaria y han otorgado indemnización teniendo en cuenta la situación de las víctimas.

Así, en el juicio seguido por doña Sara Neyra Concha viuda de Navarro, contra don Carlos Mendoza Bohórquez por la muerte de su hijo, el Fiscal GARCIA ARRESE indica que el monto indemnizatorio debe conformarse con la "situación personal de la víctima" [484].

También, don Rodolfo Gómez Silva demandó a don Hans Richard Frank Seldis exigiendo una indemnización por la muerte de su hijo; y, para determinar el monto de la demanda por nada menos que un hijo, tomó en consideración el alto valor de bienes con evidentemente menos valor intrínseco, como los caballos de carrera. La sentencia de Primera Instancia ordenó que Frank Seldis pagara a don Rodolfo Gómez la suma de S/. 10,000. Sin embargo, apelado el fallo, la corte Superior rebajó la indemnización a la mitad. El Fiscal CALLE, en opinión que acoge la Corte Suprema por resolución de 8 de abril de 1946, considera que la decisión de la Corte Superior de rebajar la indemnización es adecuada porque "se trata de un menor de cinco años, cuyas expectativas para el futuro no habrían sido grandes, en materia económica; hijo de un hogar modesto (el padre es tipógrafo) no habría podido llevar a su familia a una situación expectable. El hecho es de suyo lamentable; la pérdida de toda vida es de sentirse. Pero al fijar el quantum de la indemnización debe tenerse en cuenta todas las circunstancias; sin que el Fiscal acepte la comparación que se hace en la demanda del valor de un caballo de carrera con el de una persona humana" [485].

Un criterio casi pintoresco por su falta de rigor sociológico —pero extraordinariamente gráfico y revelador de la atmósfera de la época— aparece en una Ejecutoria de 1947. La señora Almira Rondón de Ruiz Eldredge había demandado a la Agencia de Transporte Roggero por la muerte de su marido ocurrida en un accidente de tránsito. Don Leonardo Ruiz Eldredge se bajó del ómnibus de la línea Luna Pizarro-La Palma y no se movió del sitio, esperando que el ómnibus en el que había venido continuara su camino, para después pasar a la vereda. Dice el Fiscal CALLE que "la presencia no sólo intempestiva sino violentísima del ómnibus interprovincial ocasionó el

---

484. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1954, No 127, pp. 973-974. Este juicio ha sido ya comentado *supra*, No 36.

485. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Julio-Agosto de 1946, Nos. 30-31, pp. 330-331.

accidente", siendo atropellado el señor Ruiz Eldredge. En consecuencia, "tratándose de un hombre que tenía a su cargo el sostenimiento de *una familia bien, (sic)* a la que atendía con el producto de sus actividades como comerciante, con un ingreso que pasaba de cinco mil soles al año, y que no ha dejado a los suyos ningún otro medio de vida", era necesario que la indemnización fuera proporcionada a tal situación. Ahora bien, el Fiscal formulaba estas consideraciones porque la Corte Superior había reducido a S/. 16,000 la indemnización fijada originalmente por el juez en S/. 20,000, que él consideraba que debía ser mantenida. La Corte Suprema, en resolución de 17 de mayo de 1947, no acogió esta sugerencia del Fiscal; por el contrario, redujo tal indemnización a la mitad de lo fijado por la Corte Superior, estableciéndola en S/. 8,000 [486]. Sin embargo, ello no significa necesariamente que no aceptara los *criterios* del Fiscal pues, en todo caso, concede a los herederos de la víctima una indemnización equivalente a casi el doble de su ingreso anual bruto.

Puede decirse, *grosso modo*, que el monto indemnizatorio fijado por las Ejecutorias peruanas ha sido muy arbitrario. Sin perjuicio de ello, debe señalarse que este dato se hace muy difícil de analizar retrospectivamente con mucho detalle a causa de la inflación, que distorsiona toda comparación.

En la apreciación del *quanti respondeatur*, parecen haber influido en la mente de los jueces muchas consideraciones que no son postuladas explícitamente como criterios, pero que es fácil percibir a través de los textos y que han tenido una función determinante: factores emotivos (que la víctima fuera una persona incapaz o que, en general, quede en una situación que inspire lástima), factores culturales (creencia —cierta o no— de que los choferes de taxi y de ómnibus manejan siempre mal y, por tanto, deben tener la culpa y hay que castigarlos para que esto no siga sucediendo), factores —posiblemente inconscientes— de distribución del riesgo (las empresas tiene siempre la "culpa" frente a los ciudadanos porque pueden trasladar el costo del daño a los precios) o quizá simplemente un criterio crudo de *deep pocket* (las empresas son siempre responsables ante el hombre común porque tiene más dinero para hacer frente al daño), factores políticos (ante el accidente de un Senador no cabe ni preguntarse si efectivamente la Empresa del Ferrocarril tuvo la culpa porque "debe" haber sido así.!), etc.

No hay duda de que sería muy importante que los Tribunales hicieran

---

486. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1947, pp. 440-442.

un esfuerzo por explicitar los criterios utilizados (cuando no son inconfesables, obviamente) y trataran de fundamentarlos racionalmente en función de hechos claramente resumidos en la misma Ejecutoria. Ello haría ganar mucho al Derecho en profundidad y en uniformidad.

Sección IV: La condición personal del deudor

352. *Las posibilidades económicas del responsable.* ¿Deben las posibilidades económicas del responsable influir en el ánimo del juez para fijar la indemnización?

Este tema ha sido ya en cierta forma tratado en una parte anterior de este libro, donde hemos hecho también presente la contradicción teórica que implica la consideración de la riqueza del responsable para fijar la indemnización dentro del marco de la culpa [487].

353. *La indemnización es una reparación y no una sanción.* En realidad, la norma del Código anterior no era inconsistente con la responsabilidad extracontractual en la medida en que, entendida como referida estrictamente a una situación-límite, no hacía nada más que introducir un elemento humanitario muy básico dentro de tal contexto. En ese sentido, hubiera podido conservarse en el actual Código.

Sin embargo, lo que resulta inadmisible es la atención a la fortuna del responsable para fijar una indemnización acorde con ella. Dado que la indemnización es una reparación, su monto tiene que estar de acuerdo con el daño y no con las posibilidades económicas del causante. Cualquier otra intromisión de la riqueza del responsable en la fijación del monto indemnizatorio, basada en criterios redistributivos de corte político-social, sería absolutamente ajena al campo del Derecho Civil y a la racionalidad de la institución que nos ocupa.

Con esa claridad de percepción que le es propia, son los hermanos MAZEUD quienes mejor resumen el argumento: "Si bien se debe examinar, dentro de los límites antes indicados, la situación de la víctima, el Juez debe por el contrario, para evaluar el perjuicio, cerrar los ojos sobre la situación personal del responsable y, especialmente, sobre su situación de fortuna y su situación de familia. Pobre o rico, poco importa; el responsable debe reparar

---

487. *Supra*, Nos. 24-26.

todo el daño causado por su culpa. Sin duda, la misma sentencia que ordena el pago de una indemnización puede arruinar a un individuo, mientras que supone solamente una ínfima reducción del patrimonio de otra. Esto no es una razón para disminuir el monto indemnizatorio en el primer caso y para aumentarlo en el segundo, porque la indemnización no es una pena. Tiende únicamente a reparar. Debe ser proporcional exclusivamente al perjuicio"[488].

354. *Atenuación humanitaria de la responsabilidad.* El actual Código no contiene más la norma del artículo 1138 del Código Civil de 1936 que, inspirada en el B. G. B., exoneraba al responsable de su obligación de indemnizar cuando ello le privara de los recursos necesarios para su subsistencia y la de su familia.

Notemos que la norma del Código anterior no permitía reducir la indemnización atendiendo a la situación económica del responsable —como en la práctica se hizo muchas veces— sino únicamente exonerar totalmente de la obligación de pago. Esta medida-límite testimonia que el artículo estaba pensado sólo para situaciones límite: beneficiaba únicamente a aquél que se encontraba en circunstancias tan excepcionales que cualquier pago le habría sido catastrófico.

In Re Ernestina Larrea viuda de Prieto con don Roberto Brandt y Raygie, la demandante reclamaba indemnización por la muerte de su esposo, don Miguel Prieto Arenas, como consecuencia de una trompada del demandado motivada por el hecho de que aquél había ofendido de obra, "en acto reñido con la decencia", a la esposa de éste. El Fiscal PALACIOS además de pronunciarse sobre los aspectos sustantivos y procesales del caso, manifiesta que es de aplicación el artículo 1138 (del Código Civil de 1936) porque el demandado Brandt "está obligado no sólo a cooperar a su alimentación sino a la de su esposa e hijos" y que sus declaraciones, "no contradichas", aparece que carece de los medios necesarios aun para su subsistencia y que el demandante, "a pesar de los esfuerzos que ha hecho", no ha logrado probar que Brandt o su esposa tengan propiedades [489].

Como puede advertirse, las condiciones para la aplicación del artículo 1138 son muy benignas en este caso e incluso trastocan los principios de la

---

488. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: Op. cit., No. 2399, pp. 762-763.

489. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1947. Nos 38-39, pp. 211-212. Esta Ejecutoria ha sido comentada antes, desde otro punto de vista, *supra*, No 99.

prueba. El argumento fundamental del Fiscal se basa en las declaraciones del propio obligado sobre su pobreza, que asumen como verdad en tanto que no sean contradichas; y continúa diciendo que, a pesar de todos sus esfuerzos, la demandante no ha podido contradecirlas. Sin embargo, si aplicamos el principio de quien afirma algo debe probarlo, no había razón alguna para creer al señor Brandt: es a él a quien le correspondía probar que era pobre y no a la otra parte que tenía propiedades. El Fiscal ha razonado en función de una inversión de la carga de la prueba que no está legalmente establecida.

Aun cuando la norma del Código de 1936 no ha sido conservada en el Código de 1984, pensamos que los jueces pueden (con prudencia) tener implícitamente esta situación en mente para —sin necesidad de declarar las razones— atenuar la responsabilidad de quien no ha tenido dolo ni culpa inexcusable. Como antes se ha visto [490], la determinación del *quanti respondeatur* permite siempre algo de discrecionalidad en el juez: no hay una probanza precisa en el monto de los daños. Es por este camino que el juez puede reducir —nunca aumentar— la indemnización cuando se reúnan dos condiciones: (a) el impacto económico de la indemnización en el obligado a pagarla puede ocasionar un transtorno muy grave en su vida personal y familiar, y (b) la desigualdad de fortunas entre el responsable y la víctima es de tal naturaleza que ese grave efecto en el responsable no está en proporción con el grado de necesidad de la víctima de ser reparada por un tercero.

Nuevamente son los hermanos MAZEAUD quienes nos sugieren la pauta: "Debido a que constituye un conjunto de reglas objetivas y precisas, el Derecho no puede siempre tener en cuenta las exigencias de la ley moral que se subleva contra el hecho de que una falta quizá mínima obligue a una persona a privarse de lo necesario para ella y para su familia con el objeto otro pueda conservar todo aquello de superfluo que envenena su alma. Felizmente, la evaluación del daño comporta siempre una parte de arbitrariedad que el juez podrá usar, si es discreto, para moderar la indemnización"[491].

355. *La difusión social del daño.* Un razonamiento completamente distinto sería posible efectuar si se aceptara el principio de la difusión social del daño para los accidentes rutinarios (categoría que de ninguna manera puede comprender los daños producidos por dolo o culpa inexcusable).

---

490. *Supra*, No 348.

491. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Loc. cit.* No. 2399, p. 763.

En tal caso, recaería en el causante una mayor o menor carga económica en la medida en que sea capaz en mayor o menor grado que la víctima para difundir socialmente el daño a través de la contratación de un seguro o a través del sistema de precios. Sin embargo, dos observaciones son importantes para aclarar esta idea: en primer lugar, la asignación de la carga económica no se encuentra determinada por la mayor o menor fortuna de las partes, no se toma en cuenta la profundidad o el tamaño de su bolsillo, sino su capacidad de difundir esa carga. Y, aunque a veces esa mayor capacidad pueda coincidir con una mayor fortuna, ésta no es una identidad necesaria y puede muy frecuentemente no presentarse. En segundo lugar, este criterio de repartición social del daño no puede dar lugar de ninguna manera a atribuir a una de las partes una obligación de pagar una suma mayor al valor del daño aunque ésta sea muy rica, porque ello implicaría utilizar la indemnización como medio de sanción antes que como medio de reparación; actitud que sería incompatible con la idea de la difusión social del riesgo [492].

356. *La jurisprudencia peruana.* Los Tribunales peruanos no han sido muy consistentes sobre este punto.

En muchos de los dictámenes fiscales se hace mención de la situación económica del deudor. Este es el caso, por ejemplo, del juicio seguido por don Modesto Barrios Sulca contra la Empresa de omnibus San Miguel S.A. para que le abone una indemnización por la muerte de su madre, la señora Santona Sulca; el Fiscal GARCIA ARRESE señala que es necesario tomar en cuenta "la capacidad económica de la demandada" [493]. Igualmente, *in Re* Sara Neyra Concha viuda de Navarro con Carlos Mendoza Bohórquez, el mismo Fiscal GARCIA ARRESE indica "las posibilidades del obligado" como criterio para opinar sobre el monto de la indemnización [494]. En cambio *in Re* Valentín Froilán Zapata Valverde con Adolfo Morán Zúñiga, la propia Corte Suprema, en los considerandos de la resolución de 7 de diciembre de 1972, deja sentado que "para fijar el monto de los daños debe estarse a la prueba actuada, apreciada por el Juez, y no a la presunta posibilidad económica del deudor" [495].

---

492. Sobre la indemnización punitiva, *vid. infra*, Nos. 364-373.

493. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Setiembre de 1952. No 104, pp. 2705-2702.

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

495. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Enero de 1973. No 348, pp. 79-80.

CAPITULO II

DAÑOS PATRIMONIALES

Artículo 1985.-... las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante...

Sección I: Daño emergente y lucro cesante

357. *Los aspectos del daño.* El daño no golpea en una sola dirección, causando un solo tipo de consecuencias económicas, sino que, por regla general, hace estallar la situación en diversos fragmentos económicamente dañinos: aquél que es atropellado por un vehículo puede necesitar pagar sus gastos de hospitalización, pero además tiene que comprar remedios, requiere pagar la ambulancia que lo llevó hasta el hospital desde el lugar del accidente, puede necesitar tratamiento psiquiátrico, quizá va a tener que someterse a una costosa rehabilitación por varios meses, paralelamente pierde un negocio importante debido a su hospitalización y además no se encuentra en aptitud de trabajar para mantener a su familia durante un largo tiempo, etc.

Es, entonces, importante intentar una categorización de los diferentes tipos de daños en razón de las correspondientes formas de indemnización, a fin de poner un poco de orden en este caleidoscopio trágico.

De primera intención, encontramos fundamentalmente dos grandes categorías de daños económicos, que parecen estar en condiciones de comprender la multiplicidad de situaciones que se presentan en la práctica: el daño emergente y el lucro cesante.

358. *Damnum emergens.* La indemnización del daño emergente es la que pretende restituir la pérdida sufrida.

PAULUS define el daño emergente como *quantum mihi abest* [496], es decir, el monto que para mí ya no es, lo que para mí deja de tener existencia. El daño emergente es siempre un empobrecimiento.

Esta pérdida puede presentarse como consecuencia directa y súbita del daño: el costo de la intervención quirúrgica, hospitalización y medicamentos para curar la pierna rota; la factura por la reparación del automóvil abollado, etc. Pero a continuación de tales pérdidas inmediatas, encontramos otras que sólo se manifestarán posteriormente; algunas de ellas las podemos prever desde ahora (el costo de los ejercicios de rehabilitación de la pierna lesionada, aun varios meses después de que el caso se encuentre judicialmente resuelto) y otras quizá ni siquiera la sospechamos al momento del accidente, tampoco al tiempo de demandar y quizá ni aun al momento en que el juez expida sentencia (caso de la aparición posterior de una complicación médica inesperada, pero cuya vinculación con el accidente puede ser demostrada). Sin embargo, todos estos daños entran dentro de la categoría del daño emergente: su emergencia se produce en distintas épocas, pero siempre como consecuencia del acto dañino primitivo y siempre se expresan en una pérdida de lo que la víctima ya tenía. Por consiguiente, el daño emergente comprende tantos daños inmediatos como daños futuros.

La jurisprudencia peruana no ha tenido usualmente dudas en cuanto a la reparación del daño emergente. En los casos de daños corporales, ha considerado como daño emergente a los gastos de curación y tratamiento, incluyendo los que se requieran en el futuro, como es el caso de la renovación de aparatos de prótesis a que antes hemos hecho referencia [497]. En los casos de daños a propiedades, ha considerado como daño emergente la reparación de los desperfectos; por ejemplo, el levantamiento de una pared medianera que se derrumbó debido a que el vecino procedió a demoler su propiedad en épocas de lluvias y sin tomar las debidas precauciones [498] o los gastos de reparación del vehículo chocado. Es interesante señalar que *in Re* don Eduardo Fuller con don Carlos Cornejo, la Corte Suprema en los Considerandos de su resolución de 18 de agosto de 1975 manifestó que la depreciación o menor valor del vehículo resultante del choque aunque éste fuera reparado

---

496. *Digesto*, 46.8.13.

497. *Supra*, N°. 346, n 477.

498. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1961. N° 209, pp. 895-898.

(y la sentencia establecía precisamente la reparación como elemento independiente a considerar), constituye también un daño emergente resarcible [499].

359. *Lucrum cessans.* La segunda gran categoría de indemnizaciones está constituida por el lucro cesante, que ha sido expresamente mencionado en el artículo 1985, respetándose en este punto la innovación de redacción introducida por el Proyecto de la Comisión Reformadora.

El concepto de lucro cesante comprende aquello que ha sido o será dejado ganar a causa del acto dañino. La frase antes citada de *PAULI* se completa con la idea del lucro cesante: *quantum mihi abest quantumque lucrari potui.* Esta última parte nos dice que es también daño aquello que hubiera podido ganar (y que no lo gané debido al daño). Por consiguiente, mientras en el daño emergente hay empobrecimiento en el lucro cesante hay un impedimento a que me enriquezca legítimamente. Por otra parte, como dice Adriano de CUPIS, el daño emergente afecta un bien o un interés actual, que ya corresponde a la persona en el instante del daño; en cambio, el lucro cesante afecta un bien o un interés que todavía no es de la persona al momento del daño.

Sin embargo, debemos reiterar que ésto no significa que el daño emergente sea presente, mientras que el lucro cesante es futuro. La fecha para considerar el pasado, presente y futuro en este caso es la de la sentencia. Desde esta perspectiva tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser pasados, presentes o futuros. El lucro cesante es siempre futuro con respecto al momento del daño. Pero entre esa fecha y la sentencia puede haberse producido un lucro cesante que ya será considerado como pasado y además cabe la posibilidad de que las consecuencias del daño sigan afectando en adelante la posibilidad de ganancias futuras.

A este respecto, es preciso insistir en la condición esencial —también para el lucro cesante— de que el daño debe ser cierto: no son reparables las ganancias hipotéticas sino aquéllas que se producirán con toda certidumbre, que inevitablemente se dejarán de percibir como consecuencia del acto dañino.

---

499. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Octubre de 1975. N° 381, p. 1109.

Sin embargo, en materia de lucro cesante puede ser muy difícil distinguir a veces entre una mera esperanza de ganancia y un daño cierto por dejar de percibir una ganancia futura. Imaginemos el daño causado a unos cultivos. No cabe duda de que no solamente debe indemnizarse el valor presente de los cultivos (daño emergente) sino también la expectativa habitual de margen de ganancia (no el ingreso bruto) que esa cosecha habría producido (lucro cesante). Pero. ¿debe considerarse también como lucro cesante el hecho de con posteridad al daño, el precio de los frutos a cosecharse tuvo una alza extraordinaria en el mercado? Esa alza no era previsible, pero no cabe duda que la falta de ganancia de esa diferencia extraordinaria es también consecuencia del daño.

Estos casos difíciles son muy numerosos y admiten soluciones diversas. Por ejemplo, la jurisprudencia argentina ha decidido que, cuando la circunstancia de un accidente automovilístico impide a un vendedor de terrenos entrevistarse con posibles compradores de los lotes, podemos considerar que aún no hay una ganancia cierta en perspectiva; porque tales personas no eran todavía compradores sino interesados. Pero si, precisamente antes de la temporada, se produce un daño a un inmueble de verano que frustra el alquiler de esa casa, los jueces argentinos han considerado que procede una indemnización equivalente a cuatro meses de alquiler aun cuando todavía no había inquilino en perspectiva, porque era normal que la casa se hubiera alquilado dentro del curso ordinario de la vida y de las cosas" [500].

Por otra parte, la indemnización del lucro cesante presume que el curso de la vida y de las cosas del demandante habría sido normal, de no mediar el hecho dañino; pero ello no es tan obvio. Por ejemplo, cuando se indemniza al hijo menor cuyo padre fue muerto al ser mordido fatalmente por el perro del vecino, se toma en cuenta que ese padre era la fuente de sustento de tal hijo hasta su mayoría de edad. Sin embargo, bien podría haber sucedido que, por razones absolutamente naturales, el padre no hubiera vivido todo ese lapso. Quizá, si no hubiera sido mordido por el perro, habría muerto esa misma tarde de un infarto impredictible; por lo que el hijo no habría conservado su fuente de sustento hasta los 18 años sino sólo por algunas horas más. Evidentemente, las distinciones en esta materia se hacen extremadamente sutiles y el terreno está sembrado de conjeturas, por lo que el juez

---

500 Pedro Néstor CAZEAUX: *Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance*. En *Temas de Responsabilidad Civil, en honor al Dr. Augusto M. Morello*. Librería Editora Platense, La Plata, 1981, p. 21.

debe ser particularmente prudente al considerar el lucro cesante y atenerse a las circunstancias normales y previsibles, para bien o para mal.

Debe destacarse también que el lucro cesante se convierte en daño emergente cuando hay remedio a la situación de manera que la ganancia no se pierda, aunque ese remedio sea costoso. Por ejemplo, si una persona que dedica su automóvil al servicio público independiente es chocado y tiene que paralizar el vehículo durante los días que demore la compostura, estamos aparentemente ante un lucro cesante: ese taxista dejará de percibir sus ingresos habituales en esos días. Sin embargo, si le es posible alquilar un automóvil mientras tanto y seguir realizando sus actividades, el lucro cesante no es procedente: todo lo que le corresponde como indemnización por los días de paro del automóvil es el importe del alquiler del otro auto, lo que constituye un daño emergente [501]. Notemos que este razonamiento es válido aun cuando no alquile otro auto, pudiendo hacerlo: el lucro cesante ha desaparecido con la mera posibilidad (efectiva) de realizar la ganancia de otra manera. En realidad, si la víctima no adopta las medidas necesarias para reducir el daño (sea daño emergente o lucro cesante), pudiendo hacerlo, está introduciendo una nueva causa del resultado dañino: el daño se habrá producido porque al acto del causante concurrió la omisión de la víctima, lo que también es una forma de actuar.

Adriano de CUPIS indica además que la ganancia esperada tiene que ser legítima: no se puede pretender lucro cesante por actividades ilegales.

El principio es perfectamente sólido. Sin embargo, no debe confundirse moralidad con legalidad. El ejemplo que señala el propio de CUPIS para explicar este tema ha sido recientemente tratado de una manera diferente por los Tribunales suizos. Dice de CUPIS que "la meretriz que ha sufrido una lesión física no puede pretender que sea resarcida por la falta de ganancias en su profesión ya que estas ganancias jurídicamente no le pertenecerían, dado que la relación de prostitución va en contra de las buenas costumbres" [502]. Sin embargo, hace algunos meses los diarios nos traían la noticia de una prostituta en Suiza que había sufrido un daño de esa naturaleza y que ganó una indemnización por lucro cesante aduciendo que su trabajo no podía considerarse ilícito ni su ganancia antijurídica desde el momento en que

---

501. Adriano de CUPIS: *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 2a. ed. italiana. Bosch. Barcelona, 1975. N°. 38, p. 314.

502. Adriano de CUPIS: *Op. cit.*, N°. 38, p. 316.

la prostitución era legal: la meretriz-víctima tenía autorización oficial de la sanidad pública y de las autoridades policiales y, por último pagaba impuestos sobre sus ganancias, conforme demostró con su declaración jurada.

En realidad, si la prostitución se encuentra proscrita en un determinado país y, consecuentemente, es ilegal, no cabe duda que la damnificada en estas actividades, ejercidas clandestinamente, no puede aspirar a una indemnización. Pero si la actividad considerada como inmoral no se encuentra prohibida sino que, por el contrario, está sujeta a autorizaciones y se ejerce libremente dentro de ciertas condiciones, no parece haber razón válida para que la indemnización no sea procedente: moral y derecho son disciplinas profundamente relacionadas pero no idénticas [502bis].

En Francia se presentó una discusión sobre este tema con motivo de una decisión de la Corte de París de 20 de junio de 1960 que concedió indemnización a una "strip-teasera" porque el cirujano que le había practicado una operación estética, le dejó una cicatriz —no precisamente en el rostro— que le impedía seguir desempeñando su actividad. Es verdad que este caso podría ser considerado como una responsabilidad contractual —el punto es discutible conforme veremos después [503]— pero lo que interesa es saber es si una indemnización (contractual o extracontractual) era procedente, atendiendo a la actividad a la que se dedicaba la señorita. Algunos autores, como el propio André TUNC, comentaron desfavorablemente esta sentencia [503bis]. Y Boris STARCK acota que aparentemente la Corte concibió la indemnización más bien como una sanción al médico negligente antes que como una reparación a la "strip-teasera" [504]. Sin embargo, dado que el "strip-tease" es una actividad legal, no vemos las razones que hubiera podido aducir la Corte para denegar la indemnización.

---

502 *bis.* V. *infra*, N°. 683.

503. *Infra* N° 657.

503*bis.* En la 6ta edición del *Traité* de MAZEAUD y TUNC, éste último discrepa en una nota de pie de página respecto de la opinión de Henri y León MAZEAUD, quienes sostienen que la concubina no tiene derecho a indemnización por los daños sufridos por el concubino debido a que su situación es inmoral. André TUNC objeta esta calificación y sostiene que el verdadero concubinato es casi un matrimonio. Pero a continuación declara que no vacilaría en aplicar la regla *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* contra una prostituta o contra una actriz de striptease a las que un accidente hubiera impedido de continuar con su industria. Vid. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 6ta. ed. T. I. Editions Montchrestein. París, 1965, N° 279, nota 1 *in fine*, p. 379.

504. Boris STARCK, Henri ROLAND y Laurent BOYER: *Droit Civil, Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, 2a. ed. Librairies Techniques. París, 1985, N°. 109, pp. 61-62.

En el Perú hay quien podría sostener que una sentencia de ese tipo no sería jurídicamente procedente porque, de conformidad con el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil, son nulos actos contrarios a las buenas costumbres: y la prostitución o el "strip-tease" no son precisamente buenas costumbres y consiguientemente no pueden ser amparados judicialmente. Sin embargo, la artificiosidad de este razonamiento es evidente. No sólo presenta problemas lógicos sino que además implica una utilización extensiva del concepto de "malas costumbres". Parece claro que esta distinción entre buenas y malas costumbres —que difícilmente puede ser precisa, porque la moral no presenta juicios tajantes— sólo es aplicable a aquellas costumbre que no han sido tratadas por la ley. Si una norma legal ha proscrito una determinada costumbre, no cabe duda de que es mala y esto no admite más discusión. Aun más, como señala Marcial RUBIO[505], en esta hipótesis, si se produjera un acto jurídico violatorio de tal norma, ya no sería propiamente un acto contra las buenas costumbres sino contra el orden público. Ahora bien, si contrariamente una norma jurídica reconoce la legalidad de una conducta —lo que no supone necesariamente que se le otorgue incentivos tributarios o de otro tipo sino simplemente que la someta a cierta reglamentación o que la subordine a un permiso—ya no podemos decir que esa conducta atenta contra las buenas costumbres. Agrega RUBIO: "Es obvio que esto no resulta necesariamente así desde una perspectiva social o filosófica, puesto que existen muchas normas legislativas injustas y criticables.."; pero "si una norma legislativa recoge una costumbre, ésta será por definición buena para el Derecho. No cabe pues suponer que existen leyes que recogen costumbres 'malas' o 'neutras'"[506].

360. *Apreciación del lucri cessantis*. No cabe duda de que la apreciación del *quanti* del lucro cesante es muy subjetiva y existe gran prudencia y criterios claros y coherentes por parte de los jueces.

La situación más simple se presenta cuando el daño origina la pérdida de una renta efectiva. En tal caso, el monto de la indemnización por lucro resulta sencillamente de multiplicar el importe de tal renta por el número de períodos (días, semanas, meses, etc) en que la renta no será percibida.

Don Edgard Vizcarra Rosas y doña Livia Pacheco de Vizcarra deman-

---

505. Marcial RUBIO CORREA: *Título Preliminar*, Biblioteca «Para leer el Código Civil». Vol III. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1986, p. 102.

506. *Loc. cit.*

daron la firma A. y F. Wiese S. A. por los daños causados en su propiedad ubicada en la ciudad del Cuzco, con motivo de la demolición del inmueble de propiedad de la demandada, colindante con el de ellos, lo que produjo la caída de la pared medianera. Los demandantes acreditaron que obtenían renta de alquiler de parte del inmueble, pero que habían tenido que desocupar a los inquilinos debido a los derrumbes. En consecuencia, solicitaron, entre otras cosas, una reparación del lucro cesante por la merced conductiva que dejarían de percibir. El juez de Primera Instancia valorizó esta renta frustrada en S/. 1,800 y ordenó en la sentencia que la demandada pagara esa cantidad por mes transcurrido desde que se ocasionó el daño hasta que éste fuera reparado. Sin embargo, es de señalar que la Corte Superior del Cuzco resumió ese lucro cesante de manera arbitraria —es decir, sin fundamentar su decisión ni explicar su razonamiento—en la suma global de S/. 10,000. El Fiscal FEBRES denuncia esta globalización por considerar que " debe existir proporcionalidad entre el monto de la indemnización y el tiempo de duración del perjuicio". Pero la Corte Suprema respaldó el criterio de la Corte Superior por resolución de 14 de setiembre de 1960 [507].

Aparentemente, a pesar de las resoluciones inexplicables de ambas Cortes, se trataba de un caso en el que la indemnización por lucro cesante puede ser establecido con referentes más objetivos, puesto que existía un contrato de alquiler con un monto preciso de merced conductiva. Sin embargo, debe advertirse que el lucro cesante no es el ingreso bruto dejado de percibir sino la ganancia frustrada; y si bien el daño impide que se produzca el ingreso, también es verdad que en muchos casos —no siempre, por lo que cada caso debe ser estudiado en particular— esto conlleva igualmente que ciertos gastos no se tengan que realizar. Por tanto, el lucro cesante será el ingreso bruto frustrado menos los gastos que no ha sido necesario realizar.

Don José Calero Paz demanda al Estado porque la policía no ha sido capaz de controlar al pueblo de Iquitos en los actos vandálicos que finalizan con el incendio de tres cinemas de su propiedad en la ciudad de Iquitos [508]. Todas las instancias le acuerdan tanto indemnización por daño emergente como también indemnización por lucro cesante por haber tenido que cerrar los cinemas durante seis meses. Sin embargo, la Corte Suprema, en resolución de 4 de enero de 1960, aclara con buen criterio que no puede tomarse

---

507. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1961. N° 209, pp. 895-898.

508. Esta Ejecutoria ha sido examinada más adelante desde el punto de vista de la responsabilidad del Estado, *infra*, N° 507.

como lucro cesante "el ingreso bruto mensual de los tres locales durante...el tiempo de seis meses en que dejaron de funcionar los cinemas", sino que es preciso "deducir los gastos de explotación del negocio".

En otros casos, el bien dañado no producía una renta para el propietario. Pero la imposibilidad de usarlo obliga a un egreso de ese propietario para reemplazarlo. La situación es limítrofe entre el daño emergente y el lucro cesante. Puede entenderse que la suma que necesita gastar para suplir el bien que le falta a causa del daño es una pérdida o daño emergente. Pero también puede considerarse que la renta o lucro cesante de ese bien está determinado por la ventaja económica que le significa la posesión y utilización del mismo, que se cuantifica por la suma que debe abonar cuando el bien le falta; por tanto, al dejar de ganar esa ventaja económica que le significaba la posesión del bien, ésta se convierte en un lucro cesante. La discusión sobre la naturaleza de este daño es puramente teórica, porque en ambos casos ese importe es resarcible.

El automóvil del Oficial de Aviación Rolando Gilardi fue destrozado por el ómnibus de propiedad de la Empresa Perú S. A. El demandante acreditó en autos que, en razón de su trabajo, la inutilización de su automóvil lo había obligado a utilizar carros de alquiler. El Fiscal CALLE estuvo de acuerdo en que esto le sea reembolsado y la Corte suprema, por resolución de 9 de mayo de 1947, ordenó que la indemnización, que se valorizaría por peritos, tome en cuenta los perjuicios provenientes de la inutilización temporal del automóvil [509].

Una situación similar se presenta en el juicio antes citado en este acápite, que siguieron don Edgar Vizcarra y doña Livia Pacheco de Vizcarra contra A. y F. Wiese S. A. Los demandantes no sólo acreditaron que la parte de su casa que se derrumbó estaba alquilada a terceros sino que además en otra parte de ella vivía la pareja y otra parte más constituía el Estudio de Abogados del demandante quien, según declara el Fiscal FEBRES, había tenido que arrendar tanto una casa como una oficina para reemplazar las habitaciones que tuvo que abandonar hasta que la pared fuera reparada. Sin embargo, la Corte Suprema en su resolución de 14 de setiembre de 1960 no hace ningún análisis sobre estas pretensiones; aun cuando, al fijar una indemnización global, parece acogerlas [510].

---

509. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Mayo-Junio de 1947, Nos. 40-41, pp. 380-381.

510. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1961. N° 209, pp. 895-898.

Más difíciles son los casos en los que no hay una renta manifiesta ni una necesidad manifiesta de un gasto para reemplazar lo perdido con el daño. En esta hipótesis, la discrecionalidad del juez para apreciar el monto del lucro cesante es mucho mayor. Veremos algunos de los casos en que se presenta esta situación.

Doña Rosa Zapata Guzmán demanda a don José F. Botto para que le pague una indemnización, que incluya el lucro cesante, por los daños sufridos a causa de la negligencia del demandado. El señor Botto es propietario de la Empresa Lima Park que instala parque de diversiones. La señorita Zapata ingresó al espectáculo denominado "La Casa de los Locos". Al finalizar el paseo en el pequeño tren por el trayecto establecido para esta atracción, la demandante se levantó de su asiento y salió del coche. Para ello se apoyó en una baranda que existía en el lugar con ese objeto. Sin embargo, debido a una impericia del operador, el pequeño tren se puso en marcha de improviso y la demandante sufrió una fractura del antebrazo derecho. De acuerdo a lo expresado por el Fiscal GARCIA ARRESE, uno de los elementos que se tomó en cuenta para establecer la indemnización fue el hecho de que la señorita Zapata era taquígrafa-mecanógrafa; y que la herida sufrida en el brazo derecho le imposibilitaría ejercer su profesión por algún tiempo [511].

Un caso del mismo orden es el protagonizado por don Sidney Summers, quien demandó a la Compañía de Omnibus Olaya S. A. por el hecho de que un vehículo de esa empresa chocó su automóvil en el jirón Arias Aragüez. El accidente fue muy grave porque el impacto lanzó al automóvil del señor Summers contra un poste de alumbrado público, en el que se incrustó. El señor Summers fue arrojado de su automóvil, sufriendo la fractura del fémur izquierdo a la altura de la cadera, así como de dos huesos del antebrazo. Esto lo obligó a permanecer inmovilizado y enyesado por un lapso de dos meses, desatendiendo su Estudio de Abogado durante tres meses. El Fiscal GARCIA ARRESE consideró que era procedente indemnizar "el tiempo de inhabilitación sufrido por el profesional para atender a su actividad habitual por espacio de meses"; opinión que acogió la Corte Suprema por resolución de 15 de mayo de 1957 [512].

En los casos mencionados, el Juez ha establecido prudencialmente una indemnización general por lucro cesante. Otras veces, el Juez ha recurrido a

---

511. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1954. N° 131, pp. 1487-1489.

512. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1957. N°. 164, pp. 1030-1032.

la fijación de una suma mensual relativamente arbitraria, aunque cuando menos referida a un lapso determinado. En el juicio seguido por don Javier Mariátegui Campos contra don Julio Poppe Yesup por haber sido atropellado por éste último en la Avenida Sáenz Peña del Callao, la sentencia de Primera Instancia — que hace suya en este punto la Corte Suprema por resolución de 27 de junio de 1955[513]— otorga una indemnización de S/. 32,000 "a razón de S/. 1,000 al mes en que el actor ha estado inhabilitado para dedicarse a sus labores habituales".

361. *La globalización de la indemnización.* Es importante hacer presente que los tribunales han utilizado con frecuencia el recurso de no distinguir incluso entre el daño emergente y el lucro cesante, aunque tal práctica sea muy discutible desde el punto de vista teórico.

Un gran número de las Ejecutorias que hemos citado, si bien hacen referencia al lucro cesante en la sentencia de Primera Instancia o en el dictamen fiscal, no discriminan la indemnización en el fallo definitivo: se limitan a establecer una cifra global que comprende todos los conceptos materia de la indemnización.

Además de los casos reseñados, baste señalar el de doña Dora Mercedes Rodríguez que demanda a don Alberto Revilla por un accidente de tránsito y le exige lucro cesante. El Fiscal SOTELO opina que hay que tener en cuenta "la grave invalidez permanente de ésta (la demandante) y como consecuencia la merma de sus actividades y consiguiente reducción de los ingresos económicos que ellas le procuraban para hacer frente a su vida". La Corte Suprema, en su resolución de 28 de octubre de 1949, rebaja ligeramente la indemnización establecida en la sentencia, pero no proporciona ningún fundamento ni opinión sobre la forma como se distribuye la indemnización entre los diferentes tipos de daños demandados[514].

Sección II: Las indemnizaciones especiales

362. *Otros tipos de indemnizaciones.* El artículo 1985 se refiere, además del daño emergente y del lucro cesante, al daño a la persona y al daño moral (repitiendo, en este último caso, un tipo de daño ya contemplado en el artículo precedente).

---

513. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1956. N° 149, pp. 672-673.

514. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1949. Nos 70-71, pp. 908-910.

Aun cuando en nuestra opinión las indemnizaciones por daño moral son usualmente en la práctica indemnizaciones por daños patrimoniales imprecisables, como lo veremos más adelante[515], hemos preferido tratarlas en el capítulo correspondiente al daño extrapatrimonial en razón de la teoría que informa esa institución. Por el mismo motivo, hemos dejado para entonces la discusión sobre el daño a la persona, a pesar de que pensamos que con esta nueva denominación (creemos que esta institución no se distingue conceptualmente del daño moral), sucederá en la práctica lo mismo que lo que ha sucedido con el daño moral: terminará cubriendo daños patrimoniales vagos y no cuantificables, salvo que se transforme en una mera expresión de la venganza privada a través de una forma de indemnización punitiva.

Pero, además de esos dos casos que cita expresamente el texto legal comentado, la doctrina menciona otros tipos de indemnizaciones algunos de las cuales conviene señalar porque han jugado o jugarán un papel en las decisiones judiciales, encubiertos bajo alguna de las formas ya mencionadas. Este es el caso de la pérdida de chance u oportunidad, la indemnización punitiva y la indemnización por los daños que son consecuencia de una provocación de la víctima.

363. *La indemnización por pérdida de chance.* Esta indemnización intenta reparar el daño que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad —todavía no era un certidumbre— de obtener una cierta ventaja patrimonial.

A primera vista, la indemnización por pérdida de chance u oportunidad para ser una variante del lucro cesante. Sin embargo, no puede dejar de señalarse las diferencias entre esta situación y la normal en el caso del lucro cesante. Quizá la distinción fundamental consiste en que la pérdida de chance u oportunidad se hace necesaria la intervención de otros elementos que son inciertos, para que la ventaja o ganancia frustrada hubiera sido efectivamente posible.

Un par de ejemplos pueden ilustrar mejor el caso. *Trasus* es propietario de un automóvil que hace trabajar como coche de alquiler, y este automóvil resulta dañado por un choque. Como consecuencia de ello, no sólo pierde el importe de la reparación (*damnum emergens*) sino también la ganancia que debía reportarle el servicio del vehículo durante los días en que estuvo paralizado para que fuera compuesto (*lucrum cessans*). Aquí la ga-

515. *Infra*, N° 402.

nancia frustrada era absolutamente cierta y puede cuantificarse sin problemas porque corresponde a una relación productiva perfectamente verificable.

Imaginemos ahora que *Trasus* no sea propietario de un taxi sino de un caballo de carrera, favorito en un clásico, que no llega al hipódromo porque resulta lesionado al sufrir un accidente el vehículo que lo conducía. *Trasus* pierde no sólo el importe de las curaciones de su caballo sino también la posibilidad de ganar el clásico. Este es un ejemplo frecuentemente citado por la doctrina para ilustrar la pérdida de chance u oportunidad. Aquí no era seguro que ese caballo ganaría el premio; una carrera siempre es un concurso que, por definición, implica resultados inciertos. El propietario del caballo no ha perdido directamente el premio; ha perdido el chance o la oportunidad de participar en la carrera y ganarla.

Notemos que no hay aquí una ganancia cierta que se frustra, como en el caso típico del lucro cesante: lo único que era *cierto e indubitable* era la posibilidad de participar en un evento que quizá podría aportar una ganancia. Estamos, pues, ante una combinación de certidumbre y de incertidumbre en una proporción determinada.

Adriano de CUPIS presenta convincentemente la tesis de que no se trata de un lucro cesante sino de un daño emergente. Citando a PACCHIONI, menciona diversos ejemplos de pérdida de chance u oportunidad: si un jockey al que se la confiado un caballo de carrera para montarlo, no llega a tiempo para tomar parte en la carrera; si un pintor envía un cuadro suyo a un concurso y su obra es dañada o destruida o no es entregada a tiempo por el transportista; si un abogado negligente deja transcurrir el plazo para la apelación de una sentencia y de esta manera el cliente pierde la posibilidad de ganar el juicio en la instancia superior. En todos estos casos, dice, había una posibilidad de victoria y su frustración engendra un daño jurídico. Si bien la victoria es incierta, la posibilidad de alcanzarla era cierta y actual: por consiguiente, el impedimento para hacer uso de esta posibilidad es indemnizable y debe ser considerado como pérdida presente (*damnum emergens*) y no frustración de ganancia (*lucrum cessans*). No cabe duda de que una chance tiene mucho menos valor que una victoria consumada; pero no deja de tener valor y constituye en sí misma un interés jurídicamente protegido [516].

---

516. Adriano de CUPIS: *El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Trad. de la 2a. ed. italiana. Bosch. Barcelona, 1975. N° 38, pp. 318-319.

Loa autores argentinos y la jurisprudencia de ese país han precisado también con mucha claridad ese carácter presente de la pérdida de chance. Alfredo ORGAZ, con singular perspicacia, señala que "esta indemnización es de la chance misma, que el juez apreciará en concreto, y no de la ganancia o pérdida que era objeto de aquélla" [517]. En otras palabras, el daño se refiere a la chance actual (*damnum emergens*) y no a una ganancia futura (*lucrum cessans*) que en este caso resulta todavía hipotética.

Dentro de esta misma línea, el jurista uruguayo Jorge PEIRANO FACIO se pregunta y contesta: "El nudo de la cuestión radica en la consideración de la *chance* en sí misma: ¿posee ésta, o no, independientemente de todo hecho futuro, un valor en sí misma? La respuesta afirmativa se impone: basta considerar algunas situaciones, como la especulación sobre billetes de lotería o sobre cualesquiera derechos aleatorios, para comprender que la *chance* posee un valor en sí misma. Planteada así la cuestión, no existe razón alguna para negar el carácter de daño indemnizable a la pérdida de una *chance*" [518].

Como señala el mismo PEIRANO FACIO en una nota al texto citado [519], este enfoque de la pérdida de chance como daño emergente y actual permite solucionar los difíciles problemas de causalidad que plantearía el hecho de considerarla como un lucro cesante. Si la entendemos como *damno emergente*, la causalidad se encuentra perfectamente establecida: los perjuicios se derivan causalmente del acto dañino, sin necesidad de que intervenga ninguna otra causa extraña para que se produzcan. En cambio, en la pérdida de chance considerada como *lucro cessante*, intervienen otras causas ajenas dado que la ganancia no se encontraba asegurada aun si no hubiera habido el accidente. Por consiguiente, la relación causal entre el acto dañino y el perjuicio aparente afectada y quizá fracturada. Esto no sucede si consideramos que la chance tiene un valor en sí misma y que es ese valor perdido y no la hipotética ganancia no realizada lo que se repara, la relación de causalidad se mantiene dentro de los cauces normales.

Los franceses también consideran que la pérdida de chance es reparable. Los hermanos MAZEAUD y André TUNC convienen en que, al pro-

---

517. Alfredo ORGAZ: *El Daño Resarcible. (Actos Ilícitos)*. 3a ed. Depalma. Buenos Aires, 1967. N° 24, p. 71.

518. Jorge PEIRANO FACIO: *Responsabilidad Extracontractual*. 3a ed. Editorial Temis. Bogotá, 1981. N° 204, pp. 364-365.

519. *Loc. cit.*

pietario de un caballo que no pudo participar en una carrera debido al acto dañino, no se le puede fijar el monto del premio como indemnización, porque nadie puede asegurar que habría ganado. Pero también sería injusto negarle toda indemnización por este concepto porque "El perjuicio (que efectivamente ha sufrido) no es menos incontestable" [520].

Todas estas razones nos llevan a la convicción de que existe fundamento suficiente para que la pérdida de chance sea indemnizada. Pero, tratándose de un hecho presente y no de un lucro cesante referido a una ganancia eventual, el resarcimiento no puede comprender el íntegro de la ganancia a la que aspiraba puesto que ella dependía de otros factores ajenos al daño; en consecuencia, los Tribunales deben otorgar una indemnización razonable, siguiendo su buen criterio y considerando las otras concausas necesarias para producir la ventaja o ganancia [521].

En realidad, un análisis matemático de cálculo de probabilidades podría en muchos casos ayudar a establecer objetivamente el coeficiente que debe aplicarse a la eventual ganancia a fin de establecer la indemnización:el valor de la chance perdida podría estar dado por el monto de la ganancia eventual multiplicado por el porcentaje de probabilidad que tenía la víctima de hacer esa ganancia. Dicho de otra manera, si el premio de una carrera de caballos es de I/. 100,000 y a un determinado caballo se le reconoce un 50 % de probabilidades de ganar, el valor de esa chance es de I/. 50,000. Evidentemente, un cálculo real sólo es posible cuando las posibilidades de ganar son matemáticamente calculables: en una lotería cuyo premio mayor es de I/. 3,000.000 y en la que se han puesto en juego tres millones de boletos, el valor de la chance de un boleto —y la correspondiente indemnización en el caso de que tal boleto fuera destruido— sería de un inti, ya que cada boleto tiene una chance entre tres millones de ganar tres millones. En cambio, si el premio mayor es de sólo I/. 100,000 pero la rifa se realiza exclusivamente entre dos personas, la chance de cada una de ellas valdrá I/. 50,000. Pero cuando la apreciación de la chance no se basa únicamente en el cálculo matemático de las probabilidades sino en elementos de tipo cualitativo (agi-

---

520. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle.* T .I 6ta. ed. Editions Montchrestein. París, 1965. N° 219, p. 278.

521. Pedro Néstor CAZEAUX: *Daño actual, Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance,* en *Temas de Responsabilidad Civil en honor al Dr. Augusto M. Morello.* Librería Editora Platense, La Plata, 1981, pp. 23-29.

lidad de un caballo y su estado físico el día de la carrera o posibilidad de conseguir revocar el fallo en la Corte Suprema si el abogado hubiera interpuesto el recurso de nulidad a tiempo o intervenciones quirúrgicas que se hubieran podido evitar si no se hubiera producido una atención médica negligente o tardía, etc), las matemáticas pueden siempre ayudar a ordenar los elementos a tomar en consideración pero no bastan por sí solas.

364. *La indemnización punitiva.* Esta indemnización es conocida en el derecho anglosajón con el nombre de *exemplar y damages* y aunque no se encuentra contemplada expresamente en nuestro Código, juega en la práctica un papel importante en las decisiones judiciales. Además, el nuevo Código de 1984 sugiere de alguna manera su existencia a través de otra norma.

En principio, la indemnización punitiva consiste en la suma que se ordena pagar al demandado en favor de la víctima, que no se funda en la idea de repara un daño sino en la de castigar a un causante o agente, independientemente del daño producido.

Esta indemnización punitiva o vindicativa o retributiva se presenta cuando, para calcular el monto que debe pagar el demandado al demandante, se atiende antes a la gravedad de la falta que a la naturaleza del daño: si frente a dos daños semejantes, se obliga a uno de los causantes a pagar una indemnización mayor porque tuvo *más culpa*, estamos ante un caso de indemnización punitiva; cuando ante un daño perfectamente valorizado el juez fija una indemnización mayor que el monto del daño porque "la falta era particularmente grave", se trata de una indemnización punitiva. En otras palabras, la indemnización punitiva tiene el carácter de una suerte de pena privada.

Este tipo de indemnización es manifiestamente contrario al espíritu de la teoría moderna de la responsabilidad extracontractual que se basa en la idea de reparación antes que de castigo [522]. Desde este última perspectiva, el daño es un hecho objetivo, que no puede aumentarse ni reducirse en función de un elemento subjetivo, como es la culpa. El dolo más maquiavélico no añade un ápice de perjuicio al daño, de modo que si a pesar de tanto refinamiento doloso el daño es leve, no puede decirse que es grave porque hubo "mucho dolo". De la misma forma, si el daño resulta grave, no puede decirse que es leve porque no hubo mucha culpa del causante: la víctima percibe

522. *Vid. supra*, Nº 9.

su daño de la misma manera, sea que el causante haya obrado con dolo o con culpa y sea que la culpa sea grave o leve [523].

365. *La indemnización punitiva en el Derecho comparado.* En el Derecho comparado, encontramos que los daños punitivos son objetados por juristas de todos los sistemas: aun cuando es verdad que conservan todavía numerosos partidarios.

366. *La indemnización punitiva en Suiza.* El Código suizo de las Obligaciones mantiene el principio de que la indemnización debe ser proporcionada a la culpa, lo que equivale a medir la indemnización en función del castigo al causante antes que en función de la reparación de la víctima.

El artículo 43 de este cuerpo legal prescribe que "El modo y la medida del resarcimiento por el daño causado son determinados por el juez en virtud de una evaluación equitativa de las circunstancias *y de la gravedad de la culpa*".

Esta norma no es consistente con la idea de que la indemnización por daños y perjuicios es fundamentalmente una reparación y no una pena civil. Sin embargo, como veremos más adelante, tal inconsistencia con la moderna concepción de la responsabilidad extracontractual es más coherente con la teoría subjetiva de la culpa como elemento determinante de la responsabilidad.

367. *La indemnización punitiva en Francia.* La posición de los juristas franceses es radicalmente opuesta a la indemnización punitiva.

Los hermanos MAZEAUD y François CHABAS sostienen que las llamadas penas privadas (que benefician a la víctima por encima del monto de sus daños, a costa del causante) son rezagos del "antiguo deseo de venganza que dormita en el fondo del corazón de cada víctima" [524]. Y nos dicen que estas penas privadas son indefendibles [525]. Además, advierten contra la pre-

---

523. Este párrafo está inspirado en un texto de Adriano de CUPIS en el que éste resume la posición que objeta, en *Dei fatti illeciti.* 2a. ed. Nicola Zanichelli, Bologna. Soc. ed. del Foro Italiano, Roma. 1971. N°. p. 119; *vide etiam ipsum auctorem: El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Trad. de la 2a. ed. italiana. Bosch, Barcelona, 1975. N° 37, pp. 302-303.

524. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et contractuelle.* T. III, vol. I. 6ta. ed. Editions Montchrestien. París, 1978. N° 2352, p. 702.

525. *Ibidem,* N° 2357, p. 707 V. *etiam supra,* N° 353.

sencia de una pena privada encubierta bajo la idea de que la gravedad de la falta puede aumentar el monto de la reparación: "Dado que la reparación se mide por el daño, el juez no debe tener en cuenta la culpa del responsable, para evaluar los daños y perjuicios. Esa culpa sólo debe ser tomada en consideración cuando se plantea la cuestión de la responsabilidad. La gravedad o la levedad de su culpa (del causante) no sabrían obligarlo a más ni menos" [526].

Es verdad que estos autores reconocen también que, en la práctica, los jueces afirman este principio sólo para violarlo mejor: dado que son soberanos para evaluar el daño, "bajo el color de evaluar el perjuicio, tiene la tendencia a inflarlo o a restringirlo según la gravedad de la culpa. La víctima de un accidente de automóvil obtendrá, por un daño idéntico, una indemnización más considerable si el chofer no estaba provisto de una licencia de conducir y manejaba rápida y desordenadamente, que si el accidente sucedió a una velocidad normal y el causante fue un chofer que conducía desde hace muchos años sin haber tenido jamás accidentes" [527].

368. *La indemnización punitiva en Italia.* Juristas como Adriano de CUPIS sostienen todavía el carácter punitivo de la indemnización y postulan, aun contra el texto de la ley, que el juez debe tomar en cuenta la gravedad de la falta al momento de fijar la indemnización.

En efecto, de CUPIS afirma que toda indemnización de responsabilidad civil es al mismo tiempo una reparación y una sanción [528]. Ahora bien, reconoce que este carácter sancionatorio, si bien subyace a la idea de indemnización —lo que en nuestra opinión es absolutamente discutible—, no influye en la determinación del *quanti respondeatur* en la responsabilidad extracontractual: no es posible fijar la indemnización atendiendo a la gravedad de la culpa [529].

Sin embargo, es claro que de CUPIS acepta este planteamiento *a fortiore*, únicamente en razón de que el Código italiano no hace distinción

---

526. *Ibidem*, N° 2363, p. 715.

527. *Ibidem*, N° 2365, p. 717.

528. Adriano de CUPIS: *El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Trad. de la 2a. ed. italiana. Bosch. Barcelona, 1975. N° 144, pp. 751-752; *vide etiam ipsum auctorem: Dei fatti illeciti.* 2a. ed. Nicola Zanichelli, Bologna. Soc. ed. del Foro Italiano, Roma. 1971. N° 16, p. 17.

529. Adriano de CUPIS: *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil,* Trad. de la 2a. ed. italiana. Bosch. 1975. N° 144, p. 752.

alguna sobre la indemnización por daño extracontractual en razón de la culpa. Pero esto lo considera una aberración. Para él, si la culpa interviene en el *an respondeatur* (determinación de la responsabilidad), no puede dejar de intervenir en el *quanto respondeatur* (fijación de la correspondiente indemnización). Es por ello que señala que, en todo caso, el legislador ha tomado en cuenta el grado de culpa para fijar la indemnización cuando se trata de responsabilidad contractual al establecer que el que causó el daño con dolo responde por todos los perjuicios que se deriven del incumplimiento, mientras que el que causó el daño contractual por simple culpa sólo responde por los perjuicios previsibles (art. 1225 de Código Civil italiano y art. 1323 del Código Civil peruano de 1936). Al igual que los juristas franceses antes citados, comprueba que, de hecho, los jueces atienden muchas veces a la gravedad de la culpa para fijar el monto de la indemnización. Pero a diferencia de los franceses, de CUPIS considera que esta práctica no es condenable sino loable: "Es incontestable que la equidad tiende a establecer una correlación entre la entidad del daño resarcible y la entidad de la culpa (...) considerándola como una exigencia del sentimiento o, si se quiere, de un postulado de justicia, a lo que hay que añadir que los jueces, de manera espontánea, han tomado en cuenta, y es de esperar que sigan haciéndolo, la entidad de la culpa del autor del daño a los fines del *quantum respondeatur*, obedeciendo a una especie de estímulo anímico..." [530]. Y concluye afirmando que "la influencia de la culpa sobre el contenido del daño está sólidamente fundada en la equidad", por lo que no se puede "por menos convenir, *iure condendo*, en una extensión de tal influencia a la esfera extracontractual" [531]. Pero, como antes se ha dicho, reconoce que "Ello, por descontado, no cambia la situación de *iure condito*": el Código (italiano) no admite una influencia de la culpa del autor en el contenido mismo del daño" [532].

Como comentario a las tesis de este jurista, cabe destacar que, efectivamente, existe una contradicción —frecuente en los Códigos subjetivistas— entre la falta de consideración de la gravedad de la culpa al fijar el monto de la reparación y la teoría subjetiva de la culpa que considera a la responsabilidad extracontractual como una suerte de sanción: si se trata de un castigo, éste debe ser mayor cuando la falta es mayor y menor si ésta es menor. Pero, visto desde la perspectiva de la víctima —que tiene que hacer

530. Adriano de CUPIS: *Op. cit.*, N° 37, p. 303.

531. Adriano de CUPIS: *Op. cit.*, n° 37, p. 311.

532. *loc. cit.*

frente a un daño real, que no puede ser reducido en forma alguna porque ya sucedió y está ahí— resulta muchas veces injusto que se le repare diferentemente según el estado de ánimo del causante en el momento del daño. Por eso, aun la teoría subjetiva de la responsabilidad se ha visto obligada a eliminar esta referencia a la gravedad de la culpa en la fijación del monto de la reparación. Pero con ello resulta inconsecuente con sus propios principios. En cambio, desde la perspectiva que hemos propugnado en este libro, entendiendo la responsabilidad como una forma de reparación (y no de sanción) y la culpa como simplemente uno de los factores de determinación de aquél a quien corresponde reparar, el daño no puede ser evaluado sino por sí mismo, sin tener en cuenta la mayor o menor culpa con que fue cometido.

Por otra parte, también es interesante destacar que, si bien el Código peruano de 1984 todavía reconoce una cierta influencia de la culpa para apreciar el monto del daño en la responsabilidad contractual, esta influencia a su vez ha sido reducida con relación a su antecedente del Código de 1936. En efecto, el Código anterior, al igual que el Código italiano, limitaba la indemnización a sólo los daños previsibles siempre que el incumplimiento se hubiera producido con un grado de culpa inferior al dolo (art. 1323). Esto significa que, aun tratándose de culpa grave, el deudor respondía sólo por los daños previstos o previsibles y no por todos los que se derivasen de su falta de cumplimiento. En cambio, el artículo 1321 del Código actual ha hecho retroceder el umbral de la limitación señalada al incumplimiento por culpa leve; por consiguiente, ahora prácticamente en todos los casos el deudor debe indemnizar todas las consecuencias que se deriven de su incumplimiento, salvo únicamente los casos de falta leve.

369. *La indemnización punitiva en el Derecho anglosajón.* De su lado, el mundo del Derecho anglosajón se encuentra dividido entre quienes consideran todavía necesaria la indemnización punitiva en casos especialísimos y quienes la consideran un anacronismo [533].

El principio general en Inglaterra consiste en que la indemnización es una reparación y no una sanción. Como lo dice el Lord Justice DIPLOCK: "Se reconoce actualmente que la regla básica del *common law* es que la indemnización es otorgada en la vía *civil* como *compensación* por un daño, *no* como un *castigo* por una falta. Castigar al que actúa mal es la función de las

533. Philip S. JAMES y D. J. L. BROWN: *General Principles of the law of Torts*, 4ta. ed. Butterworths. Londres, 1978, p. 422.

Cortes *criminales...*"[534]. Sin embargo, se contempla la posibilidad de una indemnización punitiva en ciertos casos especiales, señalados por Lord DEVLIN en una famosa Ejecutoria: (i) cuando se trata de un daño cometido por funcionarios del Gobierno, actuando opresivamente, arbitrariamente o inconstitucionalmente; (ii) cuando el autor del daño ha obrado calculando que obtendría un provecho mayor que la reparación que tendría que pagar a la víctima y (iii) cuando lo permita una ley expresa.

En Estados Unidos existe una práctica muy variada con relación a este tipo de indemnización. Algunos Estados no la consideran dentro del *commom law* y sólo la aplican si una ley lo ordena. Otros establecen indemnizaciones punitivas de manera muy limitada.

Sin embargo, en un buen número de Estados existe la idea de que esta indemnización puede ser aplicada en ciertos casos especiales en que es preciso hacer sentir la mano de la justicia sobre el causante del daño. Por eso, suelen llamar también a esta indemnización como "el dinero que duele" (*smart money*). Y últimamente los jueces han sido más proclives a conceder este tipo de indemnización en estos casos especiales.

Las situaciones en que la indemnización punitiva es otorgada por un buen número de Cortes norteamericanas son las siguientes: (i) cuando el acto dañino ha sido grave, pero los daños efectivos no alcanzaron una suma importante, por lo que la víctima no habría intentado la acción debido a que hubiera obtenido menos que los costos del juicio; (ii) cuando se trata de sancionar conductas casi criminales, pero que técnicamente escapan del alcance de la ley penal; (iii) cuando se trata de compensar daños que normalmente no son compensables, como los sentimientos heridos o los gastos de abogados que exceden las costas; y (iv) cuando se trata de la única forma de que ciertos grupos de agentes de daño sean intimidados para que suspendan ciertas actividades nocivas, porque más beneficioso le resulta pagar la reparación extracontractual y seguir realizando tales actividades[535].

370. *La indemnización punitiva en el Código Civil peruano.* Nuestro Código no parece aceptar la indemnización punitiva en términos generales por-

534. *Loc. cit.*

535. Edward J. KIONKA: *Torts in a nutshell. Injuries to persons and property.* West Publishing Co. St. Paul, Minn, 1977, p. 371.

que el artículo 1985 señala expresamente el tipo de daños que puede ser considerado para el efecto de establecer el *quantum* de la indemnización, y no incluye la indemnización punitiva entre ellos.

Sin embargo, el Código contiene una regla que en alguna forma implica una consecuencia punitiva: el artículo 1983. En realidad, se trata de una situación peculiar porque no es propiamente una indemnización punitiva desde el punto de vista de quien la recibe (víctima), pero si lo es desde el punto de vista de quien la paga (responsables). En otras palabras, el *quantum respondeatur* no es calculado sobre la base de la idea de un castigo al culpable: la víctima no recibe más que la reparación de todos los conceptos previstos en el artículo 1985. Pero el artículo 1983 reglamenta el caso de la existencia de varios culpables; y para los efectos de la acción recursoria, la regla establece que estos culpables se reparten dicho *quantum* de acuerdo a la gravedad de la falta cometida por cada uno [536].

Como se puede apreciar, esta norma no infringe frontalmente la intención reparativa de la responsabilidad extracontractual moderna: el monto de la indemnización se limita a la suma de la reparación del daño, excluyendo una suma *adicional* como castigo a los culpables; pero el juez establecerá el reparto del monto a pagar entre los culpables siguiendo un criterio punitivo (gravedad de la falta).

Sin embargo, según se ha hecho presente en la parte de este libro antes citada, una disposición de este tipo —que no encaja dentro de la racionalidad de la teoría moderna de la responsabilidad extracontractual— genera difíciles problemas de concordancia cuando concurren responsables subjetivos y responsables objetivos en la producción del daño.

371. *La práctica judicial.* A pesar que ni el código de 1936 ni el Código de 1984 admiten directamente la indemnización punitiva, en el Perú ha sucedido —como en Francia e Italia, de acuerdo a lo antes expuesto— que los jueces regulen las indemnizaciones teniendo en cuenta una intención punitiva encubierta.

Estos casos de indemnización punitiva encubierta se presentan cuando el Juez obliga al demandado a pagar una suma mayor que los daños estable-

536. Hemos hecho ya un comentario de esta norma, *supra.* Parte Segunda, Título VI, Capítulo II, Sección III.

cidos, aduciendo que la falta ha sido particularmente grave; o también cuando se le obliga a pagar daños no sufridos directamente por el demandante sino, en el mejor de los casos, por terceros o por la sociedad toda, atendiendo a las condiciones personales de quien ha resultado muerto o inhabilitado por el accidente.

Don Abel Pereyra fue atropellado por un ómnibus de la Compañía de Servicios Urbanos S. A. una noche de 1951 cuando caminaba por la calle de San Marcelo. Como consecuencia de ello, el señor Pereyra falleció y la viuda doña Lucinda Albarracín de Pereyra, demandó a la propietaria del ómnibus y empleadora del chofer para que le pagara los daños y perjuicios correspondientes. El Fiscal GARCIA ARRESE, al opinar sobre la sentencia de vista, manifiesta que la cantidad fijada por la Corte Superior en S/. 70.000 es prudencial y que no considera justificado reducirla porque "don Abel Pereyra era un hombre de trabajo, que prestó servicios al Banco de Crédito por un lapso de 31 años y meses". Por consiguiente, "dadas sus condiciones personales" y demás circunstancias, la indemnización es proporcionada. La Corte Suprema, sin embargo, reduce la indemnización a S/. 50,000 [537]; aunque lamentablemente no justifica las razones de su reducción, lo que no nos permite saber si acogió las consideraciones del Fiscal basadas en las "condiciones personales" de la víctima o si las rechazó.

Una de las sentencias más notables de indemnización punitiva es la recaida en el juicio seguido por don Lorenzo Noriega y doña Candelaria Arce de Noriega contra Expreso Noroeste S. A. y Empresa de Transportes Cruz de Chalpón. Los demandados son padres del sacerdote Mariano Noriega Arce, quien viajaba en el ómnibus de propiedad de la Empresa Cruz de Chalpón, como pasajero de Lima a Trujillo. Cuando el vehículo pasaba a velocidad a la altura del cementerio de Santa tuvo un grave accidente con otro ómnibus de propiedad de Expreso Noroeste S. A. y como consecuencia del mismo, el sacerdote falleció. La Ejecutoria Suprema de 28 de agosto de 1959 expresamente señala en sus considerandos que, para establecer el monto de la indemnización, "debe apreciarse no sólo la naturaleza del accidente, sino también los títulos de la víctima y su relevante actuación en el ejercicio de su ministerio" [538].

---

537. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1956. N°. 147, pp. 438-440.

538. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Setiembre de 1958. N° 176, pp. 990-991.

El 22 de octubre de 1961, a la altura del km. 16 de la carretera entre Puno y Chucuito, se volcó una camioneta conducida por don Víctor Zaga García debido a una mala maniobra de este piloto. En este accidente resultó herido de gravedad y falleció pocas horas después, el doctor Aquiles Monroy Gutiérrez. El Fiscal ESPARZA opina en su dictamen que la reparación debe tener en cuenta que "el extinto agraviado, doctor Aquiles Monroy Gutiérrez, era una persona importante en el campo de la Educación Nacional y jefe de una honorable familia"; y la Ejecutoria Suprema de 21 de julio de 1965 señala en sus Considerandos que "la víctima era profesional, casado y con seis hijos, por lo que la reparación civil debe estar de acuerdo con estas condiciones personales y debe aumentarse proporcionalmente su cuantía" [539]. Nótese que, si bien la circunstancia de ser casado con seis hijos puede estar en relación objetiva con el daño (hay más personas que quedan desamparadas), no parece suceder lo mismo con el hecho de ser una persona importante en el campo de la Educación Nacional: en sentido estricto, este argumento acredita una pérdida para la Nación de una persona socialmente tan útil, pero no agrava la pérdida que han sufrido sus hijos.

El 27 de octubre de 1962 se produjo un trágico accidente aéreo en los cerros vecinos a Lima de un avión de la Compañía Varig, donde fallecieron varios ilustres peruanos. Doña Christiane Kuhn de Philippon demandó a la Compañía de Aviación por la muerte de su esposo, dado que se había acreditado que el accidente obedeció a impericia del piloto. El Fiscal PONCE SOBREVILLA, para estimar el monto de la indemnización, toma en consideración que "el ingeniero Luis Marcial Philippon, en la época de su trágico fallecimiento, desempeñaba el cargo de Jefe de la Dirección de Planeamiento del ex-Instituto de la Vivienda, percibiendo un haber de 16 mil soles mensuales y en momentos en que desempeñaba sus funciones con óptima eficiencia, representando con brillantez a la institución donde trabajaba, en certámenes internacionales". El Fiscal opina que estos hechos configuran un daño normal que debe ser indemnizado. La Corte Suprema, por resolución de 26 de abril de 1967 no acoge el pedido del Fiscal de elevar el monto indemnizatorio a S/. 350,000, pero otorga a la demandante un aumento hasta S/. 300,000; aunque no se sabe si ello obedece a las razones del Fiscal, que pudieran haber sido aceptadas como principio pero discutidas en cuanto al monto. Sin embargo, es fácil apreciar en el planteamiento del Fiscal que, bajo el pretexto del daño moral, se están confundiendo daños sufri-

539. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1965. N° 260, pp. 1104-1105.

dos directamente por la esposa (la pérdida de un buen marido) y daños sufridos por la institución en la que la víctima trabajaba.

Una Ejecutoria en la que directamente se plantea el carácter punitivo de la indemnización es la recaida, con fecha 2 de julio de 1973, *in Re* Alfonso Ibáñez González contra Genaro Ferrigno. Una vez más, dado que se trata de una Ejecutoria posterior a la ley que elimina las vistas fiscales, no nos es posible conocer los hechos del caso porque la Corte Suprema —por razones que desconocemos— no los resume en su sentencia. Sin embargo, es muy importante la declaración de uno de los dos Considerandos en el que se dice que "para la graduación del monto indemnizatorio es preciso tenerse (sic) en cuenta que, actos de la naturaleza del que ha originado la acción, atentan contra la seguridad de las personas y contra la tranquilidad y la paz social" [540].

372. *Mecanismos de introducción de la idea de castigo.* Examinemos los mecanismos utilizados por los jueces, según aparece de las sentencias reseñadas, para introducir una idea de castigo dentro de un juicio por indemnización de daños y perjuicios.

La idea de castigo, movida por ese sentimiento de venganza que muchas veces alienta al demandante y que los jueces hacen inconscientemente suyo, se oculta detrás de consideraciones aparentemente altruistas y sociales: la reparación toma en cuenta no sólo el daño efectivo sino también las grandes cualidades de la víctima o el servicio que ésta prestaba a la sociedad.

Por ejemplo, dentro de esta situación se encuentran los alegatos de parte y las consideraciones judiciales tales como que es preciso otorgar una mayor indemnización al pariente del fallecido en un atropello o un accidente de aviación porque la víctima era una persona importante y particularmente útil a la comunidad: casos en que la víctima era un político connotado que ocupaba un alto cargo público o en que se trataba de un sacerdote o persona con alguna otra profesión benéfica "cuya función es especialmente útil para la sociedad".

En realidad, si no nos situamos estrictamente dentro de la lógica de la reparación, en estas situaciones cabe preguntarse cual es la razón de otorgar al pariente de la víctima una indemnización por lo que parecen haber sido daños sufridos por la sociedad en general y no por ese pariente en particu-

---

540. *Revista de Jurisprudencia Peruana,* Julio de 1973. N° 534, pp. 844-845.

lar. Si la sociedad ha perdido con esa muerte, dentro de un estricto razonamiento reparativo es la sociedad quien debería demandar por la parte de daño en que a ella le afecta el accidente. Por consiguiente, al ser utilizado este argumento por el pariente de la víctima, en realidad no es un criterio reparativo que está funcionando sino un motivo vindicativo. Lo que está intentando ese pariente es que su venganza personal sea asumida por la sociedad a través del Poder Judicial. Y para ello pretende convencer al juez de que la sociedad también tiene algo que reclamar al demandante; sin embargo, la mayor indemnización que se le imponga al causante por este hecho —es decir, la pena— no será en beneficio de la sociedad sino de ese pariente individualmente considerado.

De otro lado, es evidente que el hecho de que el acto dañino, por ejemplo, haya constituido además un atentado contra la tranquilidad y la paz social, no puede dar origen a un crédito adicional en favor de la víctima: si un interés social resulta además afectado, cualquier indemnización adicional o multa por ese concepto tendría que beneficiar a la sociedad y ser percibida por sus órganos representativos; pero esto último ya no corresponde al Derecho Civil ni a la naturaleza del juicio por daños y perjuicios.

373. *Nuestra opinión sobre la indemnización punitiva.* En los accidentes rutinarios, donde prima el aspecto reparativo de la indemnización, las consideraciones punitivas resultan una incongruencia. Por eso, somos absolutamente contrarios a incorporar indemnizaciones punitivas en el campo de los accidentes.

Sin embargo, cuando el daño se produce fuera del marco del accidente ordinario, la indemnización punitiva puede adquirir un cierto sentido. Este es el caso de los actos propiamente ilícitos, i.e., ya sea aquellos causados con dolo o culpa inexcusable, ya sea aquellos en los que no se dan las condiciones de un accidente anónimo (difamación y calumnia o contaminación ambiental no accidental, por ejemplo).

Como lo hemos señalado anteriormente, con relación a los accidentes rutinarios la tendencia moderna persigue lograr mayor satisfacción de la víctima con el menor costo del causante, este objetivo se realiza a través de una distribución social de los daños con la ayuda del mecanismo de los precios y de los sistemas de seguro. En cambio, en lo que se refiere al dolo y a la culpa inexcusable, existe coincidencia en que se cargue la responsabilidad íntegramente al causante debido a la gravedad de su falta. Esta "voluntad de

castigo" se funda en la necesidad de desalentar las conductas generadoras de daños que se encuentran bajo el control de la voluntad del causante (claramente el dolo y también la culpa inexcusable ya que en los accidentes rutinarios la participación de la voluntad del causante es muy lejana o nula y, consecuentemente, tiene poco sentido intentar evitarlos de esa manera). Esto significa que el "castigo" se impone no tanto por castigar sino para intimidar a los futuros causantes de daño (*deterrence*).

La misma razón de intimidación puede ser válida en los casos de difamación. En Estados Unidos donde, como país con gran cultura cívica, los casos de difamación a través de medios masivos de comunicación (*libel*) son exitosamente ventilados por la vía judicial, ha sido necesario precisar los alcances de la indemnización punitiva para este tipo de daños. De un lado, los Tribunales norteamericanos comprendieron que era necesario ir más allá de la mera compensación de los daños efectivos porque éstos eran muy difíciles de probar, y lo que se quería era desalentar estas conductas difamatorias de los medios de comunicación masiva, cosa que no se lograría imponiendo al causante la obligación de pagar únicamente los exiguos daños probados. De otro lado, la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció *in Re* Gertz y Robert Welch, Inc. [541] que la imposición de estos daños punitivos en las acciones por libelo engendraba una cierta tensión con la libertad de expresión. Debido a ello, diseñó un criterio que permitiera distinguir entre aquello que era parte de la libertad de prensa y aquello que constituía un daño a una persona en su reputación; y este criterio fue considerar que lo excedía de la libertad de prensa y causaba un daño resarcible era la difamación "con malicia", entendiendo con este concepto no tanto una intención de dañar en particular una persona determinada sino la manifiesta falta de relación entre lo dicho y la verdad de los hechos. Este criterio puede ser bueno o malo; pero lo que interesa ahora es ilustrar un caso típico en el que la simple reparación no parecía suficiente y se hacía necesario imponer daños punitivos [542].

En todos estos casos, todavía no queda clara la razón por la que el importe de ese "castigo" o "multa", superior al monto de la reparación del

---

541. *Gertz v. Robert Welch. Inc.*, 418 U. S. 323 (1974).

542. El Proyecto de la Comisión Reformadora proponía como criterios tanto la manifiesta discrepancia entre la información y los hechos como, aun en los casos en que la información fuera verdadera que no pudiera demostrarse de manera razonable la necesidad de divulgar públicamente el aspecto infamante. *Vid supra*, N° 311.

daño, tiene que ir al demandante y no a una caja fiscal. El interés violado, en razón del cual se impone la multa civil, no es privado sino público, por consiguiente el importe de esas multas debería orientarse a una institución que represente a su vez intereses públicos. No hay razón alguna para que beneficie a unas víctimas cuyos daños se encuentran satisfechos con sumas menores. Sin embargo, este tipo de consideraciones —aun cuando son insoslayables al tratar esta problemática— obligan a repensar íntegramente la naturaleza del juicio de responsabilidad civil porque implicarían la posibilidad de que el juez civil asuma funciones administrativas e imponga multas en favor de quien no es parte en dicho juicio.

Los casos que parecen más justificados de indemnización punitiva son aquellos en los que la indemnización no es propiamente punitiva sino reparatoria, pero que ante la falta de elementos de prueba del daño, podría haber quedado sin resarcimiento. Este es el caso muchas veces de la llamada responsabilidad moral que, como veremos en el Capítulo siguiente, es en gran parte un daño patrimonial que no puede ser cuantificado; la indemnización punitiva puede cubrir este vacío del sistema jurídico y otorgar una compensación a este tipo de víctimas. Sin embargo, dado que el Código Civil peruano incorpora la idea del daño moral, esta figura puede perfectamente ser utilizada con un sentido patrimonial impreciso y hacer innecesaria la indemnización punitiva.

374. *Daños de escarnio.* El Derecho inglés contempla una indemnización especial por "daños de insolencia" (*contemptous damages*), también llamados daños de escarnio o irrisión (*derisory damages*) [543].

En realidad, no se trata propiamente de un tipo de indemnización sino de una causa de reducción de la indemnización. Esta figura se presenta en el derecho inglés cuando, a pesar de que al demandante le correspondería recibir una indemnización que compense íntegramente sus daños (principio de reparación integral), el juez decide reducirla porque su reclamación es de alguna manera injustificada debido a que la propia víctima, con sus actos insolentes, provocó que le infirieran los daños.

Lo veremos más claro con un ejemplo: *Trasus* demanda una indemnización a *Petronio* por los daños que éste último le ha producido por el he-

543. Philip S. JAMES y D. L. J. BROWN: *General Principles of the Law of Torts.* 4ta. ed. Butterworths. Londres, 1978, p. 420.

cho de haberle propinado una paliza; pero *Petronius* prueba que *Trasus* provocó la situación haciendo pública mofa de su manera de vestir hasta llegar a irritarlo. En este caso, de acuerdo al Derecho inglés, el juez puede reducir o suprimir la indemnización por daño moral y por lucro cesante (mas propiamente, los *general damages*) que le hubiera correspondido a *Trasus*; sin perjuicio de ordenar que *Petronius* le pague a *Traso* el íntegro de su daño emergente (*special damages*).

Hemos visto anteriormente [544] que los Tribunales peruanos han considerado el escarnio como una agresión, cuando se ha tratado de una provocación grave; y han negado indemnización a quien sufrió los daños físicos como respuesta a tal escarnio, aplicando la teoría de la legítima defensa. En aquellos otros casos donde el escarnio no revistiera un carácter tan grave y donde, por tanto, resultaría difícil hablar de una agresión que justifique la legítima defensa por la vía de los hechos, la situación podría ser considerada desde la perspectiva de la imprudencia de la víctima: de alguna forma, con sus actos ha contribuido a que se produzca el daño. En consecuencia, en tal hipótesis, se aplicaría el artículo 1973 y se lograría una reducción de la indemnización similar a la establecida por las Cortes inglesas a través del instituto de los *contemptous damages*.

375. *Indemnización por daños nominales.* Un tipo especial de indemnización que forma parte de la práctica de algunos sistemas jurídicos es el de los daños nominales. Sin embargo, pensamos que, aunque se trata de una indemnización material, procede tratarla más bien al hablar de los daños extrapatrimoniales en razón de su naturaleza [545].

Sección III: Formas y condiciones de la reparación

376. *Indemnización in natura o in pecunia numerata.* Un aspecto extraordinariamente importante es el que se refiere a la forma de pagar la indemnización. El Proyecto de la Comisión Reformadora contemplaba la posibilidad del pago *in natura*, ya sea mediante la reparación de la cosa dañada o la entrega de una cosa similar cuando la reparación fuera imposible. Esta norma fue suprimida por la Comisión Revisora.

---

544. *Supra*, N° 99.

545. *Infra*, N° 409.

En realidad, la indemnización en especie es la más perfecta cuando se trata del daño a una cosa, ya que cumple a cabalidad el principio de la *restitutionis in integrum*. Es por ello que el Código alemán la establece como la forma prioritaria de indemnizar (art. 249); sólo cuando ella no es posible (art. 250) o cuando resulta excesivamente onerosa (art. 251), el BGB autoriza el pago en dinero. El Código austríaco señala también que el responsable tiene que establecer la situación anterior al daño o, si esto no es posible, indemnizar el valor (art. 1323). El Código soviético sigue un criterio similar (art. 410). El Código húngaro de 1960 legisla en el mismo sentido (art. 356), aunque el inciso 1° del artículo 357 podría dar la impresión de que la indemnización en dinero es la regla y la indemnización *in natura* es la excepción. El Código portugués de 1966, dentro de la misma línea, prescribe que la indemnización es fijada en dinero "siempre que la reconstitución natural no sea posible" (arts. 562 y 566).

Sin embargo, a pesar de su mayor plenitud reparativa, la indemnización en especie presenta indudablemente numerosos problemas prácticos. Piénsese simplemente en las dificultades para reponer de manera equitativa una cosa usada que ha sido inutilizada por el daño: o se repone con una cosa nueva (lo que enriquecería indebidamente a la víctima) o se busca una cosa con desgaste equivalente (lo que es bastante subjetivo).

Es por ello que algunos Códigos han invertido el orden de importancia y disponen que los daños se reparan fundamentalmente en dinero y sólo si es posible, en especie. Este es el caso del Código etíope (arts. 2090 y 2119); también el Código egipcio (art. 171); asimismo el Código griego (art. 297).

Un tercer grupo está formado por los códigos que han preferido dejar la opción en manos de la propia víctima. Así, el Código italiano contempla la restitución *in natura* sólo como una posibilidad, a consideración de la víctima: la víctima puede solicitar el reintegro in natura en todo o en parte, según sea posible; pero a su vez el juez puede ordenar que el reintegro se limite al equivalente en dinero, cuando el pago en la especie resulte excesivamente oneroso para el deudor (art. 2058). Igual tratamiento le otorga al problema el Código boliviano de 1975 (art. 994), el Código mexicano (art. 1915) y el Código polaco (art. 363). Argentina, a la que VELEZ SARSFIELD la había colocado manifiestamente dentro del grupo de los países con Códigos que optan por la indemnización pecuniaria (texto del antiguo artículo 1083), tuvo un gran período de gran hesitación doctrinal. Grandes debates y diferentes propuestas de modificación del código tuvie-

ron lugar en las últimas décadas, en los que intervinieron, con posiciones decididamente antagónicas, juristas de la talla de Alfredo ORGAZ, Sebastián SOLER, Juan Antonio BIBILONI, Jorge Joaquín LLAMBIAS y otros. Finalmente, por ley N° 17,711 fue modificado el artículo 1083 del Código y su nueva redacción asume la posición de que uno y otro tipo de reparación constituyen opciones de la víctima [546].

Por último, otras legislaciones no mencionan el problema. Así, el Código Civil español no dice nada al respecto pero, después de alguna vacilación la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por la preferencia de la reparación específica o *restitutionis in natura* sobre la indemnización pecuniaria [547], i.e., asimilándose al primer grupo de Códigos que hemos mencionado. El *Code Napoleón* tampoco se pronuncia sobre el particular, pero en Francia este silencio legislativo ha sido comprendido como un derecho de la víctima para exigir la reparación en especie (como el tercer grupo de Códigos). Dicen los hermanos MAZEAUD: "El principio es evidente. Importa poco que no haya sido enunciado por el Código en una fórmula general" [548].

377. *La forma de la indemnización en el Código Civil peruano: la posición de la Comisión Reformadora.* El Proyecto de la Comisión Reformadora, redactado por el autor de este libro, asumió la posición del tercer grupo de Códigos: se facultaba al demandante para solicitar la reparación o restitución de la especie dañada, como una alternativa opcional a la indemnización pecuniaria; pero, si la víctima ejercitaba tal opción, el juez podía ordenar que el pago se realizara en dinero cuando la restitución o reparación de la especie dañada era imposible o cuando resultaba demasiado onerosa para el deudor porque el dueño (la víctima) había descuidado su conservación después del daño (art. 2044).

En la exposición de Motivos del Proyecto se aclaraba además que la imposibilidad de restitución podía ser física o económica. Por ejemplo, el propietario de una embarcación de pesca hundida en la colisión con otro

---

546. Luis MOISSET de ESPANES: *Forma de reparación (Estudios de Derecho Comparado y Argentino)* en *Temas de responsabilidad civil, en honor al Dr. Augusto M. Morello.* Librería Editora Platense S. R. L. La Plata, 1981, pp. 148-162.

547. Jaime SANTOS BRIZ: La *Responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal.* 4ta ed. Editorial Montecorvo. Madrid, 1986, pp. 300-301, 305-307, 351.

548. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle. T. III. vol. I. 6ta. ed. Editions Montchrestien. París, 1978, N° 2304, p. 616.

barco no podía exigir que se extrajera del fondo marino su propia embarcación y se la reparaba a cualquier costo, si es que una embarcación de características similares tenía un precio de mercado inferior al costo de salvataje de aquélla que sufrió el daño. En ese caso no habría imposibilidad física para cumplir con la *restitutione in natura* de la embarcación específica, porque los adelantos tecnológicos permiten tal operación de salvataje; pero las leyes económicas pueden ser a veces tan exigentes como las leyes físicas — y quizá a veces más que las jurídicas— y resulta claro que constituye un imposible económico gastar en reparar más allá de lo necesario para conseguir en el mercado un bien similar al perdido. (Evidentemente, este razonamiento no se aplica a los bienes que, por su propia naturaleza o por la relación particular con su propietario, tienen carácter de únicos para éste; en tal caso puede que sea razonable exigir la reparación del bien dañado, cualquiera que fuere su costo).

La idea era, pues, permitir la restitución *in natura*, pero evitar las posibilidades de abuso de derecho que ello hubiera podido conllevar.

378. *La forma de la indemnización en el Código Civil peruano: la versión final.* La versión definitiva del Código suprimió la referencia a la indemnización en especie por razones que desconocemos.

¿Significa tal decisión legislativa que no es posible ya exigir el pago a través de la reparación de la cosa dañada?

Pensamos que no. Creemos que es posible entender que, dentro del mismo espíritu de la doctrina francesa, la supresión pudo haberse debido simplemente a que se creyó innecesaria la aclaración respecto de las modalidades de la reparación: el derecho de la víctima a exigir una indemnización en especie es evidente.

Es verdad que el hecho de que la última frase del artículo 1985 se refiera al "monto" de la indemnización y establezca que devenga intereses, pareciera abonar la tesis de que ésta es siempre en dinero. Sin embargo, podría decirse también que esa última parte de la regla es aplicable sólo cuando la indemnización es en dinero, pero que ello no es óbice para que también pueda establecerse la indemnización en especie. En última instancia, será la jurisprudencia futura la que decidirá lo que debe entenderse por indemnización dentro del sistema peruano de responsabilidad extracontractual, teniendo exclusivamente en cuenta las posibilidades literales de la norma y la intención del juzgador frente al caso concreto.

379. *Derecho y obligación de la reparación en especie.* Si admitimos la interpretación francesa del silencio del Código y llegamos a la conclusión de que la reparación en especie es procedente, es preciso formular varias aclaraciones.

De un lado, la reparación *in natura* es un derecho y no una obligación de la víctima, i.e., la víctima no tiene necesariamente que pedir primero la reparación en especie y sólo si ésta no es posible exigir la reparación en dinero. La víctima puede escoger el tipo de reparación que más convenga, según el caso, para borrar (en la mayor medida posible) los efectos del daño.

De otro lado, sin embargo, si el responsable ofrece reparar en especie, la víctima no puede negarse a aceptar; porque, ¿qué más puede pretender la víctima que la restitución de las cosas a su estado original? Claro está que esta obligación de aceptar tiene ciertas excepciones: la víctima puede rechazar tal reparación en especie cuando existen motivos razonables para desconfiar que efectivamente producirá la restitución esperada. Por ejemplo, una persona atropellada puede rechazar que el responsable la conduzca a una determinada clínica porque piensa que ahí que no será bien atendida; o aquel que ha sufrido daños en su vehículo puede negarse a que el responsable lo repare en un determinado taller porque no confía en la seriedad y pericia de esos mecánicos. En esos casos, la víctima tampoco puede exigir ser llevada a la clínica más cara, para ser operada por el médico de moda; o pedir que su vehículo sea reparado en un taller cuyos precios están conocidamente fuera de mercado. En consecuencia, en casos de discrepancia, se debe ordenar una indemnización en dinero, que la víctima podrá usar como mejor le parezca en la tarea específica de la reparación del daño físico [549].

A su vez, el juez tiene una libertad restringida en este campo.

Si el demandante solicita una reparación en especie, no puede ordenar una indemnización en dinero; porque es un derecho de la víctima exigir tal tipo de reparación. Sin embargo, el juez debe evitar que ese derecho se ejercite abusivamente y debería sustituirla por una reparación en dinero tanto en los casos en que la reparación *in natura* resulta ya físicamente imposible, como también en aquellos casos en que atente contra toda lógica económica (imposibilidad económica). Además, hay en casos en los que la libertad hu-

549. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.* Nos 2305-2306, p. 621.

mana está de por medio y no es posible llegar a una reparación *in natura* sin violentarla gravemente: si se trata de una reparación que tiene que ser prestada personalmente y el responsable se niega a hacerlo, no hay medio de imponerla; sólo queda obligarlo al pago de una indemnización pecuniaria.

Si el demandante en cambio solicita una reparación en dinero, el juez puede otorgarle una indemnización en especie si lo estima mejor para reparar el daño.

¿Puede pensarse que todo esto —otorgar una indemnización en especie cuando el demandante la solicita en dinero u otorgar una indemnización en dinero cuando el demandante la solicita en especie— implica atribuirle al juez facultades para sentenciar de manera distinta a lo solicitado por el demandante? Los hermanos MAZEAUD y François CHABAS no lo creen así. Dado que el juez goza de un poder de discreción muy amplio en materia de responsabilidad civil (contractual y extracontractual) para establecer la modalidad de la reparación, puede también ordenar la reparación *in natura* aunque se hubiera pedido en dinero: "No está resolviendo en este caso ni *ultra* ni *extra* petita: no repara un perjuicio mayor que aquél que ha sido materia de la demanda de la víctima, simplemente, lo repara de manera distinta a como le fue pedido" [550].

380. *Reparación y restitución.* En todo caso, aun cuando se concluya que el artículo 1985 sólo permite la indemnización en dinero o que la reparación procedente en un determinado caso es la pecuniaria, cabe tener en cuenta que ello no constituye una forma de quedarse con los bienes de otro, pagando una indemnización. Aceptar eso equivaldría a instaurar una suerte de venta forzosa o expropiación privada.

Un ejemplo puede mostrar más claramente lo que pretendemos decir. Si un ladrón roba un objeto, no puede limitarse a pagar su valor en dinero y hacer suyo el objeto. Porque es preciso distinguir de una manera muy precisa entre el daño que da origen a una indemnización y la devolución de lo que pertenece a la víctima.

Aquel que ha sido robado, ha sufrido un daño por la desposesión temporal del objeto y es ese daño el que se le indemniza; sin perjuicio de que el ladrón le devuelva además el objeto. Solamente en el caso de que el objeto

---

550. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.* N° 2306, p. 622.

hubiera sido destruido o extraviado y la devolución resulte imposible es que el valor de tal objeto será considerado también como parte de la indemnización que el ladrón debe pagar a la víctima del robo. Sin perjuicio, claro está, que además de la restitución se pueda fijar una reparación: pero ésta no constituye el valor del objeto sino la estimación del daño que ha podido causar a su dueño el hecho de que no lo haya tenido en su poder durante ese tiempo o de los menoscabos y deterioros que pudiera haber sufrido en manos del ladrón.

381. *La indemnización como renta.* En materia de indemnización pecuniaria, existe una modalidad que ha sido contemplada en otras legislaciones y respecto de la cual la nuestra tampoco se pronuncia: el pago de una renta. Notemos que, con relación a ciertos daños, la renta parecería ser la forma más razonable y equitativa de reparación: por ejemplo, cuando una persona ha quedado incapacitada para el trabajo (o para ciertos tipos o ciertas intensidades de trabajo) a causa de un accidente.

El artículo 2057 del Código Civil italiano prevé la posibilidad de que el juez establezca la indemnización bajo la forma del pago de una renta por el responsable cuando sus hechos han causado un daño personal de carácter permanente. El Código alemán en su artículo 843 da preferencia en este caso a la renta sobre el pago de un capital indemnizatorio, facultando este último sólo cuando existe una razón importante. El Código suizo de las Obligaciones no hace obligatoria la renta como forma de indemnización sino que la contempla como una posibilidad dentro del poder discrecional del juez. En estos casos, las legislaciones facultan también al juez para obligar al deudor a constituir garantías sólidas que cautelen el pago de la renta en el futuro.

Nuestro Código, al igual que el *Code Napoleón,* no menciona la renta ni faculta al juez para exigir garantías; por ello, puede ser interesante revisar la doctrina y la jurisprudencia francesa al respecto, dada la similitud de situación con la nuestra.

En Francia se ha considerado que, ante el silencio de la ley, tanto el establecimiento de un capital como fijación de una renta son formas válidas de indemnización. La opción entre una y otra es una facultad del demandante, pero el juez también puede establecerse sin necesidad de pedido que la indemnización asuma la forma de renta. En términos generales, "el juez tiene la más amplia libertad para decidir entre todos los equivalentes pecunia-

rios, como es libre de escoger entre todos los equivalentes; sólo está sujeto imperativamente a fijar una indemnización particular cuando se trata de la reparación en especie si ésta es posible y ha sido reclamada u ofertada" [551].

Como señalan PLANIOL y RIPERT, es dudoso que los Tribunales puedan obligar al deudor a constituir una garantía. Pero sí pueden ordenar que se compre a costa del demandado un título que produzca rentas, respecto del cual puede establecerse que la nuda propiedad corresponda al autor del daño y el usufructo a la víctima; o también entregar directamente la propiedad de tal título a la víctima. En otros casos, los Tribunales franceses han ordenado que el responsable del daño coloque un capital en una Compañía de Seguros o en una institución financiera, cuyas rentas serán percibidas por la víctima [552].

En nuestro país, atendiendo al fenómeno de la inflación que puede corroer todo capital y toda renta, los jueces deben ser muy cautos cuando se enfrentan a situaciones que exigen este tipo de remedios.

Es evidente que la renta fijada en un determinado momento puede convertirse en nada con el transcurso del tiempo. Por otra parte, otorgar una indemnización a la víctima por un monto equivalente al capital necesario para producir tal renta, parece más razonable: la propia víctima se encargará de colocar ese capital de manera que la renta obtenida conserve su valor. Pero también es verdad que el establecimiento de una indemnización de este tipo puede llevar a la ruina al responsable: en vez de que pague una cantidad mensual en la misma medida en que la víctima siente la falta, se le exige abonar desde el primer momento una suma significativa destinada a producir renta durante muchos años. Por otra parte, bien puede suceder que ese responsable no tenga fondos suficientes para pagar tal indemnización-capital; en cambio, sí le sería posible pagar una renta periódica. Sin embargo, de esta manera regresamos al problema de la inflación y al efecto frustrante para la víctima del aumento del costo de la vida.

Incluso en Francia, con una inflación bastante menor que la ocurrida en los últimos años en el Perú, ha existido una marcada preocupación al res-

---

551. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.* N° 2329, p. 654: *vide etiam*, respecto específicamente de la renta, *op. cit.*, N° 2328, p. 646.

552. Marcel PLANIOL y Georges RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Français*. T. VI *Obligations*. Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence. París, 1930. N° 682, pp. 922-3 y N° 690, p. 933.

pecto. Y ello ha llevado a los Tribunales a establecer una suerte de "rentas flotantes" que se modifican de acuerdo al costo de vida. Esta solución, a la que la Corte de Casación se resistió durante mucho tiempo, ha terminado por imponerse. Y coinciden con ella los juristas, como los MAZEAUD y CHABAS [553].

Esta solución no es imposible en el Perú y los jueces tiene un camino abierto para adoptarla.

En primer lugar, es preciso recurrir a los principios generales de la responsabilidad extracontractual, según los cuales tiene que indemnizarse el *integrum* del daño. Este principio no se cumpliría si, a medida que transcurre el tiempo, la víctima comprueba que la reparación va quedando postergada con relación al daño continuado que sigue sufriendo como consecuencia del accidente. En segundo lugar, es posible recurrir a las reglas generales contenidas en el propio Código para las obligaciones. Es así como encontramos que el artículo 1235 establece que las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraida en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva, a otras monedas o a mercancías, para mantener el valor constante de la obligación. Parecería que no existe inconveniente alguno para aplicar esta norma, por analogía, a las obligaciones que no se derivan de pacto entre partes privadas sino de una sentencia judicial; el juez puede aplicar la misma técnica a la indemnización extracontractual a fin de salvar el principio de la *restitutionis in integrum*. No vemos la razón por la que un comerciante puede establecer una referencia de su crédito a un criterio constante y, en cambio, una víctima de un accidente de tránsito que le ha ocasionado una parálisis total, no pueda beneficiarse con el mismo procedimiento: en ambos casos, hay una necesidad de mantener el valor de la obligación más allá de las vicisitudes de la macroeconomía; y, quizá, en el caso del accidentado esta necesidad tiene un carácter aún más apremiante.

382. *El momento de la evaluación de los daños.* Si se trata de indemnización pecuniaria, ¿cuál es la fecha que se adopta para establecer el monto de la equivalencia en dinero?

En realidad, cuando el daño es instantáneo y la economía estable, el problema no existe. La dificultad se presenta cuando el daño se modifica

553. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, Nº 2328, pp. 646-653.

con el transcurso del tiempo, sea por circunstancias intrínsecas al propio daño o por circunstancias extrínsecas pero no por ello menos graves para la víctima.

Estamos ante un daño que se modifica por circunstancias intrínsecas cuando sus consecuencias se agravan paulatinamente: la persona que, a raíz de un accidente, tiene cada día más dificultad para caminar hasta que, muy probablemente, con el paso de los años, quedará paralítica de manera definitiva. En cambio, el daño se modifica por circunstancias extrínsecas cuando aunque el daño en sí no varía, se produce una modificación de la relación económica entre daño y dinero: el daño fue instantáneo pero, entre la fecha en que se produjo y la fecha de la sentencia, ha habido una inflación de 1000% por lo que la equivalencia dineraria de la época de su comisión no tiene ninguna significación económica cuando el juez tiene que resolver.

En estos casos, hay hasta cuatro fechas que pueden tomarse como base para fijar la reparación de los daños: el día en que el daño fue causado, el día en que se interpuso la demanda,el día en que se pronunció la sentencia y el día del pago. Además, puede tomarse una fecha adicional que es la de la determinación del monto indemnizatorio cuando ésta no se produce en la sentencia sino en ejecución de ella.

Imaginemos una persona que es atropellada en 1987, tiene complicaciones como consecuencia del atropello que recién aparecen en 1988, demanda una indemnización en 1989, mientras se tramita el juicio su situación de salud se agrava, la sentencia queda ejecutoriada en 1993, se nombra peritos y, en ejecución de sentencia, se establece el monto de los daños y la indemnización a pagar recién en 1994, y finalmente el pago, después de embargos y remates, se verifica efectivamente en 1997. ¿Qué fecha debemos tomar en cuenta para establecer el monto de los daños: 1987, 1988, 1989, 1993, 1994 ó 1997? En cada oportunidad, ese monto ha variado, ya sea porque era posible conocer mayores consecuencias dañinas derivadas del accidente, ya sea porque las cosas valen diferente y el monto que era adecuado para compensar esos daños en una fecha determinada ya no lo es unos años más tarde.

Desde ya podemos descartar la fecha del pago o, en general, cualquiera posterior a aquélla en que quedó fijada definitivamente la indemnización (ya sea la sentencia, ya sea en ejecución de ella). Las variaciones en los da-

ños que sucedan después, quedan al margen del procedimiento: sin perjuicio de que puedan ser exigibles en otro juicio posterior, como veremos al tratar de la revisión del daño. Pero aún quedan varias fechas posibles. ¿Cómo escoger racionalmente entre ellas?

383. *Modificación intrínseca.* El primer caso —alteración del daño por razones intrínsecas— parece más fácil de resolver.

El principio general de la indemnización es la *restitutio in integrum*; por lo que si posteriormente a la fecha de comisión del daño pero antes de la sentencia aparecieran nuevos efectos dañinos, éstos deben ser incluidos en la apreciación del juez al momento de sentenciar.

Todo lo que sucede en este caso es que, gracias al paso del tiempo, el juez tiene un panorama mucho más claro y más completo de la magnitud del daño. Notemos que estos efectos recientemente advertidos pueden ser actuales o futuros. Podría suceder que inicialmente no se advirtió que el daño era tan grave que acarrearía la parálisis progresiva del accidentado. Puede ser incluso que al momento de sentenciar, ésta todavía no se ha producido en forma total. Pero la diferencia con la situación inicial consiste en que ahora el juez ya sabe —recuérdese la noción de daño cierto por oposición a la de daño hipotético— que en el futuro esa persona quedará tullida. Este nuevo conocimiento (no es un nuevo daño, propiamente), posible sólo después de las primeras curaciones de emergencia, lleva al juez a tomar en cuenta esta nueva consecuencia dañina para la determinación de la indemnización.

Evidentemente, el juez no tomará en cuenta la agravación de los daños ocurrida posteriormente al hecho dañino cuando la víctima pudo haber adoptado las medidas necesarias para que ello no sucediera. Un elemento estructural dentro de la arquitectura de la responsabilidad extracontractual es el principio de que la víctima tiene la obligación de minimizar el daño en lo que esté a su alcance. Si no lo hace así, habría una cierta contribución de la víctima al resultado final del daño, que no puede ser indemnizada por el causante del daño original.

Notemos que estas reglas rigen tanto para la agravación como para la atenuación del daño: si antes de que sea determinado de manera definitiva el monto indemnizatorio en el juicio correspondiente se comprueba que el daño era menor que el previsto originalmente por el demandante o por las

instancias inferiores, la reparación debe reducirse. En caso de aumento o en caso de disminución, el principio es siempre la *restitutio in integrum*; lo que significa que no se puede fijar una suma menor al valor económico del daño, pero tampoco una suma mayor.

384. *Modificación extrínseca.* Más complicado es el caso de la modificación de la equivalencia dineraria por circunstancias extrínsecas al daño, particularmente en razón de la inflación.

La mayor parte de los autores, por razones de equidad atendiendo a que el resarcimiento debe ser integral, consideran que la fecha en que debe apreciarse la equivalencia pecuniaria del daño es la de la resolución judicial que deja ejecutoriada la sentencia o la de la sentencia misma si ésta no ha sido apelada. Así lo sostienen los MAZEAUD y CHABAS [554], WINDSCHEID, ENNECERUS, K. LARENZ, Alfredo ORGAZ y otros [555]. Esto significa que, al momento de sentenciar, el juez debe preguntarse: ¿cuánto cuesta reparar ese daño ahora? PLANIOL y RIPERT, aplicando el artículo 464 del Código de Procedimientos Civiles francés, señalan que el perjuicio debe ser evaluado al día de la sentencia o al día de la resolución de la Corte en caso de apelación, ya sea que el monto hubiera aumentado o disminuido entretanto [556]. Adriano de CUPIS defiende también la tesis de que el monto en dinero del daño debe apreciarse al momento de establecer la liquidación de la indemnización a fin de evitar que el cambio del valor de curso del dinero afecte indebidamente a la víctima en provecho del responsable: "Si el juez debe tomar en consideración la entidad cuantitativa del daño que integralmente le consta al momento de la liquidación, es lógico que la apreciación pecuniaria de tal entidad cuantitativa sea efectuada de acuerdo a un criterio de actualidad, teniendo en cuenta todas las variaciones de precios y las oscilaciones monetarias que, posteriormente a la producción del daño, contribuyen a modificar la apreciación del mismo" [557]. Tanto la jurisprudenn-

554. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, N° 2420-6, p. 799, 2420-8, p. 800, N° 2420-9, p 804.

555. *Vid.* Alfredo ORGAZ: *El Daño Resarcible Actos Ilícitos.* 3a. ed. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1967. p. 133.

556. Marcel PLANIOL y Georges RIPERT: *Op. cit.* N° 682, pp. 923-924.

557. Adriano de CUPIS: *Dei fatti illeciti,* 2a ed. Nicola Zanichelli Editore (Bologna) y Soc. Ed. del Foro Italiano (Roma). 1971. p. 124; *vide etiam.* Adriano de CUPIS: *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Trad. de la 2a. ed. italiana. Bosch. Barcelona, 1975. N° 50, pp. 368-378 y N° 73, p. 480.

cia francesa como la belga, la italiana y la argentina se pronuncian en el mismo sentido [558].

Nuestro Código ha optado por igual solución, a través de una norma específica que no se encuentra en la Sección Sexta del Libro VII, sobre la Responsabilidad Extracontractual, sino en el Título II de la Sección Segunda del Libro VI, correspondiente al Pago. En efecto, el artículo 1236 dispone que "Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario".

Es verdad que la norma se refiere específicamente a "prestaciones"; y que, si bien gran parte de las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual están vinculadas a prestaciones (curar una herida, reparar un automóvil, etc.) hay también algunos casos en que se trata de restituir el valor de un bien antes que el de una prestación (caso de pérdida total del bien dañado). Pero no podemos suponer que la restitución de un bien deba valorizarse con un criterio diferente del utilizado respecto de una prestación, porque donde existe la misma razón debe existir el mismo derecho.

Sin embargo, puede suceder que, al momento del pago, el valor de la prestación haya disminuido: la víctima recibirá entonces una indemnización menor que la calculada inicialmente.

Si se trata de daños que se traducen en el menoscabo del valor de un bien, el principio de la disminución de la indemnización proporcionalmente a la disminución del valor del bien, no parece ofrecer dificultades. Si alguien destruye el automóvil de *Trasi* y posteriormente baja el valor de los automóviles en la plaza, no es extraño que *Trasus* reciba un valor menor que el que le hubiera correspondido si la indemnización le hubiera sido pagada inmediatamente después de producido el daño: en cualquier caso, de acuerdo a la *restitutione in integrum*, está recibiendo como reparación el valor de un automóvil similar al suyo; si pretendiera cobrar más que el valor de un automóvil, se estaría enriqueciendo indebidamente. A lo sumo, podría aducir que se ha producido un lucro cesante o quizá una pérdida de chance por el hecho de haber perdido la posibilidad de vender su automóvil cuando los precios estaban altos. Pero ese no es un argumento referido a la valoriza-

558. Alfredo ORGAZ: *Op. cit*, p. 133.

ción del daño del automóvil sino a la existencia de un segundo daño constituido por la pérdida de chance [558bis].

Si el daño consiste en los gastos efectuados para obtener una determinada prestación o servicio a fin de reparar o atenuar las consecuencias del daño, las circunstancias se presentan diferentes. Considerando, por ejemplo, que los gastos de salud pudieran bajar, una persona que fue atropellada y que tuvo que pagar honorarios médicos, hospitalización y remedios a precios altos, se encontraría que al momento de hacer efectiva la indemnización podría recibir una suma menor que la que tuvo que desembolsar en su oportunidad porque pudieran aplicarle la regla de la determinación del daño a la fecha del pago. Sin embargo, pensamos que la aplicación de ese principio habría sido equivocada porque sólo sería necesario hacer una estimación material respecto de aquello que aún no ha sido materia de cuantificación precisa. Pero los gastos ya efectuados por la víctima han precisado el monto del daño (en los aspectos a que ellos se refieren) y no procede re-estimarlos al momento del pago; de la misma manera que, si una persona hace arreglar su automóvil chocado, no puede después exigir lo que cuesta la reparación al momento del pago —quizá varios años más tarde— sino únicamente el monto que efectivamente pagó, más los intereses correspondientes.

385. *Casos especiales: fallecimiento de la víctima.* Sin embargo, hay situaciones a este respecto que pueden dar lugar a algunas dificultades para el juez al momento de fijar la indemnización.

Así, puede suceder que la víctima por daños a su integridad corporal fallezca —a causa de tales daños o por otra causa ajena al accidente— antes de iniciar la demanda o en el transcurso del proceso. En este caso, con el objeto de calcular la indemnización debida a sus herederos es discutible si la fecha para establecer la equivalencia en dinero debe ser siempre la del pago o la de la muerte de la persona con derecho a la indemnización. En realidad, cuando se trata de variaciones de equivalencia por razones intrínsecas al daño, no cabe duda de que la fecha para determinar la indemnización es la de la muerte ya que, producida ésta, el daño no puede agravarse. (Nótese que la situación sería distinta si el daño fue causado a las propiedades del fallecido y no al fallecido mismo: respecto de ellas, no habría razón para limitar el ajuste dinerario a la fecha de la muerte dado que esas propiedades

---

[558bis] Respecto de la pérdida de chance, *vide supra*, N° 363.

dañadas y en proceso de deterioro continuo no se encuentran afectadas por la muerte de su propietario). La solución no es tan clara en el caso de variaciones por razones extrínsecas (inflación). Algunos autores piensan que después de la muerte de la víctima no puede haber reajuste alguno porque ya no hay víctima, aplicando así el mismo criterio que si se tratara de variaciones intrínsecas. Sin embargo, a la muerte del causahabiente, sus herederos adquieren un derecho sobre la indemnización de un daño que, si bien quedó determinado para siempre en su materialidad, su equivalencia económica no queda libre de sufrir alteraciones por la inflación, independientemente de que haya muerto o no la víctima.

386. *Casos especiales: daño a mercaderías.* Otro caso especial es el del daño ocasionado a mercaderías que han sido adquiridas para su reventa: el propietario afectado podría aducir que si no hubiera perdido la mercadería a causa del daño, la habría vendido cuando ésta tenía el mejor precio en el mercado, por tanto, la indemnización no debe ser calculada según el valor del bien a la fecha del pago sino a la fecha en que la cotización del bien estuvo más alta.

A este respecto existe una interesantísima jurisprudencia argentina con relación a títulos de un determinado valor nominal, pero cuyo valor de mercado varía. La demanda de daños y perjuicios fue planteada contra un Banco que había certificado como auténtica la firma de un pagaré que era falsa; y el demandante sostenía que el valor a tomar en consideración era nominal y no el actual (el valor actual estaba en ese momento por debajo del nominal). La Corte hizo notar que si se tomara en cuenta el valor nominal —superior al de mercado— sobre la base de que era el valor potencial de tales pagarés, se estaría estableciendo en favor de la víctima una situación mejor de la que se habría tenido si no hubiera sufrido el daño; lo que atentaría contra el principio de reponer a la víctima en la situación anterior al daño [559].

No se trata evidentemente del caso de la pérdida de una chance, al que antes nos hemos referido [560]. El valor de chance —considerado en sí mismo— de que una mercadería suba de precio es nulo porque toda merca-

---

559. Caso Méndez c/the First National Bank of Boston, cit. p. Pedro Néstor CAZEAUX: *Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance.* En *Temas de Responsabilidad Civil en honor al Dr. Augusto M. Morello.* Librería Editora Platense S. R. L., La Plata, 1981. p. 20.

560. *Supra*, N° 363.

dería está sujeta de manera natural a las vicisitudes del mercado, y eso no puede dar origen a una probabilidad razonable al momento en que se cometió el daño de que podría hacerse una utilidad en el futuro por aumento en el precio. Por otra parte, en los casos de pérdida de chance, nunca se llega a saber si esa chance se hubiera materializado o no; precisamente lo que se indemniza es haber perdido la posibilidad de verificar si la chance se iba a cumplir. En cambio, si una determinada mercadería que se perdió a causa de un daño subió posteriormente de precio, eso deja de ser una chance: sabemos en verdad que ese aumento de precio (que hubiera beneficiado a la mercadería que se perdió) efectivamente se produjo.

Es importante destacar que no nos estamos refiriendo al caso de que el bien destruido haya aumentado su precio posteriormente y que ese precio alto sea el que rige al momento de la sentencia. Esto no conllevaría problema alguno: dado que el juez tiene que evaluar el daño en su integridad y debe adoptar la fecha de su evaluación como base para considerar el daño, la indemnización debe ser fijada a los precios actuales de mercadería. La dificultad estriba en el caso de que ese precio alto de mercadería, posterior al daño, haya vuelto a bajar antes de la sentencia.

El fundamento de la reclamación estriba en que se hubiera podido obtener una ganancia que se frustró porque la mercadería quedó destruida o dañada de manera que imposibilitaba su venta. Claro que ello supone probar que efectivamente se hubiera vendido ese artículo, aprovechando el alza pasajera del precio. Ahora bien, si se acredita razonablemente que el damnificado habría vendido el bien a ese precio más alto (como es el caso si era un comerciante que se dedicaba a comprar y vender), estaríamos frente a un lucro cesante que tendría que ser indemnizado.

387. *Casos especiales: daño regido por una moneda extranjera.* Un caso complicado se presenta cuando el daño afecta directamente una obligación de dinero, calculada en su origen en moneda extranjera [561].

561. Esto supone que se trata de una obligación pagadera en el extranjero o que el orden jurídico vigente permite pactar en moneda extranjera. Un caso jurídicamente muy interesante es el del daño a bienes de peruanos ubicados en el territorio nacional, pero cuya reposición o reparación sólo puede ser hecha mediante una importación en moneda extranjera, por lo que la devaluación del signo monetario nacional entre la fecha del daño y la fecha del pago de la indemnización afectaría el principio de la *restitutionis in integrum*.

Existe una Ejecutoria peruana —pronunciada en circunstancias extrañas y sobre la base de un discutible derecho de reparación— que es bastante espectacular respecto de esta materia.

Terminada la Segunda Guerra Mundial don César A. Paz F. demanda al Gobierno del Perú para que, con cargo a los bienes y fondos incautados a los súbditos alemanes y japoneses residentes en nuestro país, se le pague una indemnización por los daños que ha sufrido como consecuencia de la guerra en Alemania. Explica que mientras residía en Hamburgo como Cónsul del Perú, otorgó un préstamo de 180,000 Reich Marks a una persona de ese país, garantizado por una hipoteca sobre el Castillo de Ossen, ubicado en Silesia. Lamentablemente, el castillo fue destruido en los combates y el terreno que ocupaba fue confiscado, por lo que la guerra le había hecho perder su crédito. Por ese motivo, amparándose en las leyes 10306 y 10635 que autorizaban la incautación de bienes de súbditos de países beligerantes para compensar las pérdidas sufridas por los peruanos con la guerra, solicitó que se le abonara un importe igual al de su crédito a título de indemnización.

El gobierno peruano no tenía inconveniente en pagarle ese crédito con cargo a los fondos antes mencionados, como ya lo había hecho en casos similares, como el del general Héctor Martínez, el de doña Margarita Cohen de Reichart, el de doña Hanna G. de Orezzoli, el de Kahan y Cía., el de doña Sara Pino viuda de Fetzer, el de don Ricardo Cagigao, el de la señora Marion Harriet Jacobi, el de don Enrique Gildemeister, el de doña Angelina Rinkler de Cerro Cebrián y el de don Emilio de Althaus. Sin embargo, la discusión se centraba en el monto de la indemnización, porque, entretanto, Alemania había sufrido una devaluación gravísima y los Reich Marks habían sido canjeados por los nuevos Deutsch Marks a razón de 10 a 1. Según el demandante, el monto que debía ser abonado en soles peruanos era el equivalente de los 180.000 Reich Marks al tipo de cambio que regía el 2 de setiembre de 1939, fecha de iniciación de las hostilidades, y no el equivalente en el momento de la reclamación, cuando la suma había sido reducida a 18,000 Deutsch Marks. En otras palabras, don César A. Paz consideraba que el momento del daño era la fecha de la iniciación de la guerra; y que, consiguientemente, había que restituirle lo que en la época de pre-guerra valía su crédito.

Como acota el Fiscal FEBRES, "Planteada así la controversia, la cuestión medular a resolverse es determinar que tipo de cambio debe implicarse para la liquidación o pago de las indemnizaciones establecidas por las leyes

10306 y 10635, vale decir, si la vigente en la fecha del pago o la fijada por la propia comisión en su acuerdo de 18 de febrero de 1948, es decir, el tipo de cambio vigente al 2 de setiembre de 1939". El Fiscal se inclina por una solución valorista, sobre la base de que los demás perjudicados han sido pagados de acuerdo al cambio histórico y la Constitución no permite hacer distingos en razón de las personas; y agrega un argumento históricamente controvertible: "Por último, interesa recordar el sentido y alcance de las leyes 10306 y 10635, cuya clara finalidad era resarcir en forma real y efectiva a los ciudadanos peruanos que hubiesen sufrido daños y perjuicios con motivo de la guerra, y por lo mismo no pueden estar sujetas a las variaciones e incluso a las desvalorizaciones que en vía de represalia pudieran dictar los gobiernos de ocupación a la vencida Alemania, pues ello significaría que tales represalias económicas repercutirían también en los súbditos peruanos, a quienes correspondería una indemnización meramente nominal". La Corte Suprema, por resolución de 1° de diciembre de 1961, acoge la tesis valorista y ordena pagar al demandante la indemnización teniendo en cuenta el cambio del Reich Mark al comienzo de la guerra [562].

Este tipo de situaciones puede surgir también cuando el daño se produce fuera del Perú, pero es demandado ante nuestros Tribunales. Imaginemos que un peruano en viaje de turismo por Bolivia y regresa al Perú, donde demanda a quien le produjo el daño. Pero, en el transcurso de la tramitación del juicio, el peso boliviano sufre una devaluación catastrófica. ¿Puede la víctima exigir que se le abone la indemnización en moneda peruana al cambio histórico, vigente a la fecha en que hizo la reparación".

En realidad, el principio que exige la reparación completa del daño se vería afectado si la víctima recibe una moneda devaluada que no compensa el perjuicio sufrido. Esa persona que tuvo que hacer reparar su automóvil en Bolivia gastó efectivamente pesos que valían muchos intis en ese entonces; no puede, pues, entregársele en compensación un ínfimo equivalente actual porque no sería compensación: habría perdido una buena parte de los intis que requirió —transformados en pesos bolivianos— para proceder a la compostura de su vehículo, y el Derecho de la responsabilidad extracontractual no quiere que subsista (en lo posible) ninguna pérdida después de la reparación.

---

562. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1962, N° 216, pp. 94-96.

388. *Los intereses.* La última frase del artículo 1985 establece la obligación del responsable de pagar intereses desde la fecha en que se produjo el daño.

Esta obligación es sana porque tiende a evitar que, a través de maniobras procesales de carácter dilatorio, el responsable pueda causar un perjuicio adicional a la víctima por razón del retraso en el pago de la indemnización.

Por otra parte, no es una novedad jurídica porque, aun cuando nuestros Tribunales tradicionalmente se rigieron por el criterio de que la indemnización no produce intereses, otras legislaciones han asimilado la indemnización a cualquier deuda de capital que origina los correspondientes intereses. El artículo 1056c del Código Civil de la Provincia de Quebec (Canadá) expresamente establece que el monto de la indemnización por daños y perjuicios devenga el interés legal. El Derecho argentino reconoce también intereses a la deuda indemnizatoria como a cualquier otra. En Francia, los hermanos MAZEAUD y François CHABAS afirman categóricamente que "la víctima de una culpa delictual o cuasi delictual, además de la indemnización compensatoria, tiene derecho a una indemnización por el perjuicio que le ha causado el retardo del causante en reparar el daño" [563].

El problema estriba en la fecha desde la cual corren tales intereses,. Caben hasta tres posibilidades: (a) desde la comisión del daño; (b) desde la interposición de la demanda; y (c) desde la sentencia firme que ordena el pago. Cada una de estas tesis tiene sus defensores y sus detractores.

Los partidarios de que los intereses deben correr desde la sentencia firme aducen que sólo entonces hay deuda líquida, y, aplicando el aforismo que *in illiquidis mora non contrahitur*, sostienen que antes de ese momento no puede haber mora y consecuentemente no pueden devengarse intereses. Esta tesis ha sido sostenida por los Tribunales franceses aunque, en la práctica, otorgan intereses desde la fecha del daño bajo la forma de plantear como indemnización compensatoria aquélla que está destinada a resarcir el retardo entre esa fecha del daño y la sentencia, y como moratoria sólo la posterior a la sentencia [564].

---

563. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, Nº 2297, p. 595.

564. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, Nº 2297, pp. 596-600.

Quienes defienden la tesis de que los intereses corren desde la interposición de la demanda (caso del artículo 1056c del Código Civil de Quebec) afirman que este acto procesal constituye en mora al responsable, quien desde entonces sabe que deberá pagar una suma por indemnización; aunque la suma se encuentre aún por determinar.

Por último, los partidarios de la tesis de que los intereses se devengan desde la comisión del daño —como es el caso de los MAZEAUD y de CHABAS [565]— argumentan que el principio de la responsabilidad extracontractual es la *restitutio in integrum*; ahora bien, si el responsable demora el pago de la indemnización, la víctima no está restituida al estado original puesto que habría perdido el uso de ese valor dañado y aún no restituido, durante el tiempo que transcurre entre el daño y la reparación. Esta última es la posición adoptada por los Tribunales argentinos [566], después de haber ensayado las dos otras tesis.

Nuestro Código ha acogido también la teoría de que los intereses se devengan desde la comisión del daño, conforme expresamente lo establece la última parte del artículo 1985.

Cabe hacer notar que este pago de intereses no afecta el principio generalmente aceptado y que hemos mencionado en los párrafos anteriores de que la indemnización debe calcularse a los valores correspondientes a la fecha de pago. Mal podría decirse que, si la norma ha establecido intereses, eso significa que la equivalencia en dinero del daño (indemnización) debe establecerse al momento del daño; y, que, a partir de entonces, los cambios en el poder adquisitivo de la moneda se compensan con los intereses. En realidad, debe tenerse en cuenta que los intereses moratorios no constituyen prioritariamente un reajuste del capital indemnizatorio sino una compensación por el retardo en la entrega de una suma de dinero: es un segundo daño subsecuente (el retardo en el pago) que se compensa con una segunda indemnización (los intereses).

Es verdad que la norma del Código no ha pensado en una serie de circunstancias complejas que pueden incidir en esta solución. En primer lugar,

---

565. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, N° 2297, p. 595.

566. *Vid.* Cámara Civil de la capital Federal: Esteban Gómez v. Empresa Nacional de Transportes, 17. XII. 1958.

es exacto que la tasa de interés incluye a veces tanto una compensación por la inflación como una compensación por el retardo. En consecuencia, pudo haberse previsto una tasa especial de interés (deflacionada) para estos casos; lo que hubiera sido más justo.

De otro lado, la teoría requiere un análisis más minucioso con el objeto de confrontarla con la inmensa variedad de situaciones que proporciona la vida real. En este sentido nosotros no podemos adelantar aquí respuestas que tendrán que ser proporcionadas por la jurisprudencia atendiendo a las circunstancias específicas y operando con las leyes de manera creativa. Todo lo que podemos hacer es señalar el tipo de problemas que los jueces enfrentarán en el futuro.

Así, por ejemplo, cabe preguntarse si el criterio sobre la determinación de la fecha en que se establece la equivalencia del daño en dinero y la norma sobre la fecha desde la cual corren los intereses deben aplicarse por igual cuando la víctima ha invertido sumas de dinero en reparar el daño y cuando no lo ha hecho. Frente a un accidente de automóvil, existe la posibilidad de que aquél que sufrió los daños haya procedido de inmediato a efectuar las reparaciones, gastando lo que fuera necesario con tal objeto. En cambio, puede ocurrir también que no efectúe gasto alguno de reparación y que espere con el coche abollado hasta el fin del juicio. ¿A ambos debe calculárseles el monto de la reparación teniendo en cuenta el valor a la fecha del pago en ejecución de sentencia? Y, en caso de respuesta afirmativa, ¿a ambos —al que convirtió su daño en dinero y al que no lo hizo—debe asignárseles intereses desde el momento en que se produjo el daño? A tenor de la norma legal, parecería que sí. Pero es indudable que todo esto merece pensarse un poco más a la luz de los casos reales que se presenten en el futuro.

Sección IV: La revisión de la indemnización

389. *El conocimiento del daño.* Como antes se ha dicho, las consecuencias dañinas de un acto pueden ser advertidas en diversos momentos.

El primero de ellos es al tiempo en que se produce el acto dañino y en los días subsiguientes antes de que la víctima interponga la demanda correspondiente. Si se trata de un accidente automovilístico, inmediatamente después de sucedido encontramos que nuestro automóvil está abollado, que nos

duele la pierna y nos cuesta caminar y que tenemos también un golpe en la cabeza. En los días subsiguientes, estos daños se cuantifican: planchar y pintar el automóvil nos costará tanto, el tratamiento del golpe en la cabeza exigirá un par de días de hospitalización y ciertos remedios que cuestan tanto más. Pero también pueden aparecer nuevos daños: el automóvil no estaba simplemente abollado como se pensaba sino que además ha sido descuadrado el chassis; el dolor de la pierna era en verdad una fractura. Una vez que han pasado algunas semanas, el automóvil está reparado y la fractura soldada. Hago mi cuenta de lo gastado (daño emergente), calculo cuanto he dejado de ganar (lucro cesante) por el hecho de haber estado hospitalizado, y entablo mi acción por daños y perjuicios. Esta es la primera etapa en la toma de la conciencia del daño.

Pero puede suceder que, cuando la demanda ya estaba interpuesta y el juicio en proceso, descubro que necesitaba además un tratamiento de rehabilitación para mi pierna. Si he tomado la precaución de demandar por los daños en general que resulten de ese accidente, conocidos o desconocidos todavía al momento de la interposición de la demanda, puedo incluir en la etapa probatoria este "nuevo" daño derivado del mismo accidente, y el juez tendrá que considerarlo al establecer la indemnización en la sentencia. Por consiguiente, el segundo momento de toma de consciencia del daño se produce entre la interposición de la demanda y la sentencia o, más propiamente, la resolución que establece de modo firme el *quantum respondeatur* (puede ser la sentencia, pero también podemos imaginar que la sentencia sea apelada y que la Corte Superior modifique el monto indemnizatorio a la luz de nuevas pruebas sobre la naturaleza del daño; o que la determinación del monto indemnizatorio se deje para la ejecución de la sentencia, previo dictamen de peritos, etc).

La indemnización por el daño conocido en estos dos primeros momentos, ha sido tratada en las Secciones anteriores de este Capítulo. Pero aún cabe la posibilidad de que, resuelto el juicio y ordenado el pago de un cierto monto por daños y perjuicios, los médicos descubran que la fractura de mi pierna es más grave de lo que se había pensado y que en el plazo de algunos meses o algunos años quedaré tullido para siempre. ¿Qué hacer entonces? Puedo demandar nuevamente por esta consecuencia del daño que recién me es conocida? El tercer momento se produce, entonces, cuando ya existe sentencia o resolución firme que ordena el pago de determinados años.

390. *La revisión de la indemnización.* Este tercer momento ha dado lugar al problema que se conoce como "la revisión del daño" y que quizá más propiamente podría llamarse "la revisión de la indemnización".

No se trata en este caso de daños que son conocidos al momento de la sentencia, pero cuyos efectos alcanzarán ciertamente momentos posteriores a la sentencia. En tal caso no habría problema pues, tratándose de daños futuros pero ciertos, el juez podría considerarlos en su sentencia y fijar una indemnización también por ellos. La revisión de la indemnización se produce respecto de aquellos efectos dañinos que no eran conocidos al tiempo de resolver y que aparecen recién posteriormente. Es por ello que Adriano de CUPIS hace notar que tampoco es propio hablar de "revisión" porque el nuevo juicio no tiene por objeto revisar el anterior sino pronunciarse sobre un objeto distinto, constituido por un daño no comprendido en la otra sentencia [567].

391. *El problema en el Derecho Comparado.* No todas las legislaciones tratan este problema de la misma manera: algunas lo regulan expresamente, otras no lo mencionan. Entre estas últimas se encuentran el Código peruano.

Lo menciona el Código suizo de las Obligaciones que, en su artículo 46, dispone que, en casos de lesiones corporales cuyas consecuencias no pueden todavía establecerse, el juez puede revisar el monto de la indemnización dentro de los dos años de expedida la sentencia. Como puede apreciarse, este Código limita la revisión sólo a los casos de daños corporales y le fija un límite de tiempo; pero no exige un nuevo juicio sino que otorga facultades al juez que anteriormente conoció el problema para que haga el ajuste correspondiente en vía de ejecución de sentencia.

Aun cuando el Código Civil alemán no se refiere a la revisión del daño, el Código de Procedimientos Civiles de ese país permite revisar el monto de la indemnización cuando ésta consiste en prestaciones periódicas y se han presentado circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al momento de sentenciar.

El problema no es mencionado por el Código Civil francés ni por el Código Civil italiano. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina de ambos

---

567. Adriano de CUPIS: *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Trad. de la 2a. ed. italiana. Bosch. Barcelona, 1975. N° 160, p 805.

países consideran que la revisión está permitida en forma bastante amplia, salvo que la primera sentencia expresamente señale que la indemnización fijada comprende todos los efectos del daño, conocidos y desconocidos [568].

392. *La perspectiva peruana.* El Código Civil no ha legislado sobre el particular. En estas condiciones, es impensable reabrir un juicio fenecido para modificar el monto de la indemnización.

Sin embargo, cabe teóricamente la alternativa de interponer una nueva demanda. Por consiguiente, para analizar la viabilidad de esta alternativa dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el problema debe ser analizado en función de los elementos legales que pudieran constituir impedimentos para la interposición de una nueva demanda: si tales impedimentos se desvanecen, la jurisprudencia podría admitir la revisión del daño conocido con posterioridad a la sentencia, a través de un nuevo juicio.

393. *La cosa juzgada.* De acuerdo a lo expuesto, el pedido de una nueva indemnización por un daño recién conocido tendría que ser motivo de una nueva demanda. El juicio anterior se encontraría terminado y no hay canal procesal para reabrirlo. Ahora bien, ante una nueva demanda de la víctima, probablemente el demandado (responsable civil) deduciría una excepción de cosa juzgada.

Sin embargo, esta excepción no debería prosperar porque le falta uno de los elementos de la triple identidad que es esencial para que exista cosa juzgada: el objeto de esta nueva demanda sería diferente. La nueva acción no pretendería cobrar una nueva indemnización o modificar la indemnización ya fijada respecto de un *daño ya conocido judicialmente.* Esta nueva demanda constituiría un reclamo por un nuevo daño que, aunque se derive del mismo acto generador, no fue objeto de la demanda en el primer juicio: lo que se demanda no es una recalificación del hecho generador de daños y una nueva determinación de una responsabilidad ya establecida, sino una indemnización por ciertos daños que no fueron materia del juicio anterior.

El primer procedimiento judicial acordó una indemnización únicamente por tal y cual daño; las indemnizaciones correspondientes a otros daños

---

568. Para el caso de Francia, *vide* Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, N° 2406, pp. 782. Para el caso de Italia, *vide* Adriano de CUPIS: *Op. cit.*, N° 40, p. 325 y N° 160, p. 805.

no considerados en ese juicio anterior, constituyen un nuevo objeto o materia controvertible y, por tanto, dan lugar a un nuevo juicio distinto. Nótese que ésta afirmación es válida tanto si se refiere a daños que aún no eran conocidos cuando se tramitó el juicio anterior, como también si se refiere a daños que, siendo conocidos, se excluyeron por diversas razones del contenido de la acción precedente. No hay inconveniente alguno para que el demandante demande el pago de diferentes daños derivados de un mismo hecho, en juicios diferentes.

Es importante destacar que la cosa juzgada, en cambio, cerraría toda posibilidad a una pretendida revisión por el caso inverso, i.e., que posteriormente se compruebe que los daños eran menores que los que se ordenó indemnizar en el primer juicio.

En esta segunda hipótesis, el segundo juicio —interpuesto esta vez por el responsable contra la víctima que se benefició con la mayor indemnización— tendría propiamente una función revisora de aquello que ya se juzgó, lo que no puede ser admitido. A diferencia del caso anterior en el que se demanda la segunda vez por daños no comprendidos en el primer juicio, en este caso se estaría solicitando un segundo pronunciamiento judicial sobre la misma materia, lo que atenta contra la *res iudicata* [569]. Por consiguiente, la sentencia anterior sería errónea; pero, como toda sentencia errónea que ha quedado firme, no puede ser revisada.

394. *La prescripción.* El segundo escollo que podríamos encontrar es la prescripción: si la acción de daños y perjuicios ha prescrito, no cabe revisión alguna respecto de tales daños.

Sin embargo, este tampoco parece ser un impedimento dentro de la actual legislación peruana. El Código de 1936 establecía en el inciso 6 del artículo 1168 que la acción de daños y perjuicios prescribe a los dos años de haberse producido el daño. Esta formulación dejaba lugar a muchas dudas: ¿el daño se produce en el momento de la comisión del hecho generador aun cuando se manifieste posteriormente o el daño se produce cuando se manifiesta en tanto que daño? En el primer caso, la situación no es cómoda para una revisión posterior de la indemnización. Si consideramos que en el Perú

569. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.* N° 2406, p. 782; Adriano de CUPIS: *Op. cit* N° 160, p. 807.

cualquier juicio puede durar dos años, el primer juicio terminará más de dos años después de la fecha del accidente. Dado que la acción judicial interrumpe la prescripción respecto de lo que ha sido demandado pero no respecto de lo que no ha sido demandado aunque tenga vinculación con el pleito, todo daño no comprendido en la primera acción quedaba prácticamente fuera de toda posibilidad de ser indemnizado: si se tomaba consciencia de tal daño después de la determinación judicial del monto indemnizatorio en el primer juicio (hipótesis de la revisión), lo más probable es que ya hubieran transcurridos dos años desde la fecha de la realización del hecho dañino y consiguientemente que no se pudiera interponer una nueva demanda.

En razón de las dificultades originadas por la redacción de la regla sobre prescripción del Código anterior, la Exposición de Motivos del Anteproyecto sobre Responsabilidad Extracontractual de la Comisión Reformadora, redactada por el autor de este libro, proponía que se tomara en cuenta como inicio de la prescripción la fecha de toma del conocimiento del daño. Pero a fin de evitar el introducir de manera irrestricta un elemento de subjetividad que podría atentar contra la seguridad jurídica, se sugería que se estableceria simultáneamente que la fecha de la toma de conocimiento se presumía *iuris tantum* que era la fecha de la comisión del daño. De esta manera, en principio se mantenía la regla anterior con un punto de partida fijo: la fecha perfectamente objetiva de la comisión del daño; pero la víctima tenía siempre la posibilidad de probar que tal daño en particular no había sido posible conocerlo al momento del accidente y consecuentemente su plazo de prescripción debía tener otro punto de partida [570].

El doctor Fernando VIDAL RAMIREZ, autor del Proyecto sobre prescripción, encontró una técnica legislativa mejor para incorporar la misma solución: eliminó la alusión al día de la producción del daño y refirió todos los plazos de prescripción (incluyendo el de la acción de daños y perjuicios) al "día en que puede ejercitarse la acción" (art. 1993 del Código Civil de 1984). De esta manera, la prescripción se calcula desde el día en que se toma conocimiento de la existencia del daño, pues es obvio que antes no podía ejercitarse la acción. El doctor VIDAL parece haber considerado que era innecesario agregar de manera expresa una presunción *iuris tantum* en el sentido que, salvo prueba en contrario, el daño se conoce desde el momento

570. *Vid.* Fernando de TRAZEGNIES GRANDA: *De la Responsabilidad no derivada de acto jurídico, en Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil.* Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1980. pp. 416-417.

en que se produce el acto dañino. Efectivamente, si cuando se interpone la demanda han transcurrido más de dos años desde la fecha en que se produjo dicho acto, el demandado alegará sin lugar a dudas la prescripción. Y tendrá que ser el demandante quien pruebe que no conoció la existencia del daño sino posteriormente, por lo que el plazo debe contarse desde una fecha más tardía que la comisión del acto dañino. Hay, pues, una presunción implícita.

395. *Conclusiones*. En razón de lo expuesto, la revisión de la indemnización es perfectamente posible en el Perú por la vía de un segundo juicio.

Nada obsta para que la víctima, luego de descubierta una consecuencia dañina no contemplada en la anterior sentencia, inicie un nuevo juicio indemnizatorio. Claro está que tendrá que probar que se trata de un daño "nuevo", que no estuvo incorporado ni expresa ni implícitamente en la sentencia anterior.

CAPITULO III

DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES

Artículo 1984.— El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

Artículo 1985.— La indemnización comprende...el daño a la persona y el daño moral..."

Sección I: Daño moral y venganza privada

396. *Herejías y perspectivas.* El debatido problema del daño moral —que, curiosamente, exalta los ánimos más que muchas otras disposiciones del Código y de la responsabilidad extracontractual en particular— se encuentra tratado en los artículos 1984 y 1985.

El proyecto de la Comisión reformadora redujo el daño moral a un recurso excepcional; y súbitamente gran número de juristas peruanos se rasgaron las vestiduras y gritaron herejía, considerando que se había atentado contra una de las bases sacrosantas de la responsabilidad extracontractual en el mundo occidental y cristiano.

Sin embargo, el resarcimiento del daño moral no parece ser un dogma de la ciencia jurídica. El tema admite diversos enfoques desde perspectivas muy diferentes: la noción de daño moral es bastante discutida entre los juristas y no todo el mundo está de acuerdo sobre ella ni de la misma manera.

397. *Daño moral y venganza.* En el fondo, el pago de una suma de dinero por el daño moral no es sino una reminiscencia de la vieja idea de la venganza: aun cuando este tipo de daño por su naturaleza misma no es reparable económicamente, hay quienes creen que no es posible que quien ha cau-

sado un sufrimiento moral a otro no reciba algún castigo, que no sea cuando menos obligado a pagar algo por ello.

En consecuencia, la indemnización del daño moral se asemeja más —consciente o inconscientemente— a una multa privada que a una reparación de perjuicio.

398. *Daño extrapatrimonial.* En principio, el daño moral *srticto sensu* es aquél que no tiene ningún contenido patrimonial.

Cuando el daño moral puede ser expresado en términos económicos (el costo de la cirugía plástica que restablecerá el bello rostro herido de una mujer, la pensión o renta para una pareja de ancianos que han perdido en un accidente al hijo que cuidaba de su sustento), deja de ser daño moral para convertirse ya sea en daño material emergente, ya sea en lucro cesante. Por consiguiente, es preciso distinguir muy claramente entre el daño material o patrimonial y el daño moral o extrapatrimonial.

Lo dicho no es obstáculo, evidentemente, para que un mismo hecho dañino genere daños tanto patrimoniales como extrapatrimoniales: la desfiguración del rostro de una conocida artista implica daños patrimoniales conformados por los gastos de curación (daño emergente) y la frustración de las expectativas económicas de su carrera de artista que no podrá continuar (lucro cesante): pero también implica daños extrapatrimoniales, tales como el dolor físico y moral sufrido, la frustración de su vocación de artista, etc.

Ahora bien, lo extrapatrimonial, por definición, no puede medirse en dinero ni consecuentemente repararse con dinero. Es posible obligar al causante a que pague el costo de la operación, de los remedios y de la rehabilitación de la persona a la que le quebró una pierna en un accidente de automóvil. Pero ¿cómo puede medirse cuanto vale en dinero el puro dolor que sintió el atropellado, el sentimiento de terror y de impotencia que tuvo al verse arrojado intempestivamente por tierra, la aprehensión de la intervención quirúrgica? Y aun si asignáramos un valor arbitrario al sentimiento, acaso la víctima sentimental "volverá al estado original" —que es la función de la reparación— por el hecho de recibir una suma de dinero?

399. *El daño moral en el Derecho Romano.* en este aspecto, como en muchos otros, el Derecho Romano nos suministra un análisis invalorable que permite aclarar nuestros propios puntos de vista modernos.

Esto no significa que el Derecho romano sea el "verdadero Derecho" subyacente bajo el Derecho moderno, al cual hay que acudir como quien viene a beber en la fuente virginal aquellas aguas que han sido contaminadas río abajo por los bárbaros y los inciviles. El Derecho romano no es la esencia platónica del derecho y no podemos encontrar en él la respuesta fundamental a todas nuestras inquietudes. Pero es el resultado de la reflexión de hombres inteligentes, con una profunda mentalidad jurídica, que sin desprenderse nunca de la realidad de las cosas (la jurisprudencia, dice *Ulpianus*, es la ciencia de lo justo y de lo injusto basada en la *renum notitia* [571], en el conocimiento de las cosas), sin caer en la tentación moderna de construir un paraíso conceptual de juristas [572] fundado en una lógica formal, donde se progresa mecánicamente de un concepto a otro [573] sin contacto con la realidad, desarrollaron un *método* y un *estilo* de análisis que aún nos puede servir como *vía magna* para recorrer los problemas de nuestro tiempo.

¿Y qué nos dicen los juristas romanos? Ciertamente, no cayeron en las trampas conceptuales contenidas en las ideas abstractas de "daño" y de "indemnización", que llevan a incorporar dentro de ellas tanto los efectos patrimoniales como extrapatrimoniales de la conducta del causante. Fieles a su espíritu concreto, agudos observadores de la realidad, comprendieron que la palabra daño —en su sentido jurídico de "daño reparable"— sólo puede ser patrimonial: es un requisito esencial del daño que implique una lesión patrimonial.

La *lex Aquilia* concibe el daño como algo muy concreto, que se produce *corpore corpori* (por un cuerpo a un cuerpo) [574]. Un daño meramente espiritual era impensable (en tanto que resarcible por el Derecho).

Como explica Pietro BONFANTE para los romanos, "el daño que no tiene valor económico, el así daño moral, no es tomado en cuenta (como daño reparable)" [575]. BONFANTE cita dos textos de *Gaii* bastante similares, sobre esta materia. El primero dice que *scilicet ut non deformitatis ratio*

---

571. Ulpianus: *Digesto* L. I., Tit II, 10, párr. 2.

572. H. L. A. HART: *The concept of Law*. At. Clarendon Press. Oxford, 1961, p. 127.

573. H. L. A. HART: *Op. cit.*, p. 125.

574. Vicenzo ARANGIO-RUIZ: *Responsabilita Contrattuale in Diritto Romano*. Casa Editore Dott. Eugenio Jovene. Nápoles, 1958, p. 229.

575. Pietro BONFANTE: *Corso di Diritto Romano*. Vol IV. *Le obbligazioni (dalle lezioni)*. Dott. A. Giuffre Editore. Milano, 1979, p. 415.

habeatur, cum liberum corpus aestimationem non recipiat, sed impensarum in curationem factarum et operarum amissarum quaque amissurus quis esset inutilis factus [576]. El segundo texto del mismo *Gaii* dice que *cum liberi hominis corpus ex eo, (...), aesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id quod inutilis factus est. Cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem* [577]. Es interesante apreciar en estos textos tanto la amplitud de la reparación del daño patrimonial (que comprende no sólo el daño emergente sino también el lucro cesante) como el rechazo a toda idea de valorizar —y, consecuentemente, resarcir— el daño extrapatrimonial.

Esto no significa que, en el Derecho romano. el actualmente daño moral fuera ignorado. Este tipo de lesión recibía una "satisfacción", pero no era incorporado a la idea de daño resarcible [578]. Los juristas romanos, atentos a la realidad de las cosas, advirtieron que el objeto de esta "satisfacción" no era una reparación del daño sino una venganza [579]. Por eso, le otorgaron acciones independientes, la principal de las cuales era la *actio iniuriarum* que comprendía tanto las lesiones físicas como las morales, desde una perspectiva no patrimonial. El origen de estas acciones diferentes se remonta a las XII Tablas y estaba basado en una aplicación del talión que pronto se redujo de una pena aflictiva a una pena pecuniaria [580]. En realidad, la lesión extrapatrimonial estaba considerada más bien desde la perspectiva del delito; y la "satisfacción" pecuniaria era antes una pena privada que una reparación.

Algunos juristas contemporáneos han comprendido perfectamente el enfoque romano y distinguen entre el carácter de "reparación" que tiene la

---

576. Garus: *Digesto*, L. IX, Tit. I, 3: [Se puede demandar para que se reparen los daños sufridos por un hombre libre, pero], evidentemente, *no para valorizar la deformidad ocasionada, porque el cuerpo de un hombre libre no tiene precio*, sino los gastos hechos en la curación, el trabajo perdido y el que perderá en el futuro quien quede inútil.

577. Gaius: *Digesto*, L IX, Tit. III, 7: cuando por ello [arrojar objetos o verter líquidos a la vía pública] se hubiera lesionado el cuerpo de un hombre libre, el juez saca la cuenta de los honorarios médicos y de los demás gastos que se hicieron con motivo de la curación, además de los trabajos de que ha sido privado o [nosotros diríamos "y/o"] de los que resulte privado por quedar inútil. *Pero no hace ninguna valorización de las cicatrices o de la deformidad porque el cuerpo de un hombre libre no es materia valorizable.*

578. Pietro BONFANTE: *Op. cit.*, p. 416.

579. Pietro BONFANTE: *Op. cit.*, p. 476.

580. Pietro BONFANTE: *Loc. cit.*

indemnización frente al daño material y el carácter de "satisfacción" que tiene frente al daño moral [581]. Pero precisamente esta distinción ilumina la verdadera naturaleza vengativa de la indemnización por daño moral: no es una reparación sino una satisfacción del deseo de que al agresor le pase también algo, que sufra cuando menos en su patrimonio.

Sección II: El moderno daño extrapatrimonial

400. *La satisfacción del daño extrapatrimonial en los Códigos modernos.* Las consideraciones que anteceden han llevado a muchos Códigos actuales —centrados en la idea de que la función primordial de la responsabilidad extracontractual moderna es eminentemente reparativa— a ser extremadamente prudentes en relación con el daño extrapatrimonial.

Así, el Código Civil suizo establece que "Una acción de daños y perjuicios o de pago de una suma de dinero a título de reparación moral, no puede ser intentada sino en los casos previstos por la ley" (art. 28); y el Código Civil alemán contiene una disposición similar (art. 253). Tanto en Suiza como en Alemania, estos casos son muy poco numerosos en el Código. El Derecho italiano es aún más restrictivo. En el artículo 2059 del Código Civil se establece también que "El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley"; pero, a diferencia del Código suizo y del Código alemán, no contempla ni un solo caso en el campo civil. La única situación prevista por la ley italiana para la indemnización del daño moral es cuando el hecho dañino constituye un delito (art. 185 del Código Penal): de manera que "sólo la coexistencia de un interés público penalmente tutelado hace posible la protección jurídica del interés privado en materia de bienes no patrimoniales" [582].

En el Derecho anglosajón, la responsabilidad extracontractual evolucionó a partir de un sistema de reparación del daño directamente físico (*trespass y battery*), como en Roma (*corpore corpori*), hasta comprender los daños causados sin contacto físico. La falta de relación física entre el cau-

---

581. Alfredo ORGAZ: *El daño resarcible.* 3a. ed. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1967. p. 187.

582. Adriano de CUPIS: *Dei Fatti Illeciti.* Art. 2043-2059. 2a. ed. Nicola Zanichelli Editore, Soc, ed, del Foro italiano. Bologna, Roma, 1971, p 150.

sante y el daño (*corpore*) no significa necesariamente que se trate de un daño no patrimonial (que no sea *corpori*). Sin embargo, por este camino —y por el de la indemnización punitiva, que subsiste para ciertos casos especiales—, el Derecho inglés y el Derecho norteamericano han introducido cautelosamente una cierta noción de daño moral.

El *common law* se negó durante mucho tiempo a otorgar acción para reparar daños constituidos exclusivamente por efectos psicológicos, tales como la perturbación emocional (*emotional distress*), aun cuando otorgaba indemnización por traumas psicológicos cuando éstos eran demandados conjuntamente con daños físicos (lo que se ha denominado "daños parásitos"). Las razones que usualmente se daban para esta negativa eran que, en caso de ser reparables tales daños, las Cortes podrían sufrir una "inundación de litigios"; a lo que se agregaba un cierto sentimiento de que una Corte judicial no puede levantar el *ego* de una persona [583].

Con el tiempo, se reconocieron daños psicológicos cuando, aun no había existido daño material, los intereses morales habían sido afectados cuando menos por un acto físico: riña, prisión ilegal o incluso un contacto físico ligero pero ofensivo. Más tarde, se admitió el daño mental resultante de actos intencionales (*intentional wrongs*) o en los que hubiera mediado culpa grave (*reckles wrongs*). Sin embargo, se exige que la conducta del demandado haya sido particularmente extrema y ultrajante en términos de lo que la comunidad en donde se produce el acto considera intolerable o chocante, no se otorga reparación por el simple insulto o molestia y ni aun por la amenaza [584].

Finalmente, se ha comenzado a admitir la reparación de la perturbación psíquica resultante de una conducta simplemente negligente (*negligent wrong*) [585]. Aquí también, la primera apertura se produjo en los casos en que la demanda por daño mental era "parásita" de una demanda por daño material. Luego se admitió el daño mental independiente, siempre que hubiera habido contacto físico, aunque fuera muy ligero. Posteriormente, las Cortes crearon el concepto de "zona de peligro" (*zone of danger*) como un ambien-

---

583. Edward J. KIONKA: *Torts in a Nutshell. Injuries to persons and property*. West Publishing Co. St. Paul, Minn., pp. 159-160 y 335.

584. *Ibidem*, pp. 160-161.

585. *Ibidem*, pp. 335-340.

te que rodea el contacto físico y causa daño aunque no se produzca contacto. Por ejemplo, la persona que estuvo a punto de ser atropellada por un automóvil pero no llegó a serlo y que a consecuencia de ello sufrió un grave trauma psíquico, tiene derecho a reclamar una indemnización. Por último, se ha aceptado, la reparación del daño psicológico tratándose de personas (*bystanders*) que, sin tener contacto físico ni encontrarse en la zona de peligro, tuvieron una relación emocional particularmente grave con los hechos. Es el caso de la madre que, desde la ventana de su casa, ve como su automóvil atropella a su hija que regresa del colegio.

Por otra parte, dentro del *common law* han tenido particular importancia los procesos por difamación (*libel*), en los que se llega a asignar sumas muy importantes a la víctima por concepto de reparación.

Sin embargo, en esta evolución jurisprudencial puede advertirse un cierto matiz material, a pesar de que se reconocen daños aparentemente inmateriales: el uso de términos tales como "daño mental" o "daño psicológico" antes que daño extrapatrimonial o daño moral implica una referencia a un elemento concreto,que puede ser psicológicamente establecido y medido. Pero, además, la indemnización parece fundamentarse primordialmente en los efectos materiales del daño mental o psicológico (gastos de tratamiento psiquiátrico, lucro cesante originado por la incapacidad psicológica de continuar con sus actividades habituales, etc) antes que en los aspectos espirituales (la herida del *ego*, constituida por el atentado contra el honor o contra otro bien inmaterial similar). Aun en los casos de difamación, es posible percibir esta tendencia. Y las indemnizaciones mínimas (un dólar o un chelín) que a veces otorga la jurisprudencia norteamericana e inglesa (*nominal damages*) no obedecen, como piensa SANTOS BRIZ[586], a un prurito de indemnizar el daño moral hasta en lo mínimo sino, como veremos más adelante, a la dificultad en la que se encuentra el juez por el hecho de que no puede fundamentar la indemnización porque no se han acreditado daños económicos, aun cuando piensa que ha existido la difamación o la ofensa. En este caso, antes que intentar una valorización arbitraria del sentimiento o del honor puros (que es lo que haría un juez que cree en la posibilidad de reparar *económicamente* el daño moral), prefiere asignarles un valor simbólico nominal, de un dólar.

---

586. Jaime SANTOS BRIZ: *La Responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*. 4ta. ed. Editorial Montecorvo. Madrid, 1986, p. 162.

La doctrina y la jurisprudencia francesas son quienes más decididamente han abogado por la institución del daño moral. Empero, los juristas franceses están lejos de encontrarse de acuerdo sobre este punto. Los legisladores del *Code Napoleón* no tuvieron en cuenta el daño moral: no lo prohibieron, pero simplemente no estuvo en la mente del legislador [587]. Es posible que, en esta forma, se situaban dentro del más riguroso pensamiento romano, acogiendo como reparable únicamente el daño material y abandonando la idea antigua de "satisfacción" para el daño moral porque su carácter vindicativo de pena la excluía del campo estricto del moderno Derecho Civil.

Dentro de la doctrina francesa contemporánea, la discusión es muy intensa, al punto que a veces surgen discrepancias entre los coautores de un mismo libro. Así Henri y León MAZEAUD son partidarios sin reserva de la indemnización del daño moral; en cambio, André TUNC le coloca una serie de restricciones y condiciones. Y, en un gesto de intachable honestidad intelectual, ambas opiniones son consignadas en el libro común [588]. Juristas como ESMEIN condicionan de tal manera el daño moral que en la práctica deja ser moral y se convierte en una forma más del daño material. AUBRY y RAU, dentro de la línea que asumiría posteriormente el actual Código italiano, limitan el daño moral a los casos de delitos. BAUDRY-LACANTINERIE rechaza el daño moral. DEMOGUE, SAVATIER y otros consideran que se trata de una indemnización punitiva [589]. En este sentido, PLANIOL y RIPERT son muy claros: para ellos, procede la acción para reclamar una suma de dinero por el daño moral, a pesar de que no tiene carácter económico, pero afirman que, "aunque es verdad que se linda con la pena privada, no es cierto que ésta sea una institución muerta" [590].

El debate —en el que participan múltiples posiciones, como puede advertirse— gira en torno a un aspecto esencial de la responsabilidad moderna: todo el sistema está basado en la función de reparar un daño; y el daño moral es aparentemente irreparable en dinero. Puede satisfacerse el es-

---

587. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. T. I. 6a. ed. Editions Montchrestein. París, 1965, No. 301, p 400.

588. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, No. 313, p. 406.

589. *Vid.* Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.* Nos. 301-315, pp. 400-7.

590. Marcel PLANIOL y George RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Français*. T. VI. Librairie Génerale de Droit de Jurisprudence. París 1930. No. 546, p. 752.

píritu de retribución de la víctima (que, en este caso, es un eufemismo para decir el espíritu de venganza), *castigándose* al culpable con la obligación de pagar una suma de dinero. Pero no puede *subsanarse* con dinero lo que no es valorizable en dinero.

401. *Los antecedentes peruanos.* En el Código de 1852, el daño moral no fue mencionado, siguiendo así la orientación marcada por el *Code Napoleón*: el Derecho Civil está orientado a la reparación; por consiguiente, dado que el daño moral es una pena, no tiene cabida en el Código Civil. Sin embargo, el artículo 2202, de ese cuerpo legal dispone que "En caso de injurias, tiene derecho el que las recibe a pedir una indemnización proporcionada a la injuria". lo que parece aventurar una suerte de indemnización por daño moral en un caso específico o quizá, sólo una simple reminiscencia de la *actionis iniurarum* romana con su carga punitiva. No debe olvidarse que Manuel PEREZ de TUDELA, quien presidió la primera Comisión Codificadora encargada de preparar el proyecto de lo que sería más tarde el Código de 1852, era profesor de Derecho Romano.

El Código Civil de 1936 reconoce el daño moral extracontractual en su artículo 1148, pero tímidamente: se limita a señalar que el juez "puede" tomar en consideración el daño moral. A su vez, con el mismo carácter facultativo para el juez, lo autoriza a fijar una indemnización por daño moral en los casos de ruptura de esponsales (artículo 79). Nada se dice sobre daño moral en relación con la responsabilidad contractual.

Sin embargo, la jurisprudencia lo consagra definitivamente. Existen numerosas Ejecutorias en las que se reconoce con bastante largueza la existencia de un daño moral dentro de la situación involucrada.

Es posible encontrar un número importante de sentencias que otorgan una indemnización por daño moral, conjuntamente con la indemnización por el daño material correspondiente. Esto sucede frecuentemente cuando se trata de personas que han quedado lesionadas de por vida en razón de un accidente o de demandas de los deudos que reclaman no sólo una indemnización que les compense la falta de los ingresos que aportaba la víctima al hogar (pseudo daño extrapatrimonial) sino también una satisfacción por el amor que tenían al familiar fallecido en el accidente (daño extrapatrimonial propiamente dicho).

También existe casos en los que la única indemnización procedente es la que tiende a satisfacer el daño moral. Esto sucede habitualmente en asun-

tos de familia. Hemos mencionado anteriormente las Ejecutorias recaidas en los juicios seguidos por don Fidencio Chávez contra don Julio Alberto Arrieta y doña Leonor Pacheco de Arrieta [591] y por don César Encomenderos contra doña Evelina Pereda de Armas [592], donde se reclama y se obtiene en ambos casos una indemnización por daño moral por la violación de una hija.

Las demandas exclusivamente por daño moral son usuales en los casos de incumplimiento de la promesa de matrimonio basadas en el artículo 79 del Código Civil de 1936 que admitía expresamente la posibilidad de que exista daño moral en esta situación, teniendo en cuenta que pudiera suceder que la "no celebración (del matrimonio) dañe gravemente los derechos inherentes de la personalidad" de la parte inocente. Es interesante revisar la forma como los Tribunales determinan la existencia de daño moral en estos casos, a fin de penetrar en la significación de este concepto.

Doña Marcia Vásquez Revoredo demanda a don Conrado Mori Hidalgo en la ciudad de Chachapoyas, por daño moral motivado por el incumplimiento de promesa patrimonial. La Corte Superior de Chachapoyas, por Resolución de 30 de junio de 1944, otorga la indemnización solicitada sobre la base de que los esponsales tiene efectos muy graves sobre ambos cónyuges porque obligan " a renunciar toda otra expectativa" de matrimonio con un tercero. Pero, "esta situación es más exigente para la mujer, quien está obligada a guardar un absoluto alejamiento del mundo y preservar su honor dejando pasar los mejores días de su juventud en la expectativa de un compromiso". Por consiguiente, "la violación de los esponsales pactados determina un daño moral en la vida de la novia, cuya personalidad resulta lesionada, dado el estrépito social que se produce a raíz de un apartamiento inmotivado". El Fiscal PALACIOS opina que se ha producido daño moral en estas circunstancias y la Corte Suprema por resolución de 4 de octubre de 1944 otorga a la demandante la indemnización solicitada [593].

Leonor Rosado demanda a don Ubaldo Guillermo Arévalo Aguilar por daño moral (aunque en este caso agrega un pedido de pensión alimenticia) dentro de una acción para que se declare la paternidad de su hija, habi-

---

591. *Supra*. Np. 238, n. 374.

592. *Supra*, No. 238, n. 373.

593. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Abril de 1945. No. 15, pp. 103-104.

da con el demandado. Este, luego de haber tenido relaciones sexuales en Lima con la demandante bajo promesa de matrimonio, se había casado en la ciudad de Iquitos con otra persona. El Fiscal GARCIA ARRESE considera que efectivamente ha lugar a daño moral por "incumplimiento de promesa nupcialicia y seducción". Y la Ejecutoria Suprema de 28 de noviembre de 1956 condena al demandado al pago de una indemnización relativamente importante por daño moral, ya que el monto que se ordena pagar por este concepto representa más del doble de la suma fijada por cuatro meses de alimentos de la menor [594].

En el juicio seguido por doña Alejandrina Olga Severo con don José Quintana Fernández, el Fiscal SOTELO indica que el daño se produjo "abusando dolosamente el demandado Quintana Fernández de la influencia y sugestión que ejercía sobre la demandante por las relaciones convivenciales que con ella mantuvo y promesas de matrimonio no sólo la tuvo varios años bajo su servicio sexual, sino que llegó al extremo de pedirle, sin embargo de la estrechez económica en que ella desenvolvía su vida, auxilios y recursos de diversa índole, inclusive dinero, que aunque él manifiesta haber sido meros préstamos, no está probado esto y menos su restitución o pago que dice haber verificado. Estos hechos con los que se irrogó evidente daño a la demandante ya que, por humilde que sea su condición, se truncaron con el abandono del actor las justas expectativas de matrimonio con él y que se perjudicó su porvenir, independientemente de que la explotación de que se le hizo víctima le mermó su patrimonio; estos hechos, digo, que constituyen el daño económico y moral materia de la acción están comprendidos y caen bajo la sanción de los artículos 1136, 1148 y 1149 del Código Civil que obliga a la responsabilidad indemnizatoria del autor de ellos, demandado Quintana Fernández". Es importante notar que el Fiscal no hace alusión al artículo 79 que establece la responsabilidad por daño moral en el caso específico de incumplimiento de promesa matrimonial, sino que funda su opinión en los artículos que establecen la responsabilidad extracontractual del daño moral. La Corte Suprema acoge esta opinión del Fiscal en Resolución de 17 de junio de 1952 [595].

En el caso del juicio planteado por Llorgina (sic) Bresciani Marchena contra César Augusto Thorne, el Fiscal PONCE SOBREVILLA considera

---

594. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1957, No. 157, pp. 200-202.

595. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Agosto de 1952. No. 103, pp. 2572-2573.

que el simple hecho de que el demandado se haya negado a cumplir su promesa de matrimonio "sin que medie justificación alguna", da lugar a un "evidente daño moral", comprendido en los artículos 77 (debió decir 79, sin duda) y 1136 del Código Civil; lo que significa que vincula el incumplimiento de la promesa de matrimonio con la responsabilidad extracontractual, ya que tal promesa no es propiamente un contrato. La Corte Suprema por Resolución de 29 de abril de 1968, concedió la indemnización por daño moral sobre tales bases [596].

Como puede apreciarse, aun cuando el artículo 79 del Código de 1936 establecía una doble condición para que fuera procedente la indemnización por daño moral en estos casos —que el matrimonio deja de celebrarse por culpa exclusiva de uno de los desposados y que su no celebración dañe gravemente los derechos de la personalidad de otro— los Tribunales han aligerado cada vez más este segundo requisito; hasta el extremo de que el daño resulta presunto cuando simplemente se demuestra la existencia de los esponsales y la no celebración del matrimonio por decisión exclusiva de uno de los desposados.

Otro caso de daño moral vinculado al Derecho de Familia pero no basado en el artículo 79 (esponsales) es el que resulta de un matrimonio nulo. La Resolución de la Corte Suprema de 10 de diciembre de 1975 ordena a don Horacio Virgilio Valle Bustamante a pagar una indemnización por daño moral a doña Rósula Emilse Soto Martínez, con quien estuvo casado, al haberse declarado la nulidad de tal matrimonio. La Corte señala que ha habido mala fe de don Horacio Valle, pues contrajo matrimonio con doña Rósula Soto a sabiendas de que se encontraba casado [597].

Además de los casos de familia, los Tribunales han otorgado indemnización por daño moral cuando se había producido una difamación manifiesta. Ya hemos mencionado la Ejecutoria Suprema recaida, con fecha de 7 de julio de 1956, en el juicio seguido por don Alfonso Chávez contra don Julio F. Geldres por el hecho de que éste último lo había difamado atribuyéndole una conducta reñida moralmente con su función docente en un examen que tomó al hijo del demandante y que el joven no aprobó [598]. La Corte Supre-

---

596. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Agosto de 1968. No. 295, p. 974.

597. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Enero de 1976. No. 384, p. 72.

598. *Supra*, No 313, n. 440

ma le otorga una indemnización por daño moral al ingeniero Chávez considerando "que los actos contrarios a la reputación o al buen nombre, atribuidos inexactamente a una persona, dañan el honor y menoscaban así un bien inmaterial inseparable de la misma".

Sin perjuicio de este reconocimiento abierto de los Tribunales de la posibilidad de reparar el daño moral, también se puede apreciar una cierta prudencia que da origen a ciertas limitaciones jurisprudenciales.

En algunos casos es la conducta de la víctima la que ha dado lugar a dudas de que proceda una indemnización propiamente moral.

Doña Amanda Pereyra demanda a don Juan Silva para que le abone una indemnización por daño material y moral sufrido al tener una hija del demandado. La demandante sostiene que existió promesa de matrimonio, pero que posteriormente descubrió que el demandado era casado y que, por tanto, dicha promesa no podía ser cumplida. Sin embargo, en el juicio se demostró que doña Amanda Pereyra había tenido antes iguales relaciones maritales con otra persona y que ella había aceptado abandonar la casa de su madre para ir a vivir en un departamento amueblado y pagado por el demandado. En estas condiciones, el Fiscal GARCIA ARRESE muestra gran severidad en el análisis sobre si existía efectivamente promesa de matrimonio: considera que el simple hecho de vivir en común no es todavía una promesa y que, por tanto, la promesa no se encuentra probada en forma indubitable. En consecuencia, no se puede decir que ha habido esponsales y no es así aplicable el artículo 79 (daño moral por violación de esponsales): pero tampoco se pronuncia en el sentido de que pudiera haber lugar a daño moral basado en el artículo 1148 (responsabilidad extracontractual originada en el hecho o culpa del causante, al margen de la promesa de matrimonio). La Corte Suprema, por Resolución de 6 de agosto de 1956, rechaza el daño moral, pero concede una indemnización por los gastos de alumbramiento (daño patrimonial) [599].

En otros casos, la conducta de la víctima era intachable, pero parecería que la Corte ha sentido un cierto conflicto entre las condiciones de constitución de un daño moral y las condiciones de ejercicio de la libertad humana.

---

599. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1956. No. 154, pp. 1342-1344.

El 12 de junio de 1949 contrajeron matrimonio religioso en la iglesia de Cocharcas, don Antonio Beramendi, de 44 años de edad, viudo, y doña María Julia Paúcar, de 42 años, soltera. Pero, cuando el 27 de marzo de 1954 el marido abandonó a su mujer para formar hogar con otra persona, doña María Julia Paúcar lo demandó judicialmente, considerando que el abandono la había dejado burlada y humillada, por lo que le había causado un "desmedro moral". Don Antonio Beramendi sostuvo, en cambio, que si bien era verdad que había tenido a la demandante por su esposa y que era también cierto que el vínculo sacramental contraido por su fe católica era un verdadero matrimonio, ello no alteraba el hecho de que lo que había sucedido era simplemente una separación. El Juez de Primera Instancia declaró fundada en parte la demanda y reconoció un daño moral en favor de doña María Julia Paúcar. en cambio, la Corte Superior, a excepción del voto singular del Vocal GARCIA RADA, declaró infundada en todas sus partes la demanda. El fiscal Supremo GARCIA ARRESE opinó, con el Juez de Primera Instancia, que aunque el matrimonio religioso no tenía valor oficial, tampoco podía ignorárselo: "la sociedad de hecho de los litigantes, (es) de carácter normal superior al simple concubinato, por el hecho de haberse sometido al rito católico para el cual el vínculo es de por vida". De ello deduce que: "La constitución de un hogar común por espacio de años, gozando de tercero por el vínculo sacramental que le daba condición de esposa, como se la conocía entre sus relaciones; al desaparecer sin causa imputable, a la actora le ha causado un desmedro en el concepto público, que debe repararse mediante una compensación en dinero". Sin embargo, la Corte Suprema, por Resolución de 5 de diciembre de 1957, declara infundada en todas sus partes la demanda y sin lugar la indemnización por daño moral [600].

Es interesante destacar el principio de prudencia que establece la Corte Suprema en el juicio seguido por don José Flores Guerra contra don Eduardo Aussejo Aranza y don Alfonso Arllentar Linares por la pérdida de una hija en un accidente de tránsito: la pérdida de una hija a temprana edad, que ya había logrado conseguir una profesión e indudablemente constituía una promisora esperanza de bienestar material y moral para sus padres, es un daño irreparable, como lo señala el Fiscal PONCE SOBREVILLA; pero, "la indemnización tiene como fin reparar en algo, si es posible, económicamente, el daño sufrido, no pudiendo ni debiendo ser una fuente indebida de

600. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1958. No. 171, pp. 423-424.

lucro que reemplace pecunariamente una vida perdida, mutilada o lesionada" [601].

402. *El daño moral en el Código peruano de 1984.* Dada la importancia del argumento contrario a esta institución y siguiendo la pauta de los Códigos más modernos, el Proyecto de la Comisión Reformadora establecía que el daño moral sólo debía indemnizarse excepcionalmente.

Esta norma era todavía más amplia que la de los Códigos alemán, suizo e italiano y permitía al Juez regular la consideración de tan discutida institución de acuerdo a las circunstancias.

Dos fueron las razones por las que el Proyecto estimó necesario conservar (limitadamente) la institución, a pesar de las críticas actuales. De un lado, el hecho de que, aun cuando se trate de una reminiscencia de sentimientos primitivos de venganza, un país tiene que darse un Código a su medida, y si en el Perú la víctima de un "daño moral" espera que se imponga una indemnización al culpable, es necesario que el Derecho atienda de alguna manera esta necesidad psicológica. De otro lado, a veces el daño moral sirve para indemnizar aquello que la doctrina ha denominado "daños patrimoniales indirectos", es decir, aquellos daños que, siendo económicos, son difícilmente valorizables: el demandante no puede probar su monto preciso. En estos casos (que implican un pseudo daño moral, pues se trata en realidad de daños económicos imprecisos), este instituto otorga al juez una discrecionalidad suficiente para incluir tales daños "a ojos de buen cubero", sin necesidad de pruebas de los mismos.

Empero, el Proyecto limitaba el reconocimiento del daño moral a casos excepcionales.

En el fondo, partiendo de una distinción entre el acto ilícito y el accidente [602], la idea era aceptarlos en los casos de actos ilícitos (el ejemplo típico sería la difamación o la transgresión de la intimidad), pero rechazarlos en los casos de accidentes (el ejemplo típico sería el daño ocasionado por un accidente de tránsito que no es resultado de dolo ni de culpa inexcusable). Esta distinción obedecía a la convicción del autor del Proyecto de que el

---

601. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Octubre de 1968. No. 297, pp. 1211-1213.

602. *Cf. infra*, Nos. 664-671.

campo de los accidentes debe estar regido por el principio de la difusión social del riesgo y sometido, en la mayor medida posible, a seguros. Ahora bien, el carácter extraordinariamente subjetivo y arbitrario de la reparación económica de un daño no económico perturba un sistema de aseguración del riesgo y eleva las primas al tener que cubrir una suerte de meta-riesgo; el riesgo de que un juez pudiera determinar riesgos morales elevadísimos que afecten el cálculo actuarial del seguro. El seguro no contaría así con criterios firmes para establecer sus cálculos, en el campo del daño extrapatrimonial.

Por eso, ahí donde la absorción social de los riesgos de vivir en común —particularmente a través de un seguro— es esencial para organizar mejor la vida moderna, es preciso objetivar (hasta donde sea posible) no sólo la determinación de la responsabilidad (¿quién responde?) sino también la determinación del monto indemnizatorio (¿por cuánto responde?). Claro está que podría considerarse que la víctima, aunque se encuentre dentro de un régimen de seguro obligatorio, tiene derecho a reclamar adicionalmente por la vía civil, al margen del seguro, una indemnización por daño moral. Sin embargo, pensamos que, dada la naturaleza "accidental" del accidente y la participación de la sociedad toda en su producción [603], este campo de la responsabilidad extracontractual no debe cargar al causante con un peso económico exagerado, fundado sobre bases discutibles, como antes se ha visto; en cambio, la controvertida reparación patrimonial del daño extrapatrimonial podía más fácilmente ser admitida ahí donde hay una decidida responsabilidad del causante, como es el caso del acto propiamente ilícito.

La versión definitivamente incorporada al Código reconoce el daño moral sin limitaciones, a diferencia del Proyecto de la Comisión Reformadora que tomaba en cuenta las graves objeciones de la doctrina moderna.

Claro está que tal reconocimiento manifiesto del daño moral extracontractual —con la novedad (al menos desde el punto de vista legislativo, por que la jurisprudencia ya lo había introducido) de un reconocimiento también del daño moral contractual (artículo 1322)— no pone fin a la discusión. Dados que el concepto de daño moral no es unívoco sino que existe gran controversia en la doctrina y en la legislación comparada sobre sus alcances, según hemos visto, el mero texto de los artículos 1984 y 1985 no permite una

603. *Vid. supra*, nos. 17 y 22 *et infra*, No 670.

aplicación inmediata sin la ayuda de una cierta "teoría" (controvertida) del daño moral. Por consiguiente, en última instancia, en este punto como en varios otros, el legislador le ha corrido traslado al juez.

403. *Limitaciones de principio.* Cualquiera que sea esa teoría, parecería que el daño moral tiene ciertas limitaciones de principio.

André TUNC nos dice que el juez debe rechazar de plano algunas veces la consideración de daño moral, insistiendo a que asuma por sí solo su "daño moral", por razones de dignidad o humanidad. Así, por ejemplo, el juez debe negar una indemnización por daño moral al marido engañado por su mujer porque simplemente no es digno que el marido pretenda lucrar con esta situación. De la misma manera, si un desgraciado padre de familia ha matado a su mujer por negligencia mientras limpiaba una escopeta, no tiene sentido que sus suegros le reclamen una indemnización por daño moral; ya tiene bastante problema con lo que le ha sucedido [604].

Por otra parte, algún tipo de limitaciones debe existir con relación a las personas afectadas; particularmente, cuando la víctima moral no es la víctima directa (por ejemplo, los deudos de los fallecidos en un accidente de automóvil).

Respecto de este punto, se presenta un grave problema relacionado con la objetividad o la subjetividad de la situación de víctima de daño moral. De un lado, no puede admitirse que todo aquel que *objetivamente* haya tenido relación con la víctima física, esté en la situación de lesionado moral y reciba una indemnización. Si fuera así, las víctimas morales pueden ser una legión; el padre de la víctima física, su madre, su cónyuge, su amante de tantos años, sus hijos, su novia querida, su ahijado preferido, su amigo íntimo, su socio, etc. Parecería, entonces, que el daño moral está vinculado a una relación más íntima y particular entre el demandante y quien sufrió el daño físico. Pero de otro lado, tampoco se puede esperar que la víctima moral pruebe su afección por la víctima física: la esposa del muerto no tiene que acreditar que efectivamente lo amaba apasionadamente, para tener derecho a una indemnización por el dolor que le causó la muerte del marido.

Probablemente, la jurisprudencia adoptará un criterio razonablemente objetivo para identificar a la víctima moral: no exigirá una probanza del

---

604. *Vid.* Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, No. 313, p. 407.

afecto (lo que podría adquirir visos surrealistas) sino una cierta relación objetiva con la víctima directa; pero tal relación debe entenderse de manera muy rigurosa y restringida (vinculación estrecha de parentesco, por ejemplo).

Sección III: El daño a la persona

404. *Un nuevo tipo de daño.* Ninguno de los textos legales vigentes en el Perú habían hablado hasta la fecha de un "daño a la persona". Sin embargo, el artículo 1985 se refiere expresamente a este daño e incluso lo coloca antes del daño moral.

Pensamos que este agregado era innecesario. En efecto, para nosotros, el daño a la persona no es sino una sub-especie del daño moral, como veremos a continuación. En consecuencia, bastaba la mención al daño moral en la regla comentada.

405. *Naturaleza del daño a la persona.* El daño a la persona es una novedad del Código peruano de 1984, promovida por el doctor Carlos FERNANDEZ SESSAREGO.

Según este jurista, la distinción clásica entre el daño patrimonial y el daño no patrimonial admitiría una subdivisión: el daño extrapatrimonial estaría conformado por el daño moral y por el daño a la persona. Este último sería "el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial" [605]. En cambio, el daño moral habría quedado reducido al "dolor de afección, pena, sufrimiento" [606].

Desde la prescripción del contenido de llamado daño a la persona y del esfuerzo de distinción con el daño moral que ella conlleva, advertimos las dificultades teóricas y prácticas de esta tesis.

Analicemos las diferentes dimensiones que definen el daño a la persona. Veamos en primer lugar las lesiones psicológicas a la persona. Si se pro-

---

605. Carlos FERNANDEZ SESSAREGO: *"Exposición y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano. Derecho de las personas"*, en *Código Civil*, Vol. IV. Comisión encargada del estudio y la Revisión del Código Civil. Compiladora: Delia Revoredo de Debakey. Lima, 1985, p. 88.

606. *Loc. cit.*

duce una "perturbación o alteración de su equilibrio psíquico" de magnitud —es decir, que justifica un tratamiento psiquiátrico— no cabe duda de que los gastos de curación y los días o meses de inhabilitación constituyen un daño patrimonial: tal daño psicológico es una lesión económicamente similar a la física y, consecuentemente, da lugar a daño emergente y lucro cesante.

Las cosas son diferentes cuando hablamos de perturbaciones o alteraciones del equilibrio psíquico que no llegan a crear una patología. Entonces estamos antes las emociones fuertes de la vida: una gran pena, un gran dolor, un sufrimiento, una frustración. Sin embargo, todo ello parece pertenecer a la categoría de los daños morales, conforme antes ha sido definida por el mismo jurista. Esto significa que, habiendo deslindado los aspectos económicos que encierran muchos de los daños más íntimos, lo que nos queda fundamentalmente es aquello que la doctrina usualmente ha conocido por "daño moral": éste es el contexto espiritual e inmaterial del daño.

También puede llamarse "daño a la persona" aquél que no está formado necesariamente por un dolor, sino que simplemente constituye una violación de los llamados derechos de la personalidad (o derechos de la persona, como ha preferido acertadamente llamarlos el doctor FERNANDEZ SESSAREGO en el Código de 1984, para acentuar su sentido concreto).

En realidad, muchas de estas violaciones producen daños patrimoniales: la privación ilegal de la libertad, la pérdida de la integridad física, la lesión al honor, la apropiación por persona ajena de los derechos de autor o inventor, etc. conllevan consecuencias económicas. Sin embargo, cabe también la posibilidad de considerar los daños que se derivan de ellas desde una perspectiva no patrimonial, conjuntamente o independientemente de la perspectiva patrimonial: la humillación de la prisión injusta, la frustración del proyecto de vida de quien ha sufrido una lesión física deformante, el sentimiento herido del honor, etc. Pero tales daños espirituales tampoco no son diferentes de lo que se ha conocido tradicionalmente como daño moral. Esta última institución no está limitada únicamente a la *pecuniam doloris*, a la afección o al sufrimiento, sino que habitualmente tal expresión se extiende también en el sentido de los efectos no patrimoniales de la violación de los derechos de la personalidad.

Basta interrogar a los autores franceses (que fueron los creadores de la expresión "daño moral") para comprobar que se trata de una referencia am-

plia a todo daño no patrimonial. El Proyecto del Código Franco-italiano de las obligaciones ilustraba el daño moral en su artículo 85 con los siguientes ejemplos: "lesión corporal, daños que afectan al honor, a la reputación o a la de la familia, a la libertad personal, violación de domicilio o de un secreto, dolor sufrido por los padres, parientes o cónyuge, en caso de muerte de la víctima". LALOU y AZARD nos dicen clara y directamente que la distinción entre daño material y daño moral corresponde a esa gran división de derechos entre derechos patrimoniales (derechos reales y personales) y derechos extrapatrimoniales (derechos de la personalidad, derechos de la familia)[607]. Las violaciones a los derechos de la personalidad son, pues, parte del dominio que era conocido como daño moral.

Entiéndase bien: no estamos discutiendo por un nombre. Lejos está de nuestra mente defender la *expresión* "daño moral". No cabe duda de que esta denominación no es feliz; y esto ya ha sido dicho cientos de veces. Podemos utilizar cualquier otra. Podríamos usar la expresión de "daño a la persona"; a pesar de que todo daño es, directa o indirectamente, un daño a la persona (incluyendo los daños patrimoniales). Nosotros preferimos llamarlo daño extrapatrimonial (o no patrimonial, si se quiere), como puede apreciarse por la forma como hemos denominado el presente Capítulo. Pero, más allá de un pleito de etiquetas, lo que importa es si estamos ante uno o ante dos campos conceptuales: hay que preguntarse si el dolor y el sufrimiento tienen un tratamiento jurídico diferente de la frustración del proyecto de vida de una persona o del atentado contra su honor, o si, como lo parecen entender los juristas franceses, todo ello tiene un tratamiento similar y, por consiguiente, pertenece al mismo campo y debe merecer un mismo nombre genérico. Nosotros estamos dentro de esta última posición.

Por eso, no vemos la necesidad de crear una especie adicional bajo el nombre de "daño a la persona". En Derecho, las categorías son fundamentales operativas: se justifican en la medida en que establecen distinciones entre derechos y obligaciones. Pero la categoría "daños a la persona" no parece conllevar derechos u obligaciones diferentes a las que usualmente se atribuía a la categoría "daño moral" (en el sentido más puro del término, habiendo excluido de este concepto al daño patrimonial vago o impreciso). En consecuencia, aquí también es sabio adoptar el consejo del *Venerabilis*

---

607. Cit. p. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. T. I. 6a. ed. Editions Montchrestien. París, 1965. No. 293, p. 394.

Inceptoris, cuando nos dice que *non sunt entia multiplicanda praeter necessitatem.*

Sección IV: La reparación de daño extrapatrimonial

406. *Compensación material para lo inmaterial.* Llámesele daño moral o daño a la persona (o ambos, según las circunstancias y los gustos), no cabe duda de que ciertos daños conllevan un aspecto íntimo, espiritual, inmaterial, al que nos hemos referido en los párrafos precedentes. Ahora bien ¿cómo podemos indemnizarlo?

¿Podemos pensar que los daños inmateriales pueden ser "reparados" crematística y materialmente? Parecería que si lo espiritual puede "repararse" con dinero, ya no es tan espiritual. Por ello, la reparación económica para un daño espiritual devalúa lo espiritual.

En nuestra opinión, lo extrapatrimonial es, por definición, algo no medible en dinero. Tampoco es reparable con dinero, porque pertenece a un orden de cosas diferente.

La teoría de que "una alegría inesperada quita una pena indebida" (el dinero que se recibe como indemnización permite la realización de un viaje o la compra de un bien deseado que hace olvidar la pena de haber perdido las dos piernas en un accidente) no parece muy convincente. Retomando el ejemplo de FERNANDEZ SESSAREGO, si un ceramista o un orfebre pierde los dedos de la mano y ello lo obliga a cambiar radicalmente su proyecto de vida [608], difícilmente podrá atenuar su daño recibiendo una suma de dinero que puede invertir "en un viaje, en la adquisición de un bien ambicionado, en una diversión cualquiera" [609]. Si una de esas "diversiones cualquiera" le hace olvidar su problema espiritual, es que ese aspecto espiritual no era tan profundo y tenía más un sentido patrimonial que extrapatrimonial: la indemnización por el daño a la persona se convierte así en el caramelo que se da al niño para que se olvide del dolor del golpe.

De esta manera, la indemnización económica del daño moral tropieza con *Scylla* o con *Carybde*: (1) o no tiene efecto porque aplica un remedio

608. Carlos FERNANDEZ SESSAREGO: *Op. cit.*, p. 93.

609. Carlos FERNANDEZ SESSAREGO: *Op. cit.*, p. 89.

material a un mal inmaterial o (2) sí tiene efecto paliativo, pero entonces es que el mal no era tan inmaterial y debió ser considerado ya sea como un daño emergente adicional o como un lucro cesante.

407. *Humanismo y materialismo en la responsabilidad extracontractual.* Hay quienes han pretendido distinguir a los comentaristas entre quienes creen en el daño a la persona (consecuentemente son humanistas) y los que no creen en la categoría específica (por lo que son tildados de materialistas). Incluso se ha dicho que el Código de 1984 es humanista porque, entre otras cosas, incorpora el daño a la persona.

En realidad, ésta es una distinción falaz. Todo el Derecho pretende crear mejores condiciones de vida para la persona; esto no se logra únicamente a través de ciertas instituciones sino mediante un espíritu que penetra y anima la integridad del cuerpo legal. Por consiguiente, aun sin aceptar los llamados daños a la persona por razones lógicas, se puede tener una visión humanista del derecho. El humanismo (o el personalismo) no consiste en repartir la palabra "persona" por todas las normas del Código sino en construir un orden jurídico que permita una mejor calidad de vida.

Aún más; sostener que los daños espirituales pueden repararse con dinero implica adoptar una posición materialista y patrimonialista porque supone que, en última instancia, el dinero proporciona toda clase de felicidades y alivia todos los males de cualquier orden. Por el contrario, quien rechaza la reparación económica del daño extrapatrimonial es porque respeta su carácter verdaderamente espiritual e íntimo (y, por tanto, ajeno a los aspectos económicos del derecho).

408. *Reparación inmaterial para el daño inmaterial.* El hecho de que un daño sea inmaterial —es decir, que su efecto dañino no tenga carácter económico— no implica necesariamente que no pueda ser reparado, sólo que tiene que ser reparado mediante medidas que no revistan un carácter fundamentalmente económico.

Es posible que quien ha sufrido un atentado contra su honor, aunque no haya sufrido perjuicio económico alguno por ello, tenga interés en que ese daño se repare mediante una retractación del ofensor o mediante una aclaración pública que demuestre la falsedad del agravio. Estas son indudablemente formas de reparación del daño; pero formas que no atienden a la entidad económica de tal daño sino precisamente a sus efectos extrapatrimoniales.

En este tipo de daños, bien puede suceder que el agraviado no tenga mayor interés en una suma de dinero o incluso que, dado su prestigio personal, el pretendido daño no le restó ninguna credibilidad que pudiera afectarlo en su trabajo o en sus negocios, por lo que no se produjo un daño patrimonial. Sin embargo, ese agraviado tiene interés en que, más allá de las consecuencias económicas, su honor quede limpio.

Hay ocasiones en que las partes ven el juicio de responsabilidad extracontractual como una tribuna privilegiada y razonablemente reglamentada para discutir de manera civilizada un tema que, si bien afecta en particular a una persona o empresa, ofrece también un interés público.

Recuérdese, por ejemplo, el juicio seguido en la Francia de post-guerra por Víctor Kravtchenko contra las *Lettres Françaises* por difamación. Esa revista había sostenido que el libro de este exiliado soviético, *Yo elegí la libertad*, había sido fabricado por los servicios de inteligencia de los Estados Unidos y que lo que se decía ahí sobre la Rusia de Stalin era falso. Kravtchenko obtuvo finalmente sentencia favorable y recibió una indemnización, aunque bastante inferior a la que había reclamado. Pero, más allá del monto de la indemnización (y estaría tentado de decir que incluso más allá del hecho de sí era verdad o no que el libro había sido escrito por los servicios norteamericanos), lo importante es que el juicio permitió discutir un tema más amplio que estaba implícito en el libro de Kravtchenko, aún en el caso de que él personalmente no lo hubiera redactado: era el proceso a la Unión Soviética de Stalin. Este juicio de responsabilidad extracontractual movilizó a Washington y a Moscú. Toda la intelectualidad francesa siguió atentamente su desarrollo. Y su resultado fue el establecimiento de una verdad innegable, al margen de los intereses de Kravtchenko y de las *Lettres Françaises*: la existencia en la U.R.S.S. de campos de trabajo [609bis].

409. *Los daños nominales*. Nuestro Código no ha contemplado en forma expresa la posibilidad de una reparación extrapatrimonial para el daño extrapatrimonial, a pesar de que tal medio de reparación no es extraño a nuestro ordenamiento jurídico: el inciso 7o. del artículo 2o. de la Constitución establece que "Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o

---

609bis. Simone de BEAUVOIR: *La force des Choses*. Gallimard. París, 1963. p. 191; *vid. etiam* Georges IZARD: *Kravtchenko contre Moscu. Plaidoieries de Maître Heiszmann et de Maître Izard presentées, par Monsieur le Batonnier Ribet*. Les Editions París-Vendome. París, 1949.

agraviada en su honor por publicaciones en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho a rectificación..". Dentro de ese orden de ideas, hubiera sido interesante que el Código Civil, integrando todos los casos de reparación dentro de la institución de la responsabilidad civil, hubiera acogido en su texto la idea de la reparación extrapatrimonial.

Cabe preguntarse si la referencia del artículo 1985 a una "indemnización", como único objeto del juicio de responsabilidad extracontractual, excluye la posibilidad de demandar una reparación de orden no económico.

La palabra "indemnización", dentro de lenguaje usual (veremos en el numeral siguiente que la acepción usual no es precisamente la más exacta), es utilizada para designar el pago de una suma de dinero o de un bien económico. Si tal acepción fuera excluyente de todo significado no patrimonial, esto significaría que, si una persona quiere demandar por daños extrapatrimoniales que no han implicado lesión patrimonial alguna, no tiene más remedio que traducirlos en términos de dinero a través de uno de estos dos artificios: (a) inventar la existencia de un daño patrimonial paralelo al daño extrapatrimonial, aunque fuere reducido; o (b) aceptar la teoría de que lo extrapatrimonial puede repararse patrimonialmente y atribuir un valor arbitrario en dinero al honor lesionado o al derecho atropellado de la persona.

Algunos sistemas jurídicos han sorteado la dificultad de tener que materializar el objeto de la demanda en una suma de dinero, por la vía de permitir al ofendido la acción de responsabilidad dirigida a reclamar una cantidad manifiestamente irrisoria o de permitir al juez fijar una indemnización mínima sin tener que declarar infundada la demanda; porque lo constituirá la verdadera reparación, antes que una suma de dinero, es más bien el pronunciamiento del juez en el sentido de que la víctima "moral" (el demandante) tenía "moralmente" razón.

Así, por ejemplo, el Derecho anglosajón contempla la posibilidad de los llamados daños nominales, que no son sino el pretexto para accionar o la base que asume el juez para declarar fundada la demanda (porque el daño inmaterial efectivamente se produjo) pero no otorgar indemnización pecuniaria (porque no se ha acreditado daño material alguno). Es por ello que pueden encontrarse demandas por casos de difamación en las que se reclama únicamente un dólar de indemnización; o sentencias en juicios de este tipo donde, a pesar de que se reclamaron sumas sustanciales, el juez condena al demandado a pagar sólo un chelín. En estas situaciones, lo que importa realmente es el aspecto inmaterial: ha quedado claro en el juicio que la

acusación planteada por el difamador era infundada; el juicio ha ayudado simplemente a restablecer el honor del agraviado, sin pretender reparar materialmente un daño inmaterial. Evidentemente, ello no obsta para que en otros casos donde coexisten los daños inmateriales con los materiales, el juez pueda ordenar indemnizaciones sustanciales muy importantes.

Esta ficción del "daño de a dólar" (*nominal damages*) parece ser un procedimiento interesante para salvaguardar por vías no económicas algunos de esos derechos (no todos) inmateriales o espirituales, como los llamados derechos de la persona. Su aplicación judicial en el Perú sería indudablemente novedosa y correspondería bien con la nueva institución del "daño a la persona"; esta "argucia" permitiría una reparación del daño inmaterial sin las dificultades teóricas y prácticas que origina la evaluación patrimonial de un daño no patrimonial y que han sido el objeto central de nuestra crítica. De esta manera, si las Cortes sustentan en la noción del "daño a la persona" la posibilidad de otorgar indemnizaciones nominales, tendremos que agradecer al doctor FERNANDEZ SESSAREGO —aunque él no mencione expresamente esta posibilidad en su Exposición de Motivos— el hecho de haber abierto un nuevo camino judicial para la defensa del honor y de la verdad *per se*, sin tener que probar la existencia de un daño económico ni tener que devaluar lo espiritual al obligar a que el daño extrapatrimonial deba "repararse" patrimonialmente.

Notemos que la indemnización por daño nominal no es una indemnización punitiva: la suma que se exige pagar es mínima y no puede ser considerada como castigo. Se trata simplemente de una forma de lograr una reparación no patrimonial dentro de un sistema que ha sido concebido en forma fundamentalmente materialista: todo se subsana con dinero, aun el daño moral o extrapatrimonial; por eso, hay que fijar una indemnización en dinero aunque sea ridícula en la sentencia con el único objeto de permitir la reparación no patrimonial constituida por la declaración de honorabilidad.

410. *Hacia una jurisprudencia creativa.* Pero nuestros jueces podrían ir aún más lejos y permitir que la demanda se plantee directamente por una reparación no patrimonial, sin necesidad de la ficción del daño nominal. Una lectura atenta y rigurosa de las normas del Código peruano hace pensar que ello sería legalmente posible.

En efecto, a pesar de que uso habitual del término "indemnización" evoca una suma de dinero, los dos artículos que constituyen los pilares del edificio peruano de la responsabilidad extracontractual (arts. 1969 y 1970)

hablan indistintamente de indemnización y de reparación, como si fueran conceptos idénticos. Por otra parte, esta sinonimia parece corroborarse etimológicamente: "indemnización" proviene del prefijo latino de carácter privativo *in* y del sustantivo latino *damnum*. Por consiguiente, indemnizar significa hacer lo necesario para que aquél que fue dañado quede como si hubiera sido indemne, es decir, no dañado. Por tanto, indemnizar no quiere decir pagar una suma de dinero sino simplemente reparar, cualquiera que sea la forma que adquiera la reparación. Esta significación es confirmada por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia que define indemnizar como resarcir un daño; y a su vez, a la palabra resarcir le da ambos significados: como repara (en términos generales) y como compensar (que parece evocar más el pago de otro bien a cambio del bien dañado). Por consiguiente, podemos afirmar validamente que la lengua castellana no vincula necesariamente la indemnización a un pago de dinero.

El artículo 1985 tampoco ordena que la indemnización sea en dinero: simplemente señala que es preciso tener en cuenta no sólo los daños patrimoniales sino también los extrapatrimoniales (daño moral y daño a la persona) y que ambos deben ser "indemnizados", es decir, reparados. Por consiguiente, los demandantes podrían proponer y el juez admitir formas de reparación no patrimonial, siempre que sean verdaderas reparaciones, es decir, medios para restablecer las cosas a su estado anterior.

En realidad, tratándose de daños a la persona, el propio Código ha previsto —lamentablemente, fuera de lugar, porque la norma debió formar parte de la Sección sobre responsabilidad extracontractual— una forma de reparación o indemnización no patrimonial: la cesación de los actos lesivos (art. 17) [609ter], que si bien no repara el daño ya hecho, al menos deja a la víctima *indemne* respecto del daño que hubiera podido agregarse posteriormente debido a la permanencia o a la repetición del acto generador de daños. En consecuencia, si un libro describe a un pacífico ciudadano como un pervertido sexual, una suerte de moderno Barba Azul que seduce a las niñas para después matarlas y enterrarlas en el jardín de su casa, el agraviado puede demandar para que se retire del mercado el libro que es instrumento de la difamación. Y para ello no es necesario que pruebe que tal publicación le ha ocasionado un perjuicio económico. Sin embargo, ese agraviado podría demandar también (acumulativamente) otros tipos de reparación no patrimo-

---

609ter. Sobre la paralización del acto dañino en general, *vid. infra*, Nos. 600-620.

nial (además de la reparación patrimonial a que pudiera haber lugar por los daños económicos) respecto del daño extrapatrimonial que ya se ha producido; reparación que podría, por ejemplo, tener la forma de publicación de un desagravio en uno de los diarios de mayor circulación. En este caso, comprobada la difamación, la sentencia ordenaría la publicación de la rectificación, bajo el apercibimiento de que la hará el Juzgado por cuenta y costo del demandado si éste no cumple con hacerla en un cierto plazo; sin perjuicio de que el demandante pueda hacer publicar la sentencia completa, cuando lo estime conveniente a sus intereses.

Estas sugerencias interpretativas, aun cuando proponen formas de reparación no específicamente previstas en la Sección sobre responsabilidad extracontractual del Código de 1984, no son en manera alguna exóticas. Ya hemos mencionado la regla del inciso 7o. del artículo 2o. de la Constitución que, aunque parece dirigida fundamentalmente contra los daños cometidos por los medios de comunicación social, permite lecturas que dan un sentido más amplio a la norma y al derecho a la rectificación que ella otorga a los agraviados. Por otra parte, autores como PLANIOL y RIPERT consideran que la exigencia formal de una indemnización *in pecunia* no es realmente necesaria para iniciar una acción de responsabilidad porque, aunque el demandante no pida una suma de dinero, siempre existe el interés de una reparación que justifica la acción; incluso si esta reparación no es en dinero sino en la publicidad del levantamiento de las afirmaciones falsas sobre la honra de una persona. Y es así como lo ha entendido la jurisprudencia francesa al condenar al demandado simplemente al pago de costas [610]. En otros países, como es el caso de Italia, existe la posibilidad de publicar la sentencia cuando ello puede contribuir a la reparación del daño y, específicamente, cuando de esta manera sea posible resarcir —aun cuando sólo fuera parcialmente— el daño moral (o extrapatrimonial) [610bis].

Como puede apreciarse, este campo de la responsabilidad extracontractual no está aún íntegramente delimitado con hitos definitivos. El daño extrapatrimonial (o moral, como lo llama nuestro Código) —dentro del cual incluimos el daño a la persona es una liza judicial abierta, en la que muchos estandartes serán enarbolados durante los próximos años.

---

610. Marcel PLANIOL y Georges RIPERT: *Op. cit.*, No. 546, p. 751.

610bis. Enzo ROPPO: *Danno e risarcimento nell' esercizio di mass media*, en Giovanna VISINTINI (ed.): *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*. Dott. A. Giuffré, Editor. Milano, 1984, pp. 129 y ss.

TITULO VIII

EL SEGURO Y LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

CAPITULO I

LA ACCION DIRECTA CONTRA EL ASEGURADOR

Artículo 1987.— *La acción indemnizatoria puede ser dirigida contra el asegurador por el daño, quien responderá solidariamente con el responsable directo de éste.*

Sección I: Consideraciones generales

411. *Dificultades de interpretación.* Este artículo, que no tiene antecedentes en el Código anterior y cuyo principio fue introducido por el autor de este trabajo en el seno de la Comisión Reformadora, ha dado lugar a preocupaciones y controversias entre los aseguradores, debidas en buena parte a la mentalidad literal y formalista con que se interpreta el Derecho en el Perú y en parte también a defectos de redacción introducidos por la Comisión Revisora.

En los acápites siguientes, trataremos de solucionar tales dificultades sobre la base de recurrir a una interpretación razonable de la norma.

412. *Propósito de la norma.* El propósito de este artículo consiste en proteger más directamente a la víctima, evitando que terceros puedan ejercer derechos preferenciales o concurrentes sobre la indemnización así como que las Compañías aseguradoras utilicen a sus asegurados como biombos para ocultarse detrás de ellos y retrasar el pago de las indemnizaciones.

Ya el ilustre comercialista italiano Cesare VIVANTE, a fines del siglo pasado, insistía en la necesidad de otorgar acción a la víctima contra el asegurador.

Sostenía VIVANTE que no otorgarle acción al damnificado contra el

asegurador era uno de los grandes defectos de la legislación italiana de su tiempo. El problema que veía era la posibilidad de que terceros, con otro tipo de títulos, pudieran hacer suya la indemnización abonada por el seguro al asegurado, antes de que ésta fuera pagada a la víctima. El asegurador debe la indemnización al asegurado desde el momento en que éste se encuentra obligado a reparar a la víctima,es decir, desde que ocurre el daño. Pero pueden presentarse otros acreedores del asegurado con la intención de concurrir sobre tal indemnización con la víctima o incluso de excluir a la víctima de ella si esos terceros acreedores tuvieran créditos privilegiados. Dado que desde el momento del daño ese asegurado tiene derecho a que el seguro le pague, ese monto de lo que estaría destinado a reparar a la víctima constituye un derecho crediticio que forma parte del patrimonio del causante. Pero, en estas circunstancias, si tal causante tiene otros acreedores y pocos bienes, aquellos pueden pretender ser también pagados —cuando menos en parte— con cargo a esa suma de dinero que el causante insolvente debe recibir el seguro.

VIVANTE, henchido de legítima indignación de auténtico jurista, decía: "Son soluciones inicuas porque toleran que uno se enriquezca a costa del verdadero damnificado; peligrosas, porque pueden incitar siniestros dolosos y culposos; dañosas, porque dispersan dividiéndolo entre una masa de acreedores, el capital reconstituido de la aseguración, en vez de hacer llegar a quien supo formarlo y quien probablemente sabría disfrutarlo (la víctima)". Pero inicuas o no, estas soluciones son inevitables mientras no se otorgue acción a la víctima contra el asegurador. Por eso VIVANTE concluye diciendo: "Le falta, pues, a nuestro Código una regla general que haga siempre llegar la indemnización asegurada hasta el damnificado" [611].

En la actualidad, resulta frecuente que la persona que ha recibido daño de un asegurado, tenga que litigar durante muchos meses —quizás años— aparentemente contra el responsable, aun cuando es la Compañía de Seguros la que realmente lleva el juicio con sus propios abogados y la que, en última instancia, pagará la indemnización. Y una vez obtenida sentencia favorable, esa víctima se encuentra que tiene que iniciar una nueva peregrinación —esta vez extrajudicial— para que el asegurador le pague: como esa Compañía formalmente no ha participado en el juicio (aunque en la realidad sea la

611. Cesare VIVANTE: *Trattato di Diritto Commerciale*. 4ta. ed. Vol. IV. *Le Obligazioni (Contratti e prescrizione)*. Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi. Millano, 1916. N° 1935, p. 535.

única que ha litigado, ya que el asegurado se desentiende del problema sobre la base precisamente de que tiene un seguro), la víctima no puede ejecutar la sentencia contra ella. Esto da lugar a numerosas gestiones y a difíciles opciones: después de varios meses más de conversaciones, la víctima es arrinconada a aceptar una transacción diminuta o a continuar su juicio contra el responsable directo intentando la ejecución de la sentencia. Como este último camino implica nuevos costos (embargos, tasaciones, remates, etc.) y es bastante desagradable, la víctima prefiere aceptar la transacción propuesta. De esta manera, en definitivas cuentas, el monto de la indemnización no es el que decide el juez sino el que la Compañía de Seguros acepta.

La regla del artículo 1987 pretende cortar camino y evitar así las vueltas y revueltas antes relatadas. Es por ello que se permite a la víctima que involucre a la Compañía aseguradora en el juicio de responsabilidad y obtenga así una sentencia contra ella; en esta forma, ganado el juicio, no cabe que se le proponga transacción alguna pues, en caso de no recibir la indemnización fijada por el juez, tratará embargo sobre las cuentas bancarias de la propia aseguradora —lo que es relativamente fácil— y obtendrá el pago.

413. *Antecedentes extranjeros.* La acción de la víctima contra el asegurador no es un innovación jurídica reciente, aun cuando en nuestro medio se haya pretendido plantearla como revolucionaria y casi como herética. Normas de este tipo existen ya en muchos países, las que en buen número de los casos han sido precedidas por jurisprudencia de los Tribunales en tal sentido, y sus primeras manifestaciones son fechadas en el siglo pasado.

En Francia, la acción se otorga primero en caso de incendio por la Ley de 10 de febrero de 1889. Más tarde, la Ley de 28 de mayo de 1913 la incorpora definitivamente al Código Civil, agregando un inciso al artículo 2012 del *Code Napoleón* por el que la acción es posible en los casos de accidentes que causen daños a terceros. Finalmente, la Ley del 13 de julio de 1930, en su artículo 53, extendió el derecho de la víctima a accionar directamente contra el asegurador del causante a todos los seguros terrestres de responsabilidad civil.

La Ley española del Contrato de Seguro, en su artículo 76, establece que "el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste el daño o perjuicio a tercero".

Similares disposiciones contiene los ordenamientos jurídicos de Austria, Checoslovaquia, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia y Suiza [612], para no citar sino algunos. Ciertos países, como Bélgica, se resistieron a incorporar el principio por la vía jurisprudencial; sin embargo, la ley belga de 1° de julio de 1956, que crea el seguro obligatorio de vehículos automotores, ha finalmente concedido también a la víctima una acción directa contra el asegurador.

414. *Antecedentes nacionales.* Esta acción de la víctima contra el asegurador tampoco es una novedad en el Perú.

La Corte Suprema del Perú ha admitido también que las Compañías de Seguros fueran directamente demandadas por la víctima; aun cuando el respeto al principio de que los contratos sólo son obligatorios para las partes ha producido una jurisprudencia vacilante y contradictoria.

La jurisprudencia favorable a la acción contra el asegurador —cuya fundamentación analizaremos más adelante— ha recaido tanto en casos de accidentes de trabajo (que anteriormente eran objeto de seguro obligatorio ante Compañías de Seguros privadas) como en casos de accidentes de tránsito.

Don Víctor Arroyo Winther demanda al Expreso Noroeste S. A. y a la Compañía Internacional de Seguros del Perú para que le indemnice por los daños sufridos a causa de un accidente de tránsito de que fue víctima con ocasión directa de su trabajo. El apoderado de la Compañía de Seguros dedujo la excepción de inoficiosidad de la demanda, aduciendo que su representada no era causante del daño sino simplemente aseguradora del eventual causante. El Fiscal GARCIA ARRESE desestima esta alegación considerando que la Compañía Internacional de Seguros del Perú debe responder frente a la víctima porque se ha acreditado que es la aseguradora del personal obrero de su codemandada; y la Corte Suprema, por Resolución de 28 de setiembre de 1950, condena a dicha Compañía a pagar la indemnización por la incapacidad temporal sufrida por el demandante [613]. En el mismo sentido,

---

612. Henri y León MAZEAUD y Jean MAZEAUD: *Lecciones de Derecho Civil. Parte Tercera.* Vol II. Ediciones Jurídicas Europa- América. Buenos Aires, 1978. No. 2697- 2, n.1. pp. 293- 4.

613. *Revista de Jurisprudencia Peruana,* Diciembre de 1950. No. 83, pp. 1550- 1552.

la Resolución de la Corte Suprema de 24 de diciembre de 1951 ordena a la Compañía de Seguros Atlas pagar directamente a la víctima, don Bernardino Lazo, la indemnización por un accidente de trabajo [614].

En materia de accidentes de tránsito numerosas Ejecutorias admiten también la acción de la víctima contra el asegurador del responsable; aun cuando hay muchas Ejecutorias que la deniegan, lo que produjo confusión al respecto.

Ya en 1953 encontramos Ejecutorias como la recaida en el juicio seguido por doña Isabel Marcos de Toledo contra doña Gladys Huerta y la Compañía de Seguros La Nacional, en la que la Corte admite la acción y la declara fundada. El Fiscal FEBRES da cuenta en su dictamen de que la demandante ha dirigido su acción tanto contra la propietaria del vehículo que le infirió el daño como contra la Compañía donde ese vehículo se encontraba asegurado. Sin embargo, no se hace problema alguno con este hecho: ni lo fundamenta ni lo cuestiona sino que, simplemente, opina por que ambos demandados sean obligados al pago. Y el Tribunal Supremo, en Ejecutoria de 2 de noviembre de 1953, se limita a amparar esta acción, sin ninguna explicación [615].

Una Ejecutoria que fundamenta detalladamente la admisión de la acción contra el asegurador es la recaida en el juicio seguido por don Washington Arrunátegui Ríos contra don Jorge Bazán y contra la Compañía de Seguros Generales Italo-Peruana. Arrunátegui Ríos, quien conducía un camión, fue embestido por otro camión conducido en sentido inverso por Bazán, quien circulaba por el medio de la pista. Este último camión tenía un peso considerable porque estaba cargado de cilindros de gasolina. Al rozar el vehículo más liviano de Arrunátegui, lo hizo volcar; y Arrunátegui sufrió heridas graves que obligaron a la amputación de la mano derecha. Esta lesión implicaba que Arrunátegui no podría nunca más continuar ejerciendo su oficio de chofer y debía de cambiar de forma de vida. Como consecuencia de ello, Arrunátegui demandó tanto al chofer del camión que causó el accidente como a la Compañía aseguradora de ese vehículo.

---

614. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Abril de 1951. no. 99, pp. 2022- 2023.

615. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1954, No. 124, pp. 589- 590.

El Juez de Primera Instancia declaró fundada una excepción de irresponsabilidad deducida por la Compañía de Seguros Generales Italo-Peruana. Y el Fiscal GARCIA ARRESE, quien había admitido la procedencia de la demanda contra el asegurador en los casos de accidentes de trabajo, concuerda en este caso con la tesis del Juez. Sin embargo, la Corte Suprema de la República, en Resolución de 15 de setiembre de 1958, declara que la Compañía de Seguros puede ser emplazada en juicio conjuntamente con su asegurado-causante y que, en el presente caso, habiéndose demostrado la responsabilidad de éste último y la existencia del contrato de seguro, ambos demandados —chofer y asegurador— son responsables solidariamente; y agrega que "lo contrario daría lugar a que la reparación del daño fuera ilusoria, bastando para él lo que el asegurado (insolvente) se abstenga de demandar a la Compañía aseguradora" [616].

Otras Ejecutorias que admiten la acción pero que no la justifican teóricamente son las recaidas en los juicios seguidos por don Ismael Cisneros contra la Compañía de Seguros Popular y Porvenir [617] y por don Carlos Pereda Rebaza contra la Compañía de Seguros Rímac [618], en las que, establecida la responsabilidad y probada la existencia del contrato de seguro, la Corte ordenó al asegurador que pagará la indemnización.

Sin embargo, hemos indicado que existe también abundante jurisprudencia contraria; particularmente entre los años 1970 y 1973, aun cuando todavía se encuentra alguna en 1975.

Estas Ejecutorias curiosamente repiten el mismo texto en sus Considerandos, con el fin de justificar la denegatoria de la acción. La primera de ellas, aquella que inaugura el fraseo que se convertirá en tópico, es la recaida el 19 de octubre de 1970 en el juicio seguido por don José Emilio Buitrón Perales contra doña Daría Choy de Yi y la Compañía de Seguros Generales Sub-América Terrestre y Marítima S. A. La Corte Suprema dice que "el seguro de responsabilidad no produce solidaridad entre el asegurado y el asegurador para la reparación del daño irrogado por aquél, ni genera vinculación jurídica entre el asegurador y el titular del daño, por lo que es incuestionable que éste último carece derecho y calidad para ejercitar

---

616. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Noviembre de 1958. No. 178, pp. 1229- 1231.

617. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1963. No. 232, pp. 625- 627.

618. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Setiembre de 1974. No. 368, pp. 1119- 1120.

—como en el caso de autos— acción reparatoria directa contra la compañía aseguradora" [619].

La misma decisión y el mismo texto justificatorio se reproduce en la Ejecutoria recaida con fecha 13 de julio de 1971 en el juicio seguido por don Leonídas Lazo Pancorvo contra el Comité No. 4 San Judas Tadeo, don Luis Gaspar Camacho Pelliser y la Compañía de Seguros La Nacional [620]. Es interesante comprobar que en este caso la Compañía de Seguros litigaba por sí misma y como poderdante del asegurado; lo que confirma el hecho de que es realmente el asegurador quien asume el pleito, mientras que el asegurado se desentiende del mismo por considerar que está cubierto por el seguro: el verdadero interés en juego por la parte demandada —si el monto del seguro es suficientemente alto— no es el del responsable directo sino el de la Compañía de Seguros. También debe destacarse el hecho de que la votación de la Sala no fue unánime, dado que uno de los Vocales emitió un voto singular favorable a la acción contra el asegurador; pero, lamentablemente, no fundamentó su opinión discrepante, por lo que no podemos conocer los términos en que se discutió el caso en la Corte Suprema.

La Ejecutoria de 1° de julio de 1971, recaida en el juicio seguido por doña Fermina Elías viuda de Soto contra don Juan Infantes Merel y El Sol Compañía de Seguros Generales, después de repetir las frases consabidas, agrega algunas consideraciones adicionales: "no obstante el interés de la Compañía en el caso sub-litis, por su condición de aseguradora, debe considerársele como un tercero y, por lo tanto, ajena a la relación jurídica existente entre la actora y el causante directo del daño, por lo que para ella la controversia resulta ser 'res inter alios' tanto por el objeto de la misma como por la causa que la motiva" [621].

Otra Ejecutoria con el mismo texto —sin las adiciones hechas en la Ejecutoria anterior— es la recaida con fecha 2 de noviembre de 1971 en el juicio seguido por doña Artencisa de Pelloci y doña Claudia Pachas de Amado contra don Víctor Macaguo, don Nicolás Maumeire Huanca y la

---

619. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Setiembre, enero de 1971. No. 324, p. 117.

620. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Octubre de 1971. No. 333, pp. 1242- 1243.

621. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Agosto de 1971. No. 331, pp. 1005- 1006.

Compañía de Seguros y Reaseguros Peruano—Suiza S. A. [622]. Es de destacar que en este juicio se había producido incluso un allanamiento parcial de la Compañía de Seguros, que se declaró improcedente. Y la Ejecutoria de 11 de junio de 1973, recaida en el juicio seguido por don Miguel Landa Machuca contra la Granja San Bosco S. A. y la Compañía de Seguros El Sol, nuevamente repite el mismo texto [623]. En 1975, habiendo cambiado la composición de la Sala, encontramos sin embargo otra Ejecutoria recaída en el juicio seguido por la sucesión de don José Manuel Munar Matute contra don Percy Bejarano Torres y La Colmena Compañía de Seguros en la que se utiliza exactamente el mismo fraseo para denegar la acción contra el asegurador, que ya había sido admitida por las dos instancias inferiores [624].

Sección II: Fundamentos de la acción

415. *Alternativas.* La acción directa de la víctima contra el asegurador podía estar fundamentada ya sea en considerar que el contrato de seguro implica una estipulación en favor de tercero, ya sea en la acción oblicua, ya sea en un derecho especial concedido por la ley a la víctima.

416. *La estipulación en favor de tercero.* El primer camino consistiría en considerar que la ley ha caracterizado el contrato de seguro como un acuerdo entre un asegurado-estipulante con un asegurador-prominente, en virtud del cual éste último promete al primero abonar las sumas que le correspondan a un tercero (beneficiario-víctima) de acuerdo a las reglas de la responsabilidad extracontractual y dentro de los límites de la póliza.

En esta forma, se justificaría el derecho de la víctima de cobrar la indemnización directamente del asegurador. De otro lado, la víctima tendría también un derecho de valuta contra el causante, es decir, una acción basada en un hecho distinto del contrato entre asegurado y asegurador (aunque previsto por éste) como es el que se deriva de la responsabilidad extracontractual. Cabe recordar que una de las aplicaciones más importantes de los contratos en favor de tercero se encuentra en el campo de los seguros: el seguro

---

622. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Noviembre de 1971. No. 334, pp. 1377- 1378.

623. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Julio de 1973. No. 354, p. 840.

624. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, noviembre de 1975. No. 382, pp. 1230- 1231.

de vida es un ejemplo típico [625]. Y, de otro lado, el contrato de seguro de responsabilidad civil se encuentra tan cerca de esta institución que incluso es también denominado "seguro de tercera persona" (*third party insurance*).

Esta tesis fue adoptada por alguna Ejecutoria Suprema de las antes mencionadas. Es así como en el juicio seguido por don Washington Arrunátegui Ríos contra don Jorge Bazán y contra la Compañía Italo-Peruana de Seguros Generales, la Resolución de la Corte Suprema admite la acción contra el asegurador justificando esta admisión en que "conforme al artículo 1345 del Código Civil, el tercero por el solo hecho de la estipulación en su favor tiene el derecho de exigir el cumplimiento de la obligación" y que "producido el evento, aquella (la Compañía de Seguros) se sustituye el asegurado cubriendo los daños derivados del hecho" [626].

417. *Crítica.* Sin embargo, pensamos que quizá este camino no es el más adecuado para configurar la acción directa de la víctima contra el asegurador.

En primer lugar, tradicionalmente el contrato de seguro de responsabilidad civil es entendido como celebrado en interés del asegurado y no de la víctima y, cuando menos, es esta interpretación la que se ajusta mejor a la efectiva voluntad de las partes: lo que intentan las partes a través de tal contrato es mantener indemne al asegurado frente a las reclamaciones de un tercero; por tanto, este seguro *garantiza al asegurado* la conservación de su patrimonio. Ninguna de las partes tiene intención alguna de estipular en favor de tercero: el asegurado estipula con el asegurador en su propio favor, para evitarse problemas en el futuro. Por consiguiente, este tipo de contrato se celebra en interés del asegurado y no del tercero-víctima. Es verdad que el contrato en favor de tercero no excluye —por el contrario, más bien supone— que el estipulante tenga un interés propio [627]. Pero parecería que en el caso del seguro de responsabilidad civil, ese interés propio es el único que existe en el *ánimo* de quien adquiere un seguro, sin que el interés del tercero esté presente en la mente de los contratantes.

---

625. Manuel de la PUENTE y LAVALLE: "*Estudios del contrato privado*". T. II. Editorial Cuzco S. A. Lima, 1983, p. 227.

626. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Noviembre de 1958. No. 178, pp. 1229- 1231.

627. Cf. artículo 1457 del Código Civil peruano.

En segundo lugar, en el contrato en favor de tercero, el derecho de tal tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. En cambio, en el seguro de la responsabilidad civil el derecho de la víctima contra el asegurador surge sólo cuando se produce el daño. Es cierto también que actualmente se discute mucho sobre la posibilidad de que "personas futuras" pueden ser beneficiarias de los contratos en favor de terceros y que quizás los autores más importantes —ALESSANDRI, BOULANGER, CAPITANT, COLIN, JOSSERAND, MESSINEO, PLANIOL, RIPERT y otros— son partidarios de la tesis permisiva. Sin embargo, nuestro Código —posiblemente por influencia de Manuel de la PUENTE y LAVALLE [628]— ha adoptado la tesis de que "el derecho del beneficiario debe formarse *directamente* del contrato y nace *inmediatamente* de celebrado éste, razón por la cual no puede estipularse a favor de una persona inexistente desde que todo derecho debe tener un titular" [629]. Ahora bien, una "víctima" que todavía no es víctima, es una víctima inexistente: por consiguiente, aunque exista la persona físicamente, no existe todavía como beneficiario frente al asegurador en el momento en que se celebra el contrato de seguro: para ese asegurador, tal víctima es una "persona futura". De modo que, independientemente del hecho de que nos encontremos de acuerdo o no con la tesis que sobre esta materia prevaleció en el Código, por razones de mera concordancia no podríamos asimilar la acción de la víctima contra el asegurador al contrato en favor de tercero.

418. *La acción oblicua.* Otra posibilidad era considerar que la acción de la víctima contra el asegurador era una aplicación de la acción oblicua.

Como es sabido, la acción oblicua permite al acreedor ejercer los derechos del deudor, contra los terceros deudores de éste último, con el objeto de asegurar sus propios derechos. El Código Civil de 1936 permitía expresamente la acción oblicua en su artículo 1233 y el actual Código de 1984 la ha incorporado también a su artículo 1219, cuyo inciso 4to. establece: "Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para... ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohiba la ley. El acreedor, para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita re-

---

628. Cf. Manuel de la PUENTE y LAVALLE: *Op. cit.* T. II, pp. 262-264.

629. *Loc. cit.*

cabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudo en el juicio que promueva".

Dentro de este orden de ideas, hubiera podido pensarse que bastaba esa norma para posibilitar que la víctima pudiera demandar al asegurador conjuntamente con el asegurado—responsable, ejerciendo en vía de acción los derechos del responsable (que es deudor de la indemnización desde el momento en que causa el daño) contra el asegurador (quien también es deudor frente al responsable, desde el momento en que se produce el siniestro, es decir, desde que éste causó el daño).

419. *Crítica.* Esta solución parece más convincente que la estipulación en favor de tercero debido a que no fragua una falsa voluntad de los contratantes ni recurre a promesas en favor de personas inexistentes.

Sin embargo, aun cuando puede ser quizás la única salida en caso de que no exista una norma expresa en la ley, consideremos preferible crear legislativamente una acción directa por las razones que señalamos a continuación.

En primer lugar, utilizar la acción oblicua con este propósito es de alguna manera forzar la tradición doctrinaria de la institución. Esta acción está pensada en función de deudores negligentes o insolventes. Y este no es necesariamente el caso del responsable.

En segundo lugar, lo que parece más grave, la acción oblicua no tiene por objeto que la víctima obtenga un pago directo del indemnizador sino únicamente lograr que el monto de la indemnización del seguro pase efectivamente a formar parte del patrimonio del asegurado-responsable del daño. Esto significa que, como dice OSTERLING, "el beneficio se convertirá en prenda común de todos los acreedores. Quien ejercite la acción subrogatoria u oblicua no cuenta con privilegios sobre el bien que hizo reingresar en el patrimonio de su deudor" [630]. Por tanto, los terceros pueden caer sobre ese monto indemnizatorio y alegar derecho preferentes o concurrentes al de la víctima, produciéndose así la situación que daba origen a la justa indignación de Cesare VIVANTE [631].

---

630 Felipe OSTERLING PARODI: *Exposición de Motivos y Comentario al Libro VI del Código Civil. (Las obligaciones)*, con la colaboración de Carlos CARDENAS QUIROS, in *"Código Civil"*, compiladora Delia Debakey de Revoredo. Lima, 1985. T. V, p. 376.

631. *Vide supra.* No. 412, n. 611.

420. *La acción directa.* No existe una acción directa de la víctima contra el asegurador basada en un beneficio estipulado por terceros en su favor, porque esos terceros (asegurador y asegurado) no tuvieron jamás intención de estipular en favor de la víctima sino de sí mismos. Tampoco parece que la acción oblicua cumple los fines propuestos. ¿Cómo puede concebirse, entonces, la acción de la víctima contra el asegurador del responsable?

Dado que la voluntad de las partes no es una fuente de obligación directa alguna del asegurador frente a la víctima, sólo puede serlo la ley.

Los hermanos MAZEAUD sostienen que no se soluciona nada afirmando que la ley es la fuente de tal obligación, porque la ley es fuente de toda indemnización civil. Las partes no pactan la indemnización en el caso de la responsabilidad contractual y ciertamente no pueden hacerlo en el caso de la responsabilidad extracontractual. Es la ley quien impone, ya sea que se trate de un daño originado en el incumplimiento de un contrato o no, que el responsable pague a la víctima una reparación. Por consiguiente dicen estos autores, afirmar que la ley es la fuente de la acción directa no nos permite esclarecer la naturaleza misma de ella, puesto que ello no distingue la obligación del asegurador de la indemnización por responsabilidad contractual o extracontractual [632].

Sin embargo, aun cuando es exacto que es la ley la que crea la responsabilidad en todos los casos (y no la voluntad de las partes), no cabe duda de que crea diferentes mecanismos en función de las diferentes circunstancias. Tratándose de la obligación del asegurador frente a la víctima, la ley la instaura como contrapartida de un derecho que otorga a la víctima para obtener una reparación. Hemos dicho que la teoría moderna de la responsabilidad civil se encuentra centrada fundamentalmente en la víctima, a la que quiere auxiliar. Dentro de ese orden de ideas, la ley considera que el monto de la indemnización que corresponde pagar por el seguro debe ir directamente a la víctima y sin mayores dilaciones. Es por ese motivo que, mediante el otorgamiento de una acción directa a la víctima, coloca a esa indemnización al abrigo de terceros acreedores del responsable directo del daño y simplifica los procedimientos para que la víctima sea reparada a la mayor brevedad.

---

632. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle.* 6ta. Ed. t. III, Vol. II. Editions Montchrestien. París, 1983. No. 2698-2, pp. 349-351.

421. *Socialización del contrato de seguro.* No cabe duda de que la creación de una acción directa de la víctima contra el asegurador afecta radicalmente la naturaleza del contrato de seguro, otorgándole un contenido más social.

Como antes se ha visto, el contrato de seguro de responsabilidad civil tradicional tiene por objeto proteger al asegurado contra una disminución de su patrimonio debida a reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual. Puede decirse así que el contrato de seguro clásico no pretende proteger al tercero dañado sino al asegurado que celebra el contrato: el asegurado toma un seguro en su propio beneficio, persigue "egoístamente" cubrir su propia responsabilidad [633]. En cambio, después de la promulgación del Código Civil de 1984, con su artículo 1987, el contrato de seguro de responsabilidad civil se preocupa también de la víctima: no sólo pretende dejar al asegurado indemne frente a "ataques económicos" (por la vía judicial) de la víctima sino que además tiene ahora en cuenta el interés de la víctima misma, que debe ser indemnizada.

Sección III: La solidaridad

422. *Obligación de mano común.* Creada la acción directa contra el asegurador, nos encontramos que la víctima tiene ante sí deudores: el responsable directo y la Compañía de Seguros. ¿Cuáles son las relaciones de estos dos deudores entre sí?

Ante todo, es necesario establecer si se trata de dos obligaciones diferentes o de una misma obligación a cargo de dos personas.

Pensamos que no puede hablarse de obligaciones enteramente independientes porque, aun cuando su nacimiento sea distinto (una requiere simplemente la comisión del daño y la otra requiere adicionalmente la existencia de un contrato de seguro), en ambos casos se persigue un solo propósito: reparar a la víctima. Esta obligación de reparación puede no tener la misma extensión en cuanto a su monto, pero no cabe duda de que una se superpone a la otra y la cancela en la parte del monto común: si el asegurador paga a la víctima, éste no puede exigir ese mismo monto al responsable directo (sin

---

633. Alfredo FERRERO DIEZ CANSECO: *La acción solidaria contra el Asegurador. Artículo 1987 del Código Civil de 1984.* Tesis. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985, p. 70.

perjuicio de que pueda exigirle el exceso a que crea que pudiera tener derecho). Por consiguiente, el pago efectuado por el asegurador cancela, hasta por ese monto, la obligación del responsable directo.

La obligación del responsable directo y la obligación del asegurador no constituye dos obligaciones diferentes sino dos caras de la misma obligación de reparar, que a su vez es el correlato del derecho de la víctima a ser reparada. Esta obligación de reparar puede estar a cargo de una sola persona (el responsable directo o de varias (entre las que se incluye al asegurador); pero se trata siempre de una y misma obligación. Y es claro que se trata de una sola obligación si tenemos en cuenta que el pago hecho por cualquiera de los deudores a las víctima, libera a los demás deudores frente al acreedor- víctima hasta por el monto pagado. Si la Compañía de Seguros paga I/. 10'000.000 a una víctima, ésta no puede reclamar esa misma suma al responsable directo (asegurado), aduciendo que se trata de dos obligaciones diferentes: la deuda *común* ha sido cancelada hasta por esa cantidad. Por otra parte, en ciertos casos, el asegurador puede repetir contra el propio asegurado; lo que implica que no pagó una obligación propia e independiente sino que, atendiendo a las circunstancias pagó una obligación que era común.

Una mera acción directa de la víctima contra el asegurador, facultada por la ley, sin referencia a una mancomunidad con el causante, implicaría que el derecho de la víctima contra el asegurador tiene un carácter completamente independiente. Tal *acción directa* a secas conllevaría que la víctima tiene una *relación directa* con el asegurador; lo que no es verdad porque su relación es por interpósita persona: el causante- asegurado. En verdad, para los efectos de la justificación de la obligación del asegurador, el causante o responsable directo está siempre de por medio entre la víctima y el tal asegurador.

No hay, pues, dos obligaciones distintas (hasta por el monto de la póliza) sino una obligación con dos deudores, es decir una obligación de mano común o mancomunada.

423. *Mancomunidad simple o solidaridad.* Establecido así que se trata de un caso de mancomunidad, es preciso determinar si estamos ante una mancomunidad simple (cada uno de los deudores paga su parte) o de mancomuni-

dad calificada o solidaria (en la que cada deudor responde por el íntegro de la obligación común) [633bis].

No queremos en este punto entrar en la discusión francesa respecto de la distinción entre la obligatione in solidum y la solidaridad. Como es sabido, de acuerdo a la doctrina francesa, la *obligatio in solidum* no es lo mismo que la obligación solidaria: en la primera como en la segunda, cada uno de los deudores responde por el todo; pero, en la simple *obligatione in solidum* (a veces llamada solidaridad imperfecta) no se produce entre los deudores de mano común (o acreedores, según el caso) una representación común: a diferencia de lo que sucede con la solidaridad propiamente dicha, en la *obligatione in solidum* la constitución en mora de uno de los deudores no surte efecto respecto de los otros o la interrupción o suspensión de la prescripción no interrumpe ni suspende para los otros[634]. Además de esos efectos —llamados "antiguos"— de la solidaridad que la hacen distinta de la simple obligación *in solidum*, la doctrina francesa reconoce "nuevos" efectos basados siempre en la representación común que es la característica de la solidaridad, como el hecho de que la sentencia contra uno de los deudores sea oponible a todos, incluyendo a los que no participaron en el juicio[635]. Dentro del marco de tal distinción, la jurisprudencia francesa considera que el asegurador y el asegurado tiene frente a la víctima una obligación *in solidum*, pero no una obligación solidaria[636].

La doctrina alemana, en cambio, no admite esta distinción entre la *obligatione in solidum* y la solidaridad sino que considera como solidaridad a la obligación *in solidum* (rechazando la *representación* común, como característica esencial de la solidaridad).

Nuestro Código de 1984, posiblemente influenciado por la tendencia alemana, tampoco reconoce la distinción. Aquello que el Código peruano llama solidaridad es un híbrido entre la *obligatione in solidum* (sin represen-

---

633bis. El uso de la palabra "mancomunidad" tanto para la mancomunidad simple como para la mancomunidad solidaria o solidaridad, ha sido ya comentado supra, nota 462.

634. Marcel PLANIOL y Georges RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Français. T. VII. Les obligations*. Libraire Generale de Droit de Jurisprudence. París, 1931. No. 1084, p. 294.

635. Marcel PLANIOL y Georges RIPERT: *Op. cit.*, No. 1086, p. 396.

636. Henri y León MAZEAUD, Jean MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, T. III, vol. II. 6ta. ed. No. 2716, p. 399; *etiam illi ipsi auctores*, T. II. 6ta. ed. No. 1963, pp. 1093-1096.

tación recíproca) y la solidaridad francesa (con representación recíproca), pero más cercano a la concepción alemana. Así, aunque admite que la novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación libera a los demás codeudores (art. 1188) y que la interrupción de la prescripción contra uno de los deudores solidarios interrumpe frente a todos (art. 1196), no admite que la constitución en mora de uno de los deudores solidarios surta efecto contra todos (art. 1124) ni que la suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores solidarios surta efecto para los demás (art. 1197) ni, menos aún, que la sentencia contra uno de los deudores surta efecto contra los demás codeudores (art. 1193).

Dado que el Código peruano llama a esta figura con el nombre de "solidaridad", utilizaremos esta misma palabra para designar los efectos de la regla del artículo 1987 dentro del contexto del Código de 1984, sin adoptar ninguna posición crítica ni utilizar en adelante (para evitar en confusiones) la expresión de "*obligatio in solidum*".

424. *Solidaridad o simple acción directa.* Uno de los aspectos más discutidos del artículo comentado es el hecho de haber introducido la noción de solidaridad. Hay quienes sostienen que el mismo resultado se hubiera logrado estableciendo únicamente una acción directa a secas (sin mención de la solidaridad) contra el asegurador, como lo hacen las legislaciones de otros países.

Sin embargo, lo expuesto anteriormente sobre las obligaciones simplemente mancomunadas y las obligaciones mancomunadas solidarias, puede aclarar buena parte de ese debate. Dado que estamos ante una obligación de "mano común", no cabían sino dos alternativas: la obligación mancomunada simple y la obligación mancomunada solidaria. Empero, la acción directa sin solidaridad (obligación mancomunada simple) habría significado desconocer la naturaleza de la relación entre la víctima, el responsable directo y el asegurador.

En efecto, si descartamos la interpretación de que se trata de dos obligaciones diferentes e independientes y consideramos consiguientemente que es una obligación de "mano común", pensamos que no cabe duda al respecto: tiene que ser solidaria. Si no lo fuera, sería mancomunada simple; no cabe otra cosa. Y la mancomunidad simple nos llevaría a la solución absurda de tener que admitir un prorrateo del monto de la indemnización debida

a la víctima entre los dos deudores. El asegurador podría decir: "Dado que somos dos deudores (mancomunados) de una misma obligación, deben aplicarse las reglas de las obligaciones divisibles (art. 1182 del Código Civil). Como toda obligación de pagar una suma de dinero es divisible, yo me libero pagando únicamente mi parte de la deuda; es decir, como somos dos deudores (responsable directo y asegurador), pago a la víctima la mitad del monto de su daño, aunque el monto asegurado pudiera ser mayor".

Esa solución es inaceptable. El asegurador es tan deudor como el responsable directo (con las limitaciones del monto de la póliza que hará valer como excepción, según veremos después) y tiene que reparar el íntegro del daño (si la póliza lo cubre todo). Por consiguiente, la relación de mancomunidad que existe entre el responsable directo y el asegurador frente a la víctima es de solidaridad y no de una mancomunidad simple que conduciría a un prorrateo de la indemnización.

425. *La solidaridad en la jurisprudencia peruana.* Es importante señalar que la discusión sobre la responsabilidad directa del asegurador se dio siempre en el Perú en términos de solidaridad.

Aquellos que negaron la acción directa contra el asegurador; arguyeron que "el contrato de seguro por responsabilidad derivada de acto ilícito no genera *solidaridad* entre el asegurado y el asegurador.." [637]. Por consiguiente, el tema en debate era la solidaridad y nunca una mancomunidad simple o la existencia de obligaciones paralelas.

A su vez, prácticamente todas las Ejecutorias que admitieron la acción de la víctima contra el asegurador, lo hacen en términos de solidaridad, salvo uno o dos que simplemente no califican la relación entre "deudor-responsable directo" y "deudor-asegurador" (aunque se sobreentiende que cada uno de ellos resulta obligado por el íntegro), posiblemente porque no vieron el problema [638].

De manera que nuestros Tribunales han discutido usualmente el punto, desde antes de que existiera la norma del Código de 1984; y siempre lo hicieron desde la perspectiva de la solidaridad: en algunos casos sostuvieron

---

637. *Vide* las Ejecutorias citadas, *supra*, No. 414, notas 619- 624.

638. *Vide supra*, No. 414, n. 616- 617; sin fundamentación, notas 617- 618.

que no había solidaridad y declararon infundada la demanda de la víctima contra el asegurador; en otros casos, resolvieron que existía solidaridad y que la víctima podía cobrar directamente la indemnización del seguro. Pero el concepto en juego era el de solidaridad.

426. *El Código Civil de 1984.* El nuevo Código decide la discusión en los mismos términos en que se había desarrollado la discusión jurisprudencial: la víctima puede demandar al asegurador porque éste responde solidariamente con el causante.

En otras palabras, el asegurador y la víctima son ambos responsables en la medida en que el primero es una suerte de fiador solidario del segundo, por mandato de la ley. En esta forma, la naturaleza de la obligación del asegurador es clara: no es otra (en cuanto a su entidad, pero no necesariamente en cuanto al límite del monto) que la obligación del causante directo. Es por esa obligación extracontractual que responde tanto el causante directo como el asegurador en tanto que fiador solidario, y no por otra misteriosa e invisible obligación directa del asegurador frente a la víctima (con quien no tiene relación contractual), sin causa conocida. El problema se centra en el daño y en la víctima: se ha producido un daño y hay una víctima que tiene derecho a cobrar una reparación; puede cobrarla (ésta única reparación que subyace a las obligaciones del responsable y del asegurador) sea contra uno o contra otro. Esto es todo.

427. *Críticas a la solidaridad.* Esta norma del artículo 1987, que garantiza la buena fe y evita demoras innecesarias en la reparación de las víctimas, ha sido objeto de severas críticas por parte de los aseguradores en razón de temores que, en nuestra opinión, carecen de fundamento legal.

Las Compañías de Seguros —una vez promulgado el Código— han manifestado su preocupación por el hecho de que se haya establecido una solidaridad entre ellas y sus asegurados frente a las víctimas, porque piensan que pudieran ser requeridas a efectuar pagos superiores al monto pactado en el contrato de seguro: la víctima podría reclamar al asegurador no solamente hasta por el monto asegurado sino hasta por el monto total del daño causado.

Esta inquietud se encuentra en parte justificada por el hecho de que la Comisión Revisora modificó la redacción original de este artículo pervirtiendo su sentido, al punto que puede dar la impresión de que el texto del mismo está orientado a responsabilizar a las Compañías de Seguros hasta por el monto del daño sin tener en cuenta el límite de la póliza.

En efecto, el Proyecto redactado por el autor de este trabajo para la Comisión Reformadora establecía que "la víctima tiene acción directa contra el asegurador del causante, quien responde solidariamente con éste". Pero la redacción definitiva que le otorgó la Comisión Revisora dice que "la acción indemnizatoria puede ser dirigida contra el asegurador *por el daño*, quien responde solidariamente con el responsable directo de éste". El agregado de las palabras "por el daño" da lugar a pensar que el asegurador responde por el monto total del daño. De otro lado, la supresión inexplicable de la expresión "acción directa" —que ya se ha hecho clásica en el Derecho comparado— puede sugerir que la acción que la víctima contra el asegurador es la misma que la que tiene contra el causante, en vez de ser una acción diferente basada en la existencia del contrato de seguro, lo que reforzaría una absurda interpretación en el sentido de que el asegurador y el responsable directo tienen una misma posición frente a la víctima y, consiguientemente, pueden ser demandados con la misma acción y por el mismo monto.

428. *El problema en la legislación comparada.* Este problema no se presenta en Francia porque, como la acción de la víctima contra el asegurador y la acción de la víctima contra el responsable directo son consideradas independientes, cada una se encuentra regida por su propia fuente.

De esta manera, la acción contra el asegurador se encuentra regida por el contrato de seguro que, aunque no participa en él la víctima, es el instrumento que le otorga a la víctima el acceso al patrimonio del asegurador. Por consiguiente, "El Derecho del asegurador tiene sus fuentes y sus límites en el contrato (de seguro)" y "el hecho de que la demanda esté dirigida por la víctima (y no por el propio asegurado que suscribió el contrato de seguro) no puede cambiar ni la extensión ni las condiciones de la obligación del asegurador. Este no debe más a la víctima que lo que pudiera deber al asegurado" [639].

Por consiguiente, la obligación *in solidum* del asegurador se encuentra inscrita dentro de los límites de la indemnización estipulada en el contrato de seguro: la víctima puede exigir sea del asegurador, sea del "responsable-asegurado", la indemnización que corresponde a sus daños y que se encuentra garantizada por el contrato de seguro. "En cuanto a la parte de la indem-

639. Henri y León MAZEAUD, Jean MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, 6ta. ed. T. III, vol. II. No. 2703, pp. 374- 375.

nización que pueda exceder el máximo garantizado por el asegurador, no sabría ser colocada —esto va de suyo— a la carga del asegurador" [640].

429. *Nuestra interpretación.* En nuestra opinión, el Derecho se supone que es un sistema razonable de regulación de conductas razonables, que persigue fines razonables y que es aplicado por personas razonables. Por consiguiente, ni aun la infeliz redacción final de la Comisión Revisora puede crear una norma absurda (cuando menos en nuestro medio), como sería la de responsabilizar al asegurador por el monto total del daño, sin tener en cuenta los límites del contrato de seguro, como si fuera responsable directo del daño.

Las relaciones jurídicas no pueden existir sin una justificación o razón de ser: el reino del Derecho es el reino de la inteligibilidad. Un sistema jurídico compuesto por normas sin explicación, que no son consistentes entre sí y que se explican de manera ritual con independencia de su sentido dentro del contexto, crearía simplemente un mundo de locos.

¿Cuál es la justificación de una solidaridad del asegurador con el responsable directo frente a la víctima? Unicamente la existencia de un contrato que asegura la obligación de la víctima hasta por un cierto monto. A excepción de esta situación, el asegurador es un tercero tan ajeno al daño como cualquier otra persona que pasa por la calle; y de la misma manera como no podríamos interpretar una norma en el sentido de que cualquier ciudadano escogido al azar puede ser responsabilizado por un determinado accidente, tampoco podemos interpretar el artículo 1987 con prescindencia del hecho irrefutable y comprometedor de que existe un contrato de seguro.

Ahora bien, si la fuente (por mandato legal) del compromiso del asegurador frente a la víctima es la existencia de un contrato de seguro entre el asegurador y el responsable del daño, entonces la responsabilidad del asegurador frente a la víctima no puede rebasar los límites y términos de tal contrato de seguro.

Y esto es así ya sea que lo veamos desde la perspectiva de la culpa o desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva.

---

640. Henri y León MAZEAUD, Jean MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, 6ta. ed. T. III, vol. II. No. 2716, pp. 399- 400.

En términos de culpa o responsabilidad subjetiva no hay justificación alguna para la responsabilidad del asegurador por encima del monto asegurado. El asegurador nunca tiene culpa: si responde es sólo en razón de la extensión creada por la ley de los efectos del contrato de seguro. Más allá de los límites del seguro, el asegurador no tiene ni la obligación legal mencionada ni tampoco culpa. Entonces, ¿en base a qué respondería por la diferencia? Hacerlo responsable sería equivalente a hacer responsable de un accidente a quien resulte sorteado al azar. Dentro del marco de los principios de la responsabilidad subjetiva, esto es insostenible.

Claro está que podría argüirse inteligentemente que la situación cambia cuando se enfoca la norma desde la teoría de la responsabilidad objetiva, especialmente con miras a lograr a través de ella una difusión social de los riesgos. Podría decirse que la responsabilidad del asegurador es objetiva, por mandato de la ley. De la misma manera como el empleador responde objetivamente por los daños de su servidor aunque no tenga literalmente culpa[641], así también el asegurador responde por el asegurado aunque no tenga culpa. Esta responsabilidad estaría orientada a promover la contratación de seguros ilimitados. Dado que el asegurador responde por el todo de acuerdo a tal interpretación del artículo 1987, las Compañías de Seguros no aceptarán (recordemos que estamos ante un caso de seguro voluntario) contratar un seguro de automóviles de tercera persona si no es por riesgo ilimitado. Un seguro de esta naturaleza no es usual, pero tampoco es impensable: todo el problema estriba en que las primas deben ser aumentadas hasta un monto que cubra el riesgo estadísticamente previsible. El seguro es una forma de domeñar el azar con la ayuda de la estadística. Por consiguiente, puede calcularse el riesgo estadístico anual global de accidentes por el conjunto de los asegurados y establecerse una prima acorde con tal riesgo. De hecho, muchos de los países que cuentan con seguros obligatorios han establecido que la reparación es ilimitada.

Sin embargo, todo texto de una norma jurídica debe ser entendido dentro del contexto de las demás relaciones jurídicas, sociales y económicas en que dicha norma opera. Desde esa perspectiva global, no cabe duda que en nuestro medio sería una interpretación equivocada (y hasta contraproducente) si los jueces ordenaran que las Compañías de Seguros paguen el monto total del daño con el objeto de alentar que los seguros de responsabilidad se contraten con riesgo ilimitado y, en esta forma, se contribuya a la

641. *Vid.* nuestro comentario al art. 1981. *Supra*, No. 298.

difusión social del riesgo. Todo lo que resultaría de ello es que las Compañías de Seguros establecerían primas altísimas —y quizás técnicamente irrefutables— para este tipo de seguros. Como consecuencia de ello, menor número de personas podría asegurarse; y, en vez de haber logrado una mayor difusión social del riesgo, se habría desalentado uno de los mecanismos esenciales a través del cual este principio actúa: el seguro, aun bajo su forma voluntaria.

En consecuencia, pensamos que la interpretación extensiva de este artículo —considerando que el *quantum* por el que responde la Compañía de Seguros es igual al monto total del daño— no es razonable dentro de nuestro medio; especialmente si lo que se quiere es distribuir socialmente el peso económico de los accidentes.

Cabe destacar que, de otro lado, el artículo 1987 tiene carácter general y no está limitado únicamente a los accidentes de automóviles. Ahora bien, en el campo de accidentes menos rutinarios y menos bien conocidos desde el punto de vista estadístico, la determinación técnica de la prima para un seguro ilimitado parece aún más difícil y errática. En general, el problema del seguro ilimitado debe ser replanteado cuando se establezcan seguros obligatorios para riesgos específicos. Podría suceder que el gran volumen de pólizas que resulta de la naturaleza obligatoria del seguro pueda absorber el mayor riesgo de la falta de límite en la indemnización sin producir un encarecimiento severo de las primas, como efectivamente ha sucedido en algunos países. Sin embargo, éste es un tema que debe ser discutido técnicamente y en base a cálculos y estadísticas.

430. *La Comisión de Asesores de la Asociación Peruana de Empresas de Seguros* [641bis]. El problema no debe ser tan grave, dado que los asesores de los asesores de las Compañías de Seguros ni siquiera repararon en su existencia.

Antes de la promulgación del Código, la Asociación Peruana de Empresas de Seguros constituyó una Comisión especial de abogados con el objeto de preparar un informe sobre la Sección de Responsabilidad Extracontractual. El informe fue evacuado el 7 de febrero de 1983 y la Asociación lo presentó al señor Ministro de Justicia con comunicación de 10 de marzo del mismo año.

641bis. Este informe es discutido con más detalle al referirnos al seguro obligatorio de accidentes, *infra*, No. 444.

Este informe tenía un carácter absolutamente reaccionario (en el sentido más gramatical del término, sin referencias políticas), porque constituye una verdadera "reacción" al Proyecto presentado por el autor de este libro: se limita a criticar los textos propuestos (de manera minuciosamente infundada) *sin proponer ninguna otra redacción o idea sustitutoria.*

Ahora bien, este informe obsesivamente meticuloso (y, a nuestro juicio, equivocado) en aspectos gramaticales, no formula observación alguna al primer párrafo del entonces artículo 2046 que contenía la idea de la solidaridad del asegurador con el responsable frente a la víctima. Sin embargo, dado que en ese entonces aún no había sido promulgado el Código y que había posibilidad de introducir modificaciones, hubiera sido muy interesante una contribución positiva basada en una nueva redacción que evitara la ambigüedad. Por ejemplo, si los Asesores hubieran propuesto que a la norma "La víctima tiene acción en todos los casos contra el asegurador del causante, quien responde solidariamente por éste" se agregara la frase "hasta por el monto de la póliza", tanto sus clientes aseguradores como los encargados de la redacción del Código hubieran quedado satisfechos y no hubiera existido la posibilidad alguna de confusión.

Pero el espíritu negativo de crítica total sin aporte alguno, impidió esta colaboración de tan importantes juristas.

431. *Solidaridad y limitación de responsabilidad.* Una de las objeciones que se han formulado más frecuentemente a la aplicación de la solidaridad en este caso es que existe una limitación en cuanto al monto de su alcance: el responsable directo responde por todo el daño, mientras que el asegurador responde solidariamente sólo hasta por el monto de la póliza. Por consiguiente, se dice, no hay solidaridad porque no hay identidad absoluta entre las dos obligaciones pretendidamente solidarias.

En otras palabras, la unidad de prestación sería un elemento característico de las obligaciones solidarias. Y la prestación sería entendida como un monto determinado, de manera que cualquier diferencia en el monto entre una y otra obligación haría imposible la solidaridad [642].

---

642. *Vid.* en ese sentido la inteligente tesis de Alfredo FERRERO DIEZ CANSECO: *La Acción Solidaria contra el Asegurador. Artículo 1987 del Código Civil de 1984.* Tesis. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985, pp. 104- 108 *et passim.*

No creemos que tales críticas sean fundadas. La solidaridad no impide que, una vez identificada la prestación, el co-deudor se encuentre vinculado a ella de manera limitada. La unidad de prestación se refiere exclusivamente a aquellos rasgos de la obligación que hacen que ésta sea una sola; pero no impiden que esa obligación, así tipificada, sea co-adeudada solidariamente *dentro de ciertos límites y condiciones.*

El artículo 1184 del Código Civil dispone que la solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor. Por consiguiente, si los codeudores solidarios pueden obligarse por plazos distintos o unos en forma pura y otros bajo condición, ¿por qué no pueden obligarse por montos distintos, con limitaciones en cuanto el alcance de su responsabilidad?

La prueba más evidente se encuentra en el contrato de fianza. Nadie discute la posibilidad de pactar una fianza *solidaria* pero limitada a ciertos montos o condiciones. *Marcellus* puede requerir un préstamo de 10'000,000 HS de la *Argentariae Romanorum Thesauri*, pero le exigen una fianza solidaria. *Trasus* puede estar en disposición o en capacidad de otorgar tal fianza hasta por 5'000,000 HS, pero no por diez. El Banco podría perfectamente considerar que *Marcellus* bien vale un riesgo de 5'000,000 HS y que, si ya tiene los otros 5'000,000 HS garantizados por *Traso*, no hay inconveniente en prestarle el íntegro de lo que pide. De esta manera, la obligación de *Marcelli* sería por diez millones de sestercios y estaría afianzada *solidariamente* hasta por cinco millones por *Traso*.

Dentro de este orden de ideas, no vemos tampoco inconveniente alguno para que el asegurador responda solidariamente frente a la víctima con el responsable directo hasta por un monto determinado en la póliza; el exceso es obligación exclusiva del responsable directo.

En nuestra opinión, el nuevo Código ha decidido la cuestión en esos términos. El asegurador y la víctima son ambos responsables en la medida en que el primero es una suerte de *fiador o garante solidario* del segundo, por mandato de la ley. Pero como su posición de co-obligado solidario nace (conforme a la misma ley) de la existencia de un contrato de seguro, su solidaridad se encuentra limitada por lo pactado en tal contrato. Esto es lo que justifica que el asegurador pueda deducir excepciones distintas de las del responsable directo, como la falta de vigencia de la póliza por incumplimiento (anterior al daño) del pago de las primas u otras derivadas del con-

trato de seguro; entre ellas, la excepción de que el monto asegurado es menor que la suma que se le exige pagar como indemnización a la víctima.

Sección IV: La aplicación del sistema

432. *Excepciones deducibles.* El asegurador demandado puede deducir tanto excepciones que son comunes con su asegurado como otras que le son propias.

433. *Excepciones comunes.* La principal de las excepciones comunes es la derivada de la falta de responsabilidad del asegurado.

Tanto el "asegurado-causante" como el asegurador pueden ampararse en el hecho de que no existió responsabilidad de tal asegurado. Evidentemente, la situación es distinta según se trate de un caso de responsabilidad por culpa (artículo 1969) o de un caso de responsabilidad objetiva (artículo 1970).

En los casos de daños sujetos al régimen de la culpa, el asegurador puede exceptuarse probando que su asegurado no tuvo culpa en los hechos o que no existió relación de causalidad entre el asegurado y el daño demandado. Dada la presunción de culpa de la última frase del artículo 1969, no es a la víctima a quien corresponde probar la culpa del asegurado sino que al asegurador le corresponde probar la ausencia de culpa de éste. La situación de responsabilidad —que es el hecho que configura el siniestro asegurado— se define entre víctima y causante; por consiguiente, para hacer valer este excepción, el asegurador tiene que colocarse en la situación del causante, *i.e.*, tiene que liberarse de la presunción de culpa que afecta a éste.

En los casos regidos por la responsabilidad objetiva, la ausencia de culpa no liberará al asegurador. La culpa o no culpa del asegurado (causante del daño) es irrelevante para configurar la responsabilidad. Pero todavía el asegurador puede hacer uso de otras excepciones que son igualmente comunes con su asegurado: puede demostrar que el hecho estuvo incurso en las causales de los artículos 1971 a 1973 del Código Civil o, de manera general, que no existió relación de causalidad entre el hecho de su asegurado y el daño de la víctima.

434. *Excepciones propias del asegurador.* Paralelamente a las excepciones comunes, el asegurador tiene excepciones propias derivadas del contrato de seguro.

Podría cuestionarse la facultad de oponer excepciones provenientes de un contrato de seguro del cual el demandante no ha sido parte. Pero la acción contra el asegurador no tiene otro objeto sino que éste cumpla con su obligación contractual como asegurador[643]. En consecuencia, el asegurador puede oponerle a la víctima todas aquellas excepciones derivadas de aquel contrato sin el cual no existiría acción de la víctima contra dicho asegurador.

Ahora bien, es preciso distinguir entre excepciones fundadas en hechos anteriores al daño y excepciones fundadas en hechos posteriores al daño.

Como la víctima se convierte en titular del crédito a la indemnización desde el momento en que se produce el daño, las excepciones que puede oponer el asegurador son sólo aquellas basadas en hechos anteriores a ese momento [644].

Estas excepciones pueden ser muy variadas se basan en el texto del contrato o en hechos de consecuencias contractuales que tiene lugar antes del daño. Entre ellas, debemos contar el monto de la póliza: el asegurador puede excepcionarse por toda suma adicional a la contratada en la póliza aduciendo que su contrato no lo obliga a ello. Recordemos que la norma comentada responsabiliza al asegurador en tanto que "asegurador". Ahora bien, tal asegurador no es "asegurador" con relación al monto del daño que excede a la suma contratada en la póliza para el siniestro. Respecto de tal exceso, la Compañía de Seguros demandada no es "asegurador" sino que es igual a cualquier hijo de vecino; y ya hemos dicho que la ley no puede razonablemente obligar a cualquier hijo de vecino a que pague un daño ajeno. Además, el asegurador puede ampararse en las cláusulas que invalidan el seguro si se producen ciertas circunstancias, tales como hecho doloso del asegurado, daños causados en estado de embriaguez o bajo el influjo de drogas, etc. También puede ampararse en las condiciones que recinden de pleno derecho el seguro o lo dejan en suspenso, como la falta de pago de las primas si esto era una causal estipulada de suspensión o de rescisión de pleno derecho del contrato de seguro, etc.

---

643. Alfredo FERRERO DIEZ CANSECO: *Op. cit.*, p. 154.

644. Henri y León MAZEAUD, Jean MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, 6ta. ed. T. III, vol. II. No. 2703- 3, p. 378.

En cambio, ninguno de los hechos posteriores a la ocurrencia del daño puede modificar la obligación del asegurador, porque ésta nace en el momento mismo del daño. En otras palabras, la producción del daño equivale a una fotografía que congela los hechos: todo lo que sucede después, ya no está en la fotografía y no puede tomarse en cuenta. Si el asegurado deja de pagar las primas después de ocurrido el daño —aunque esta causal se encuentre señalada en el contrato de seguro que tiene fecha anterior al daño— el asegurador no puede exceptuarse frente a la víctima: tendrá que pagar, porque esa falta de pago no ha ocasionado una suspensión del contrato de seguro anterior al daño; sin perjuicio de que el asegurador pueda repetir contra el asegurado por el monto de la indemnización que ha tenido que pagar a la víctima. Tampoco puede alegar la Compañía de Seguros que el asegurado no cumplió con darle aviso oportuno del siniestro conforme a lo pactado en la póliza: éste también es un hecho posterior al daño que no puede afectar a la víctima.

Igualmente, no son oponibles a la víctima la compensación, la transacción o la condonación del asegurador con el asegurado después del siniestro: todo ello no afecta el derecho de la víctima que ha nacido en el momento del daño, *i.e.*, antes de esas operaciones.

No todas las legislaciones aceptan esa distinción entre excepciones fundadas en hechos anteriores al daño y excepciones fundadas en hechos posteriores. Algunas consideran que el seguro paga siempre a la víctima, sin perjuicio de que pueda repetir contra el asegurado, cuando el pago excede los marcos del contrato de seguro. Por ejemplo, el artículo 11 de la ley belga de 1° de julio de 1956 sobre seguros de automóvil, prevé que "ninguna realidad, ninguna excepción o incumplimiento, derivados de la ley o del contrato de seguro, será oponible por el asegurador a la persona herida". Este es el caso también de la ley española que, en su artículo 74, establece que "La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste".

435. *El problema de la fecha cierta.* La gran dificultad para aplicar esta distinción entre excepciones anteriores y excepciones posteriores al daño deriva de la probanza de la fecha de las estipulaciones.

Una ejecutoria de la Corte de Casación de Francia había decidido que todas las modificaciones de la póliza destinadas a reducir la cobertura de-

bían tener fecha cierta de antes del siniestro, para que fueran oponibles a la víctima. Sin embargo, las pólizas de seguros no están sometidas en Francia a ningún tipo de registro, por lo que no podía pedirse fecha cierta ni para la contratación de una póliza ni para su modificación. Por ello, la Corte de Casación ha variado su jurisprudencia y ya no exige fecha cierta[645]. Empero, no puede negarse que ello se presta a muchos fraudes en perjuicio de la víctima, mediante la concertación interesada de asegurador y asegurado.

En los casos de pólizas aprobadas por disposición gubernamental, el problema desaparece porque se trata de textos uniformes cuya validez anterior al daño es inobjetable. En cambio, los *addenda* y modificaciones de la póliza siguen constituyendo un problema difícil de manejar jurídicamente.

436. *El pago de la indemnización al asegurado.* Con el objeto de evitar fraudes y de que las sumas del seguro lleguen efectivamente a su destinatario final que es la víctima, la ley francesa ha establecido una norma bastante radical: los pagos efectuados por el asegurador al asegurado no lo liberan de su obligación frente a la víctima.

Esto significa que, aun cuando el asegurador abone al asegurado la suma correspondiente a la indemnización en el contrato de seguro, la víctima puede demandarlo para que le pague ese importe. La víctima es titular de un crédito directo contra el asegurador y ese crédito no puede verse afectado por la situación crediticia del "responsable-asegurado"; los acreedores de este último no pueden pretender una concurrencia o una preferencia frente al crédito de la víctima. Esta es una consecuencia de que la teoría que informa la acción de la víctima contra el asegurador no es una simple acción oblicua, sino un nuevo tipo de acción creado por la ley.

437. *La pluralidad de víctimas.* ¿Qué debe hacer la Compañía de Seguros ante una pluralidad de víctimas? ¿Tendrá que esperar que todas reclamen para pagarles a prorrata?

No. La ley no ha previsto una suerte de concurso de acreedores frente al asegurador. En consecuencia, el asegurador paga en la medida en que las

---

645. Henri y León MAZEAUD, Jean MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, 6ta. ed. T. III, vol. II. No. 2703, pp. 379- 380.

víctimas se van presentando y hasta donde alcance. Una vez que se ha llegado al tope del monto asegurado, la Compañía de Seguros se encuentra liberada de responsabilidad frente a las víctimas que aún no han cobrado.

438. *La subrogación por el asegurador.* En virtud del contrato de seguro y del correspondiente pago de la indemnización a la víctima, el asegurador asume los derechos del asegurado contra un eventual responsable de los daños. En consecuencia, en este caso opera una subrogación convencional debido a que la víctima —quien es acreedora frente al responsable— recibe el pago del asegurador y lo sustituye voluntariamente en sus derechos contra tal responsable.

Empero, esta doctrina establecida y fundada en las reglas del Código Civil sobre pago, existentes tanto en el Código de 1936 como en el de 1984, ha sido cuestionada por una Ejecutoria de la Corte Suprema, poco anterior a la entrada en vigencia del nuevo Código.

Panamericana Compañía de Seguros y de Reaseguros S. A. demandó a don Rolando Pérez Urteaga y otro para que le pagarán el importe de lo que ella había abonado a uno de sus asegurados, en razón de que los demandados eran autores del daño sufrido por el asegurado. La sentencia de Primera Instancia declaró fundada en parte la demanda —aceptó el derecho del asegurador a cobrarle al autor del daño, pero redujo el monto demandado— y la Corte Superior confirmó esa resolución. Sin embargo, la Corte Suprema de la República, en Ejecutoria de 12 de abril de 1984, declaró *improcedente* la demanda[645bis]; esto es, que no se trata de discutir si la demanda es fundada o no sino simplemente de rechazarla porque el asegurador no tiene acción contra el autor del daño. En los considerandos de tal Ejecutoria se expresa que el contrato de seguro de responsabilidad civil "no genera vinculación jurídica entre el asegurador y el actor del daño", por lo que no tiene derecho a exigirle nada en base a la existencia de tal contrato. Por otra parte, el asegurador tampoco se sustituye en los derechos de su asegurado-víctima porque ello supone que sea un tercero quien pague; pero la Compañía de Seguros no paga en tanto que tercero sino en su calidad de deudora principal y directamente obligada frente a su asegurado. En otras palabras, el asegurador paga a la víctima para cumplir su contrato de seguro y no como sustituto del responsable, la relación con su asegurado es de naturale-

---

645bis. *Corte Suprema de la República.* Ej. de 12 de abril de 1984. Exp. 799- 83. Procede de CAJAMARCA.

za contractual, mientras que la acción contra el autor o responsable del daño es de naturaleza extracontractual. Dice la corte: "no se trata del caso de subrogación legal prevista en el inciso 2° del artículo 1269 del Código Civil (de 1936), ya que la subrogación se produce cuando, existiendo una determinada deuda, ésta es pagada por persona distinta de la principal y directamente obligada, naciendo para quien efectúa el pago el derecho de exigir al deudor una prestación igual a la satisfecha".

No cabe duda de que este razonamiento confunde la naturaleza de las instituciones jurídicas involucradas en la situación.

Ante todo, notemos que la demanda que da origen a la Ejecutoria no está ejercitando la acción directa del artículo 1987. En este caso, la víctima es el propio asegurado (y no un tercero, que es el supuesto de la acción directa), por consiguiente, el asegurador ya le ha pagado sus daños de acuerdo al contrato de seguro. Por eso, aquí es el asegurador (y no la víctima) quien demanda por la vía extracontractual para obtener del tercero responsable el reembolso de lo pagado a su propio asegurado. En esas condiciones, no se trata de un caso de subrogación legal como la plantea la Corte, sino de subrogación convencional. La subrogación legal opera cuando un tercero, con legítimo interés pero sin acuerdo con el acreedor, le paga a éste la deuda y se sustituye en sus derechos frente al deudor como una consecuencia que la ley asigna a este pago. En tal hipótesis, es en efecto un extraño quien, sin relación contractual con ninguno de los sujetos activo ni pasivo de la obligación, realiza el pago simplemente porque tiene un interés legítimo. En cambio, en el caso del asegurador se trata de la subrogación convencional, que el Código de 1936 contemplaba en el inciso 1° del artículo 1261. Es convencional porque existe una convención o acuerdo entre quien paga (el asegurador) y el acreedor (asegurado-víctima) —constituido precisamente por el contrato de seguro— para que ese asegurador pague y se sustituya. Ahora bien, esta convención o contrato no altera la naturaleza extracontractual de la obligación del deudor: la relación de subrogación (entre el asegurador y la víctima) es contractual; pero la relación subrogada (entre la víctima y el responsable del daño) es extracontractual; la subrogación es el resultado de un contrato por el cual el asegurador resulta titular de una acción de responsabilidad extracontractual contra el responsable. No hay, pues, que confundir los dos planos de relaciones. La misma reflexión es aplicable a la observación de que el asegurador no es un tercero sino el obligado principal, es el obligado principal dentro de la relación de seguro, pero es un tercero dentro de la relación de responsabilidad extracontractual.

Si analizamos la Ejecutoria desde el punto de vista económico, es posible advertir que el planteamiento de la Corte subvierte el cálculo de costos de la actividad aseguradora.

¿Cómo se calcula una prima? *Grosso modo* (sin tomar en cuenta los sistemas de bonificaciones y ajustes, para facilitar la comprensión del esquema), el asegurador debe considerar estadísticamente el monto de siniestros que deberá pagar anualmente. A ello le deduciré, también en base a un cálculo probabilístico, el monto de recuperaciones a través de acciones judiciales contra los responsables. La suma resultante será dividida entre el número de asegurados: esto dará la "prima técnica". Luego será preciso tomar en cuenta todos los gastos de administración del sistema, la ganancia de la Compañía de Seguros, etc. El total de ello será también dividido entre el número de asegurados y agregado a la prima técnica: de esta manera llegaremos a la "prima comercial", que se cobra al asegurado. Por consiguiente, si la Corte decide eliminar la posibilidad de recuperaciones declarando improcedentes las acciones subrogadas contra los responsables, el seguro queda desfinanciado, una parte de sus costos —que debía ser cubierto con tales recuperaciones, ya que fue descontado de la prima técnica— quedaría sin contrapartida.

Si profundizamos el análisis económico, veremos que el perjuicio de una tal interpretación con la Corte Suprema no recaería en última instancia sobre las Compañías de Seguros sino que, dentro de un sistema de mercado, éste sería a su vez diluido entre los asegurados. Evidentemente, durante la vigencia de los actuales contratos respecto de los cuales la prima ha sido calculada teniendo en cuenta el porcentaje de recuperaciones, el asegurador perdería con cada siniestro esa parte de su costo que no se encuentra cubierta. Pero al suscribir con sus asegurados el siguiente contrato por el próximo período, ciertamente la prima no sería la misma: el cálculo antes mencionado sería replanteado sin considerar las recuperaciones; de esta manera, las primas tendrían que ser mayores y el sistema volvería a funcionar normalmente.

En verdad, la corte percibió confusamente algo que no deja de tener sentido: el asegurador puede calcular actuarialmente su negocio de manera de no necesitar perseguir al responsable y crear así una víctima económica con el objeto de resarcir a la víctima física. La subrogación supone que el asegurador es un mediador entre la víctima y el responsable; sin embargo, puede concebirse el contrato de seguro como una forma de diluir los efectos

del daño antes que como un mecanismo de desplazar el daño de una persona a otra. De hecho, el seguro de vida, por ejemplo, no desplaza la carga a un tercero; sus primas no toman en cuenta ningún ingreso por recuperaciones de "responsables": ocurrido el siniestro (fallecimiento del asegurado), se paga a los beneficiarios sin recurso contra terceros. Tampoco el seguro de accidentes de trabajo, ni aun cuando estaba administrado por los aseguradores privados (antes de que fuera integrado en la seguridad social), otorga derecho a recurso del asegurador contra el responsable del daño.

En otras palabras, la Corte había intuido las ventajas del principio de difusión social del riesgo para el caso de las reparaciones de accidentes. Sin embargo, cambiar radicalmente el principio de reparación de los daños no parece que es algo que se pueda hacer jurisprudencialmente: requiere una modificación por ley, la que a su vez debe ser el resultado de un minucioso estudio que logre un balance entre los distintos intereses legítimos que están en juego y determine hasta sus últimas consecuencias las opiniones económicas a que el cambio nos conduce.

Desde el punto de vista legal y aun cuando creemos en la importancia de una jurisprudencia creativa e inteligente, pensamos que la corte no puede hacer una interpretación *contra legem*: el inciso 1° del artículo 1261 del Código Civil no puede ser desconocido.

Desde el punto de vista económico, creemos que un cambio en este sentido por la vía de la jurisprudencia afectaría injustamente, como ya se ha dicho, los contratos ya celebrados por las Compañías de Seguros. Por otra parte, existe otra consideración que, aunque quizá menos importante en la práctica de lo que parecería en teoría, no puede dejar de estudiarse: la eliminación de la subrogación por el asegurador ocasionaría un incremento de primas; y esto haría que menos personas puedan asegurarse, lo que redundaría en contra de la aplicación del principio de difusión del riesgo por la vía de seguro. En realidad, la eliminación de la subrogación y, consecuentemente, del recurso contra el autor del daño, es más propia de los sistemas de seguro obligatorio que de los seguros voluntarios, como lo veremos en el capítulo siguiente al tratar sobre el sistema *no-fault*: la aseguración masiva en los seguros obligatorios permite beneficiarse con las economías de escala, de manera que la falta de ingresos por recuperaciones sea más fácilmente absorbida sin recurrir a un aumento dramático de las primas.

Decíamos que este efecto secundario —aumento de las primas—que podría resultar de la eliminación del recurso contra el autor del daño quizá

no reviste tanta significación económica. Indudablemente, habría que analizar el porcentaje efectivo de incidencia de tales recuperaciones en las operaciones de una Compañía de Seguros; lo que ciertamente la Corte Suprema no estuvo en posibilidad de hacer, frente a un caso particular que tenía que resolver. Pero es probable que ese análisis arroje una incidencia muy reducida. No debemos olvidarnos que tales recuperaciones se realizan muchas veces años después de pagada la indemnización al asegurado, luego de seguido un largo juicio entre el asegurador y el autor del daño. Con la inflación actual y a pesar de la regla del pago de intereses contenida en la última parte del artículo 1985, las cantidades percibidas por el asegurador por este concepto pueden llegar a ser ínfimas. De otro lado, si el autor del daño se encuentra también asegurado, la posibilidad de tal recuperación se hace irrelevante. Es conocido que entre aseguradores existe el acuerdo de aplicar el principio "golpe- por- golpe" (Knock- for- knock), según el cual cada Compañía involucrada en un accidente paga simplemente los daños de su propio asegurado sin subrogarse en la acción de éste contra el otro participante del accidente. De esta manera, ambas Compañías se evitan los costos de un juicio [646]. En consecuencia, cuando ambos participantes del daño han celebrado pólizas de seguro voluntario, en la práctica el resultado querido por la Corte Suprema en la ejecutoria comentada, ya está en funciones; aunque las razones y los mecanismos sean diferentes.

Finalmente, es interesante hacer notar que la acción directa de la víctima contra el asegurador, teóricamente beneficia no sólo a la víctima sino también al asegurador.

En efecto, si no existiera el convenio "golpe- por- golpe", el asegurador también utilizaría tal acción directa —cuyos derechos habría asumido en virtud de la subrogación— para demandar no ya al autor directo del daño sino a su Compañía aseguradora, igual como podía hacerlo la víctima en base al derecho que le otorga el artículo 1987. De esta manera, es posible teóricamente que la acción directa pudiera ser utilizada por una Compañía aseguradora contra otra.

---

646. P. S. ATIYAH y Peter CANE: *Accidents, Compensations and the Law*: 4ta. ed. Law in Context. Weidenfeld and Nicolson. London, 1987, p. 229.

CAPITULO II

EL SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES

Artículo 1988.— *La ley determina el tipo de daño sujeto al régimen de seguro obligatorio, las personas que deben contratar las pólizas y la naturaleza, límites y demás características de tal seguro.*

Sección I: Un ensayo de modernización integradora

439. *Los seguros obligatorios y el Proyecto de la Comisión Reformadora.* Como se ha relatado en la primera parte [647], el Proyecto de la Comisión Reformadora, preparado por el autor de este trabajo, basaba la responsabilidad en los casos de accidentes rutinarios sobre la idea de la repartición social del riesgo. Para lograr la dilución de los costos del daño, ese Proyecto utilizaba fundamentalmente dos mecanismos: las características del mercado (sistema de precios) y las técnicas de seguros.

Dentro de ese esquema, el Proyecto insistía muy particularmente en la existencia de seguros obligatorios que cubrieran los daños causados por esos accidentes rutinarios.

440. *Técnicas de codificación: castración aceptada o ensayo de integración.* Sin embargo, esa propuesta legislativa no pretendía arrancar un área de tratamiento de los daños al régimen del Código Civil sino, por el contrario, integrar los nuevos principios y los nuevos medios con que cuenta la sociedad moderna, dentro de la normatividad del Código.

---

647. *Supra* 17-23 y 37.

En realidad, frente a las novedades que ofrece la vida moderna, se plantean dos posibilidades para el Código Civil: abandonar progresivamente ciertas áreas a la legislación especializada, reduciendo su campo de aplicación pero evitando incorporar dentro de su seno a las nociones jurídicas que considera ajenas a su propia tradición; o abrirse a lo nuevo, repensar imaginativamente las situaciones, aceptar las contribuciones de la técnica moderna (no sólo en los aspectos tecnológicos sino también en lo social y organizativo) y dar a luz nuevas instituciones y nuevos sistemas debajo del manto del Código.

La primera de las posibilidades mencionadas es más del gusto de los civilistas clásicos a quienes preocupan los nuevos conceptos y también del gusto de ciertos técnicos que -ubicados en el otro extremo del espectro- preferirían redactar reglamentos por su cuenta, con independencia frente a los principios jurídicos clásicos y a la estricta concordancia teórica que exige un Código. Empero, esta posibilidad presenta también el grave riesgo de que, a la larga, el Código Civil se esfume detrás de las leyes reglamentarias y carezca de aplicación práctica: sin perjuicio de la incoherencia legislativa y de las dificultades de interpretación resultantes.

El encastillamiento del Derecho Civil dentro de unas murallas que cada vez más se convierten en ruinas responde tanto a la dinámica de los defensores tradicionales como a la de los sitiadores revolucionarios. Los primeros -los juristas civilistas clásicos- intentan conservar la plaza sin cambio alguno y no tiene más remedio que retroceder ante los asaltos de la modernidad, para quedar relegados a las habitaciones íntimas de la antigua fortaleza. Los segundos -juristas sin ningún lastre o técnicos que desconfían del Derecho- se dedican a destruir el castillo a fin de construir en ese lugar un conjunto de edificios modernos sin ninguna vinculación con el pasado.

En contra de esa tendencia a la desaparición del Derecho Civil, abonada tanto por quienes lo cultivan como por quienes lo atacan o lo ignoran, el Proyecto intentaba salvar el castillo modernizando sus ambientes, adaptándolos a las exigencias actuales, integrando el pasado y el presente dentro de soluciones que aprovecharán todas las posibilidades del mundo de hoy sin que ello conlleve el abandono de la plaza. Dentro de ese orden de ideas, se pretendía crear un sistema de responsabilidad extracontractual dentro del Derecho Civil que incorpora los principios del seguro, sin perjuicio de que las leyes particulares regularan su aplicación en detalle a los diversos tipos de accidentes.

No se trataba de establecer un régimen de seguro *paralelo* o colateral y los viejos principios de la culpa y del riesgo, ni de plantear un seguro obligatorio concebido simplemente como una suerte de respaldo o garantía de la responsabilidad "civilmente" establecida, sino de ensayar una nueva totalización conceptual que incorporara este moderno mecanismo dentro del sistema del Código "por derecho propio". En consecuencia, el seguro no funcionaba a contragolpe, una vez determinada la responsabilidad por otros medios "propiamente civiles" (culpa, riesgo), sino como elemento constructor de la idea misma de la responsabilidad.

441. *El seguro obligatorio y el Código Civil de 1984.* Todo ello ha desaparecido en el Código Civil efectivamente promulgado.

Ahora no queda sino un artículo sobre el seguro obligatorio, colocado muy significativamente al final de la Sección de Responsabilidad Extracontractual, que no cumple papel jurídico alguno. Todo su sentido es el de recordar a los legisladores futuros que alguna vez hubo esta preocupación. Es como una señal colocada en el camino de la legislación, una flecha que indica un destino: pero ni siquiera tiene carácter obligatorio: el legislador futuro puede ignorar ese signo que lo invita a tomar una determinada dirección.

Por otra parte, la redacción del artículo 1988 ha sido tan despojada de todo lo que la vestía que, aun si en los tiempos venideros se decidiera implantar, por ejemplo, el seguro obligatorio de automóviles(como creemos que sucederá inevitablemente), ese artículo no dice nada sobre cómo hacerlo.

Sección II: Los seguros obligatorios y el mundo moderno

442. *El seguro obligatorio en el Perú: antecedentes.* El seguro obligatorio no es una novedad en nuestro medio.

Como es perfectamente sabido, éste se impuso desde ya hace muchos años para el caso de los accidentes de trabajo; primero bajo la forma de seguro privado y sólo más tarde se lo incorporó al sistema de seguridad social.

En una u otra forma, ante la impasibilidad de los civilistas que inmediatamente se rindieron frente al hecho, este seguro obligatorio se desprendió del Derecho Civil en vez de integrarse dentro de los preceptos del Código. Evidentemente, un sistema de reparación de daños de este tipo requería

nuevos conceptos y algo de imaginación jurídica creativa para ser integrado conceptualmente dentro del Código Civil; la falta de voluntad de esta disciplina jurídica para contribuir con una reflexión fresca sobre el tema movilizó otras fuerzas que hicieron suyo el nuevo campo teórico: la indiferencia de los civilistas entregó el campo a los laboralistas.

443. *La oposición al nuevo Proyecto.* En cambio, con relación al Proyecto de la comisión Reformadora Extracontractual, que abría un lugar dentro del Código Civil para el seguro obligatorio, no se produjo la misma situación de indiferencia.

Este proyecto fue duramente atacado; pero lo fue desde el ángulo más sorprendente: tolerado por los civilistas hasta el punto de admitir que la idea se incorporara al Proyecto (aunque algunos no dejaron nunca de manifestar su incomodidad con estas ideas aparentemente nuevas), paradójicamente fueron los aseguradores (teóricamente, los adalides de las técnicas modernas) quienes rechazaron la adopción del sistema de seguro obligatorio.

444. *La Comisión de Asesores de las Compañías de Seguros.* El 10 de marzo de 1983, el Presidente de la Asociación Peruana de Empresas de Seguros dirigió al entonces Ministro de Justicia, doctor Armando Buendía, la comunicación No. 100/83-P con la que adjuntaba un informe de sus Asesores Legales, tenazmente opuesto al Proyecto de la Comisión Reformadora basado en la idea de la difusión social del riesgo y en el uso de seguros obligatorios para ciertos accidentes.

Este informe revela una preocupación más bien gramatical que jurídica, ya que la mayor parte de sus observaciones no se refieren a los conceptos jurídicos sino al uso de las palabras y hasta el empleo de las comas. Lamentablemente, como quienes lo suscribieron son abogados y no lingüistas, su cooperación en ese campo era ilimitada e insegura; en cambio, se perdió una oportunidad para que desplegaran su talento jurídico en pro de la creación de un sistema más adecuado y moderno de responsabilidad extracontractual en el Perú.

Después de múltiples referencias a una pretendida "falta de semántica", tales como que no debe usarse la palabra "resarcir" sino "indemnizar" (a pesar de que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua las considera sinónimas) o que hubieran preferido un mayor número de comas en los artículos o que la palabra "daños" se repita y que hubiera sido preferible

sustituirla por "estos" o que un artículo presenta "defectos gramaticales" y carece de "adecuada terminología" o que no debe utilizarse la expresión "*difundir* socialmente el costo del daño" porque ese verbo significa propagar una noticia (a pesar de que ésta es ya segunda acepción en el diccionario de la Real Academia, mientras que la primera acepción es la de extender o derramar, que metafóricamente puede aplicarse a los costos del daño, al igual que "diluir"), etc, el informe concluye diciendo que, por todas estas" razones", "no es conveniente que se ponga en vigencia la sustitución que propugna el Proyecto, en reemplazo de la fórmula que prevé el artículo 1136 y siguientes del Código Civil". No hay una sugerencia, una propuesta, una mejora, un intento de contribuir de manera constructiva (aunque fuera desde otra perspectiva) al establecimiento de un sistema moderno de responsabilidad extracontractual con la ayuda del seguro, nada; *ergo*, hay que dejar las cosas como están, como fueron pensadas hace 50 años: el Código Civil de 1936 no debe tocarse.

En lo que se refiere al seguro obligatorio, el informe opina que se sustenta "en el principio de una solidaridad que resulta forzada, porque su contratación deviene en obligatoria, y desprovista a la vez de un elemento consustancial al seguro privado, cual es la selección del riesgo, ya que el Estado no podría dar seguro contra accidentes de toda la población, y menos contar con reaseguros sobre una cobertura indeterminable" Y a estas objeciones "principistas", agrega un poco de paso algunas objeciones "realistas": que el seguro obligatorio "es muy problemático y todavía no opera en el terreno de la realidad".

Estas opiniones son extrañas si se tiene en cuenta que la Federación Interamericana de Empresas de Seguros (FIDES) —a la cual orgullosamente pertenece la Asociación de Empresas de Seguros, según aparece de su papel membretado en el que fue enviada su comunicación al Ministro Buendía— ha preparado un Anteproyecto de Ley Tipo de Protección a Víctimas de Accidentes causados por Automotores, cuyo primer artículo dice: "Todo propietario de un automotor definido en la presente ley está obligado a tomar el seguro que la misma establece"; y la Primera Conclusión de la XVIII Conferencia de tal Federación fue que "La industria aseguradora privada es el instrumento más idóneo para cumplir la función indemnizadora de daños", en relación con el seguro obligatorio de automóviles.

445. *El seguro obligatorio en el mundo de hoy.* Por otra parte, a pesar de las discrepancias principistas y del escepticismo sobre la posibilidad práctica

de crear sistemas de seguro obligatorio, la realidad es que la mayor parte de los países del mundo hoy en día ha adoptado el régimen de seguro obligatorio, cuando menos para los casos de accidentes de la circulación automotor; existen otros riesgos (tales como accidentes en piscinas públicas o en locales escolares, etc) que comienzan también a beneficiarse del sistema.

En España, BROSETA explica la necesidad del seguro obligatorio en los siguientes términos: "Mas el considerable aumento del parque de automóviles y el aumento de la densidad de la circulación viaria, han convertido el uso y la circulación de los vehículos de motor en un verdadero peligro social (estado de riesgo) para los automovilistas y para quienes sin serlo son sus frecuentes víctimas, peligro que ha inducido a casi todos los países —y entre ellos al nuestro— a imponer individualmente a todo titular o conductor de un automóvil la obligación de estipular un seguro que cubra, en forma total o parcial, los daños que su circulación pueda generar a los terceros, de los que sus conductores sean jurídicamente responsables. El seguro obligatorio de automóviles así introducido, beneficia a las víctimas, al asegurarles una indemnización, aunque el conductor responsables sea insolvente o no sea hallado; beneficia al conductor responsable, pues elimina el gravamen que sobre un patrimonio representa la obligación de indemnizar a la víctima; y, en definitiva, crea una situación colectiva de cobertura que beneficia a todos" [648].

De acuerdo al *survey* mundial realizado en 1980 por Sigma, el Departamento Económico de la Swiss Reinsurance Company de Zurich (Suiza), "el seguro de vehículos automotores es hoy en día obligatorio en más del 80% de los países, en particular en todos los países europeos, Australia y Nueva Zelanda, en la mayor parte de los Estados Unidos de Norteamérica y provincias del Canadá y en la mayoría de los países de Latinoamérica, Africa y Asia.

Los primeros países en utilizar el sistema fueron ciertamente los *europeos*. Entre ellos, iniciaron la aseguración obligatoria de accidentes de tránsito Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Portugal (en el Código de la Ruta) y Suiza, que tienen todos seguro obligatorio desde la década de 1950. Todos los demás países europeos adoptaron el seguro obligatorio en las dé-

---

648. Manuel BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*. Ed. Tecnos. Madrid, 1983, p. 517.

cadas de 1960 y 1970. La única excepción —bastante notable— a la adopción generalizada del seguro de responsabilidad (incluyendo el seguro voluntario) es la Unión Soviética que rechaza toda repartición social de los daños e insiste en la culpa. La prohibición existente en la Unión Soviética de asegurar los daños causados a terceros sólo fue levantada con relación a los accidentes de circulación y exclusivamente en favor de los turistas extranjeros, con motivo de los Juegos Olímpicos; pero, finalizado dicho evento, se ha vuelto a imponer de manera total [649].

En *Asia* tienen seguro obligatorio de vehículos Bangla Desh, Burma, Corea del Sur, Filipinas, Hong Kong, India, Indonesia, Irán, Iraq, Israel, Japón, Kuwait, Malasia, el Reino Hashemita de Jordania, la República Popular Democrática de Yemen, Singapur, Sri Lanka, Siria y Taiwán. En *Africa*, el seguro obligatorio existe en Alto Volta, Argelia, Benin, Burundi, Camerún, Costa de Marfil, Chad, Egipto, Gabón, Gambia, Ghana, Isla Mauricio, Kenya, Libia, Madagascar, Malawi, Marruecos, Mozambique (sólo obligatorio para extranjeros), Nigeria, República de Africa Central, República Popular del Congo, Sierra Leona, Somalia, Sudáfrica, Sudán, Swazilandia, Tanzania, Túnez, Uganda, Zaire, Zambia y Zimbabwe.

En *América Latina* tienen seguro obligatorio de vehículos Antigua, Argentina, Barbados, Brasil, Chile (en proceso de organización), Costa Rica, República Dominicana, Haití, Jamaica. Puerto Rico, Santa Lucía, Trinidad y Tobago y Venezuela (en estudio). El *survey* mencionado no incluye información sobre Colombia, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Uruguay.

446. *El Perú dentro del mundo de hoy.* ¿Qué pasa, entonces, con el Perú? Se nos dice que somos un país pobre y un país de pobres, por lo que no se puede gravar a todo propietario de un automóvil con la obligación de contratar un seguro. Sin embargo, todos sabemos que si el seguro se encuentra generalizado (porque es obligatorio) las primas bajan. Se nos dice que nuestros automóviles son viejos y mal cuidados, por lo que todo cálculo actuarial del riesgo resulta desbordado; se nos dice también que, con el carácter del peruano, el seguro se prestaría para muchas trampas.

Pero, ¿somos acaso un país tan atípico que no podemos hacer lo que todo el mundo puede hacer? ¿Estamos tan atrasados que resulta "irreal" pro-

649. André TUNC: *La Responsabilité Civile*. Economía. París 1981. p. 75.

poner entre nosotros una ventaja moderna que es perfectamente natural en países con similares dificultades a las nuestras como las naciones de Africa y de Asia? La Uganda de Idi Ammin implantó el seguro obligatorio de automóviles ¿Debemos ser tan pesimistas respecto del Perú para pensar que tenemos menor capacidad que Uganda para organizarnos adecuadamente?

447. *El subdesarrollo como fenómeno total.* La discusión de este tema es interesante porque nos permite completar la comprehensión del subdesarrollo.

Este consiste no solamente en las deficiencias de nuestro parque automotor, en la escasez de recursos de nuestros seguros o en una mala formación cívica de nuestros ciudadanos que los lleva a hacer trampas. El subdesarrollo es un fenómeno total; de modo que así como hay una economía subdesarrollada, un Estado subdesarrollado, un ciudadano común subdesarrollado, un chofer de autos subdesarrollado, hay también Compañías de Seguros subdesarrolladas, capitalismo subdesarrollado, hombres de negocios subdesarrollados, profesionales subdesarrollados, el mal nos afecta a todos. Paul BARAN decía que hasta una revolución en un país subdesarrollado es una revolución subdesarrollada.

Y es una muestra de ese subdesarrollo la actitud pre-capitalista de muchas de nuestras empresas pretendidamente capitalistas que, lejos de arriesgarse en nuevos negocios que suponen un cierto esfuerzo pero que ofrecen interesantes posibilidades de ganancia (como el seguro obligatorio), prefieren quedarse como están, no innovar porque las novedades pueden traer ventajas pero indudablemente traen desafíos que es preciso superar.

El seguro obligatorio puede ser una interesante ocasión de ampliar el negocio de seguro en el Perú, dado que es obligatorio, es probable que el Estado tenga que intervenir en estos programas de manera más intensa para cautelar el interés del público; y hay riesgo de que las tarifas se fijen con criterio político. Además, las Compañías de Seguros se verán enfrentadas a reclamos de un gran número de personas sin vinculación con ellas mismas, de personas que ya no son "conocidas" ni escogidas previamente a través de los seguros voluntarios sino que forman parte del común de la gente, con los riesgos que ello también supone: ya no se tratará exclusivamente con clientes vinculados por varios negocios (y no solamente a través del seguro del vehículo) sino con personas desconocidas.

Conclusión: mejor es oponerse. Un empresario capitalista es un jugador, en el sentido más sano del término: es un hombre que arriesga, que trata siempre de abrirse nuevos caminos, que no teme las dificultades ni la competencia sino que las enfrenta audazmente. En cambio, el empresario subdesarrollado —público o privado— encuentra todas las razones para no tomar riesgos por su cuenta: en el fondo, conserva un resabio de rentista pasivo.

448. *El subdesarrollo de la información.* El subdesarrollo es así no solamente un mal económico sino también —y quien sabe si fundamentalmente— un mal psicológico que afecta las actitudes sociales.

Y sus efectos paralizantes y retrógrados se manifiestan igualmente en el campo de la información: la carencia subdesarrollada de información al día nos lleva a considerar revolucionarias las ideas que se han implantado en todo el mundo desde hace décadas y que se consideran conservadoras en los países capitalistas más adelantados. Todo ello configura un subdesarrollo de nuestra capacidad creativa que nos vuelve impotentes, que nos hace pensar que nosotros no podemos hacer lo que los demás han hecho. Así, no podemos pensar más "modernamente" porque el subdesarrollo de las cosas limita en la práctica nuestras ideas; pero a su vez no podemos desarrollar las cosas porque nos lo impide el subdesarrollo de nuestras ideas. En esta forma se genera una suerte de círculo vicioso de subdesarrollo que es importante percibir: un pretendido realismo puede no ser sino la manifestación de un pesimismo subdesarrollado y subdesarrollante.

449. *El subdesarrollo como vejez prematura.* Los países subdesarrollados viven sumergidos en los trastos y los prejuicios del pasado.

Porque, paradójicamente, un país subdesarrollado no es un país todavía joven, como usualmente se cree, un país inmaduro, que está en proceso de cuajarse. Un país subdesarrollado es, más bien, un país enfermo de vejez: vejez de métodos y técnicas, con el consiguiente artritismo intelectual que nos hace resistentes al cambio. Mas propiamente un país subdesarrollado es un país joven, pero que se ha hecho viejo antes de tiempo: es algo lamentablemente tan monstruoso como un niño revejido, cuyo entumecimiento prematuro le impide crecer.

Rousseau denunciaba la existencia de personas que confunden lo que se puede hacer con lo que se hace. Grave situación si en un país como el nuestro, donde todo está por inventar, caemos en tal confusión. Más grave aún si la pólvora aparece como una invención novedosa entre nosotros.

Sección III: Naturaleza y regímenes del seguro obligatorio

450. *Finalidad social.* Los sistemas de seguros obligatorios persiguen un objetivo diferente del seguro voluntario: mientras que éste último se orienta a liberar al asegurado de una carga económica, los primeros se orientan a asegurar que la víctima perciba la indemnización que le corresponde. Así, mientras el seguro voluntario tiene una finalidad eminentemente individual y en función del cliente, el seguro obligatorio tiene una finalidad social en función de las víctimas.

Por consiguiente, si ya la instauración de una acción de la víctima contra el asegurador cambia de alguna manera la naturaleza del contrato del seguro al incorporarle el interés social por la víctima, el seguro obligatorio da un paso más allá en tal sentido y, a diferencia del seguro voluntario, casi puede considerarse como una estipulación en favor de tercero.

451. *Campos de aplicación del seguro obligatorio.* El seguro obligatorio puede ser concebido como un régimen general que cubra todo tipo de accidentes personales como un régimen que comprende riesgos específicos.

452. *El seguro general de accidentes.* El ejemplo más notable del régimen general es el de Nueva Zelanda.

Este joven e imaginativo país ha organizado un sorprendente sistema de compensación para los accidentes en general, cualquiera que sea su clase, que ocurran dentro de su territorio. Juristas y especialistas en seguros con espíritu creativo prepararon la ley denominada *Accident Compensation Act*, que entró en vigencia el 1° de abril de 1974 y cuyos beneficios son profusamente divulgados en Nueva Zelanda mediante campañas destinadas a que todo ciudadano tome consciencia de sus derechos. El artículo 4 de la Ley señala que sus propósitos son promover la seguridad general con miras a prevenir accidentes y minimizar daños; promover la rehabilitación de toda persona que percibe un ingreso por remuneraciones o utilidades (*earner*) y que haya sufrido daños personales por accidentes y de toda persona —perciba o no un ingreso del tipo antes mencionado— que sufra un accidente de la circulación, de manera de devolverles "el máximo que sea posible de sus capacidades físicas, mentales, sociales, vocacionales y económicas"; y proveer una rápida, equitativa y razonable compensación de manera que cada accidentado pueda ser tratado de acuerdo a sus verdaderas necesidades. En los folletos explicativos del sistema se señala que "El precio que tenemos

que pagar por el tipo de sociedad en que deseamos vivir hoy en día incluye una avalancha de accidentes que aumenta su potencial dañino año a año. Nuestra comunidad debe realizar su máximo esfuerzo para reducir o contener esta avalancha, atenuando los sufrimientos que estos accidentes causan y, a través de una justicia simple, dar a la víctima los medios económicos para hacer frente a sus responsabilidades o para conservar el tipo de vida que ellas normalmente hubieran mantenido por sí mismas". Por ello, "la comunidad reconoce su responsabilidad tanto respecto del número de accidentes como de sus efectos" y ha decidido "la comunidad misma" financiar el sistema a través de un seguro obligatorio de accidentes en general.

El seguro obligatorio neozelandés cubre solamente los daños personales, quedando fuera de su alcance los daños a la propiedad (vehículos, etc). Pero gozan de los beneficios del seguro las personas que sufran daños ocasionados por todo tipo de accidentes, cualquiera que sea el lugar en que se encuentren y el tipo de actividad que realicen. En consecuencia, no tiene importancia que el accidente ocurra en el centro de trabajo, en la carretera, en casa o en el campo deportivo, manejando una máquina industrial, conduciendo un automóvil en día de paseo o participando en una cacería. Además, están automáticamente comprendidos en el seguro todos los extranjeros que se hallen de paso en Nueva Zelanda, incluyendo los simples turistas. Por otra parte, aun cuando el seguro tiene una base territorial, cubre también excepcionalmente a los ciudadanos neo—zelandeses que viajen temporalmente al extranjero por razones de trabajo; las Embajadas y Consulados pueden recibir y tramitar las reclamaciones por accidentes.

La filosofía del sistema, expuesta en sus publicaciones de divulgación, consiste en que la comunidad como un todo acepta la responsabilidad por los accidentes que inevitablemente afligen a un cierto porcentaje de sus miembros. No se trata de caridad estatal. La comunidad paga por su seguridad de la siguiente manera: (a) empleadores y trabajadores independientes pagan una contribución a través del Departamento de Impuestos; (b) Los propietarios de vehículos pagan una prima, y (c) el Estado financia solamente el seguro de las personas que no perciben ingresos: turistas, niños, estudiantes, amas de casa y jubilados. Este tercer grupo de personas se beneficia gratuitamente del seguro porque el Estado paga por ellos.

Frente a quienes amenazan con que la implantación del seguro obligatorio de automóviles en el Perú sería muy onerosa, es interesante hacerles notar que la prima obligatoria en Nueva Zelanda para el propietario de un

automóvil particular con la cual se obtiene todas las ventajas antes descritas —es de aproximadamente US $ 12— por año.

A pesar de todos los ataques que el sistema ha recibido por numerosos intereses colectivos y de las dificultades propias de todo lo nuevo, André TUNC nos dice que el balance es ampliamente positivo: el número de accidentes se ha reducido y el "hombre de la calle" siente que tiene tras de sí una verdadera protección, rápida, poco costosa y eficaz. Según TUNC, el seguro obligatorio de accidentes de Nueva Zelanda es "la respuesta no solamente más moderna y más radical sino también la más racional y práctica frente al problema que le plantea al jurista —quien actualmente no lo percibe sino desde alguno de sus aspectos— ese fenómeno tan fundamental que es el accidente" [650].

Sin embargo, el mismo TUNC señala que no es una experiencia fácilmente repetible en otros países, debido a los problemas políticos, administrativos y técnicos que es preciso resolver [651].

453. *El seguro obligatorio por áreas de riesgos.* La mayor parte de los países ha entrado dentro de esta nueva forma de repara los daños, no a través de un seguro general sino de seguros por áreas específicas de riesgos.

Usualmente se ha implantado el seguro obligatorio para actividades que son generalmente productoras de riesgos y cuyos daños son fácilmente determinables y categorizables.

El primer seguro obligatorio que se generalizó universalmente fue el de accidentes de trabajo. Y en los últimos 50 años, como antes se ha visto [652], el seguro obligatorio de accidentes causados por vehículos automotores se ha extendido por los cinco continentes. La elección generalizada de estos

---

650. André TUNC: *Op. cit.*, pp. 82-3.

651. *Loc. cit.* No obstante, en los Estados Unidos se viene formulando, desde hace más de 20 años, algunas propuestas sobre la posibilidad de sustituir la responsabilidad extracontractual por una forma de incorporación de los accidentes a la seguridad social. *Vide exempli gratia*, Marc A. FRANKLIN: *Replacing the Negligence Lottery: Compensation and Selective Reimbursement.* Virginia Law Review. Vol. 53. No 4, 1967; etiamque, Stephen D.SUGARMAN: *Doing Away with Tort Law.* California Law Review. Vol 73. Nos. 3. Diciembre de 1985. Con relación a nuestra posición contraria a una solución estatista, *vide infra*, No. 454.

652. *Supra*, No. 445.

dos campos de riesgo para aplicar este sistema de compensaciones es comprensible si se tiene en cuenta que tanto los accidentes de trabajo como los de tránsito constituyen un verdadero problema social en el mundo moderno. En Inglaterra, el 45.7 % de las indemnizaciones pagadas por daños y perjuicios fue por accidentes de tránsito y el 42.5% fue por accidente de trabajo[653]. No tenemos estadísticas sobre el Perú, pero pensamos que los juicios de indemnización por accidentes de tránsito constituyen la inmensa mayoría de los casos de responsabilidad extracontractual que resuelven nuestros Tribunales; y si a ello sumáramos la cantidad de indemnizaciones pagadas por la seguridad social por accidentes de trabajo, tendríamos probablemente, como en Inglaterra, más del 90% de las reclamaciones de daños que se plantean en el país.

Sin embargo, poco a poco, la idea del seguro obligatorio se ha ido extendiendo a otros campos de riesgo.

En Francia, por ejemplo, un gran número de actividades no pueden ser ejercidas por quien no cuenta con un seguro de responsabilidad civil. Y no se trata de regímenes muy recientes, por lo que no puede decirse que sean soluciones hipermodernas ni propuestas en estado de experimentación.

Sin pretender enumerar todas las actividades sometidas al seguro obligatorio, nos limitaremos a informar sobre algunas particulamente significativas, que han sido señaladas por los hermanos MAZEAUD y por François CHABAS[654].

En el campo del *transporte*, es en 1935 que se crearon los seguros obligatorios para los transportes públicos de pasajeros y mercaderías. En 1958 se creó el régimen general de seguro obligatorio de automóviles y demás vehículos automotores. En 1977 la ley exigió seguro a los bancos petroleros por el riesgo de contaminación del mar. Y en 1970 se dispuso la obligatoriedad de un seguro especial para los profesores de manejo.

En el campo de la *responsabilidad profesional*, ya en 1928 los arquitectos fueron obligados a tomar un seguro para participar en la construcción

---

653. P.S. ATIYAH y Peter CANE: *Accidents, Compensation and the Law*. 4ta. ed. Law in Context. Weidenfeld and Nicolson. London, 1987, p. 198.

654. Henri y León MAZEAUD, Jean MAZEAUD y François CHABAS: *Traité Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 6a. ed. T. III. Vol. II. Editons Montchrestien. París, 1983. No. 2741, pp. 440-446.

de vivendas de interés social y en 1940 fueron obligados a asegurarse para ejercer su profesión en general. En 1943 se impuso el seguro obligatorio a los hospitales y en 1953 a los responsables de farmacias. En 1955 se exigió que los Notarios estuvieran asegurados por riesgo profesional, en 1961 los centros de transfusión de sangre, en 1963 los manicomios. Los agentes inmobiliarios fueron obligados a asegurarse en 1965, los administradores de bienes fueron también sujetos a seguro obligatorio en 1970, los mecánicos de automóviles en 1972; y en 1971, la ley impuso este mismo seguro a los abogados. Las obras de construcción deben estar aseguradas desde 1978. En 1981 se sometió a seguro obligatorio a los auditores y a los estudiantes de enfermería. Los hermanos MAZEAUD y CHABAS comentan que, paradójicamente, los médicos todavía no han sido obligados a tomar seguro [655].

En el campo de las *actividades recreativas y deportivas*, los cazadores fueron los primeros a quienes se les impuso un seguro obligatorio por daños a terceros. Pero los organizadores de carreras de automóviles fueron obligados también a contratar seguro desde 1935, los organizadores y participantes de competencias deportivas en general en 1955 y en 1963 se exigió el seguro a los centros vocacionales para menores, los centros de educación física y los responsables de teleféricos y funiculares.

Cuando recordamos los accidentes habidos en el Perú en competencias automovilísticas[656] y aquel caso de desbarrancamiento de un funicular de un conocido hotel y centro de esparcimiento que causó daños personales muy graves a los ocupantes, no podemos dejar de pensar que también en el Perú una política de seguros obligatorios hubiera sido necesaria desde hace mucho tiempo, aunque no tenga todavía, evidentemente, el mismo alcance que en Francia.

454. *Seguro estatal o seguro privado.* Algunos mecanismos de seguro son estatales y otros privados.

El caso más conocido de seguro estatal es el de Nueva Zelanda, al que antes nos hemos referido.

El seguro estatal ha sido intentado también por ciertos países socialistas, algunas provincias de Canadá y varios de los Estados Africanos.

---

655. *Loc. cit.*, p.441.

656. *Vide supra*, nota 97.

La única experiencia que hemos tenido en el Perú de seguro obligatorio de daños —el caso de los accidentes de trabajo— se encuentra actualmente en manos del Estado. Como es conocido, la compensación por accidentes de trabajo fue originalmente provista a través de un seguro obligatorio contratado con aseguradores privados. Pero, más tarde, este riesgo fue trasladado al sistema de seguridad social.

Sin embargo, en razón de la desconfianza que nos produce las debilidades y los problemas operativos de toda solución estatista, pensamos que la administración estatal de un seguro de esta naturaleza resulta extraordinariamente complicada en cualquier país, y aún más en un país subdesarrollado, con escasez de recursos, burocracia y otros males conocidos y por conocer. Es probablemente por ello que, en casi el 75% de los países, la elección del asegurador es libre, según el *survey* de Sigma antes mencionado. Es también por ello que en nuestro Proyecto ante la Comisión Reformadora abogamos por un seguro obligatorio privado, con elección libre del asegurador, sin perjuicio de un control razonable del estado para garantizar los intereses del público y los fines sociales implícitos [657].

455. *¿Quién paga la prima?* Una decisión que debe adoptar todo sistema de seguro obligatorio consiste en la determinación de un tipo de personas a quienes se puede legítimamente cargar el costo de las primas.

Los fundamentos de tal legitimidad para imponer el costo del seguro a unos y no a otros han variado de caso en caso: a veces, se ha escogido al participante en el daño que es quien más eficazmente y más económicamente puede contribuir a evitar su producción (*cheapest cost avoider*); en otros casos, se ha escogido a quien más fácilmente puede diluir este costo en la masa social; otras veces, se ha tomado simplemente a aquél que por razones

---

657. Cuando se escribieron estas líneas, no se había producido todavía la estatización del sistema financiero y de seguros del Perú, lo que sucedió mientras el libro estaba en prensa. De esta manera, parece que se llegará al seguro estatal -que, a nuestro juicio, no es la mejor de las opciones- por una vía completamente distinta: ni siquiera por el camino de crear técnicamente un seguro especial como el neo-zelandés (el cual, a pesar de que se trata de una extraordinaria experiencia, pensamos que no es la solución para nuestro país) sino por el camino simple de expropiar todas las Compañías de Seguros.

Dentro de este nuevo contexto, debemos reiterar nuestra opinión en el sentido de que no creemos que el aparato estatal permita operar eficientemente un sistema de seguros en nuestro país, como lo ha demostrado el fracaso de la seguridad social. Pensamos que un seguro obligatorio, contratado con aseguradores privados y debidamente reglamentado, constituye todavía la mejor opción.

prácticas era más fácilmente identificable y exigible. En gran parte de los casos, es una combinación de todas estas razones la que ha primado.

Por ejemplo, el costo del seguro obligatorio de daños personales por accidentes de tránsito sufridos por transeúntes podría haber sido impuesto a los peatones o a los automovilistas: unos u otros pueden tomar los seguros que cubran los accidentes de los primeros.

Sin embargo, todos los sistemas determinan que quien debe asegurarse es el propietario del vehículo y no el peatón. Y el fundamento para tal decisión de imponer la carga de las primas sobre los automovilistas en vez de hacerlo sobre los peatones es una mezcla de las razones antes señaladas. De un lado, si bien ambos —peatones y automovilistas tiene que actuar con prudencia para evitar accidentes— el automovilista es quien más eficientemente puede contribuir a reducir los riesgos de los propios transeúntes, manejando con cuidado y manteniendo su automóvil con la dirección, frenos, llantas, etc. en buen estado. En muchos casos, los vehículos pertenecen a empresas, que pueden trasladar el costo de las primas al precio de sus productos, mientras que este mecanismo de difusión es bastante más difícil de aplicar por las personas individuales. Por último, es más fácil controlar que los automóviles circulen con seguro a que los peatones no salgan a la calle sin haber contratado un seguro.

456. *La cobertura.* Los diferentes sistemas de seguro obligatorio limitado, sea en el tipo de daños que cubre, sea en el monto de las indemnizaciones que paga. Es así como prácticamente en el 50% de los países (particularmente en Asia, Africa y Latinoamérica), el seguro obligatorio de automóviles no comprende los daños materiales de los vehículos sino exclusivamente los daños personales.

En lo que se refiere al monto de la indemnización por accidentes automovilísticos, más de un tercio de los países tiene una cobertura ilimitada (y no parecen haber sido afectados por el "problema" de reaseguros señalados por la Asociación Peruana de Empresas de Seguros en su informe antes comentado); pero la mayor parte de estos seguros ilimitados cubren exclusivamente daños personales. Sobre el particular, SAVATIER nos dice que "El seguro de responsabilidad no cumplirá plenamente su papel de garantía frente a la víctima sino en la medida en que sea contratado para un daño *ilimitado*. El seguro ilimitado, condenado en su origen como herético por la mayor parte de los aseguradores, ha conquistado ahora derecho de ciudada-

nía. Esta forma de seguro cubre verdaderamente el riesgo y no sólo una fracción arbitraria de éste" [655].

El seguro obligatorio de automóviles de Francia cubre daños corporales hasta por un monto de 5 millones de francos (aproximadamente US $ 800,000 por vehículo y por siniestro y daños materiales hasta 3 millones de francos (aproximadamente US $ 500,000) por vehículo y por siniestro. Sin embargo, los hermanos MAZEAUD y CHABAS se lamentan de que el legislador no haya impuesto una cobertura ilimitada, que no habría sido mucho más cara que la actual [656].

Es verdad que muchos de estos seguros establecen una franquicia razonable, que tiene la ventaja no sólo de eliminarle al asegurador las reclamaciones por los pequeños siniestros, sino que además evita una cierta despreocupación del chofer del vehículo, por el hecho de pensar que está asegurado: la franquicia es un contrapeso que equilibra esta tendencia peligrosa [657].

453. *La determinación de la responsabilidad.* En lo que se refiere a la determinación de la responsabilidad y al papel que ella juega dentro del contrato de seguro, existen tres tipos de regímenes: (a) aquellos aun basados sobre la idea de culpa (ya sea en su forma clásica, ya sea con inversión de la carga de la prueba); (b) aquellos que se organizan en torno a la responsabilidad objetiva; y (c) los que rechazan toda imputación individual del daño (*no-fault plans*).

Los dos primeros permanecen todavía dentro de los esquemas tradicionales y convierten al seguro en un mero respaldo económico de una responsabilidad determinada por criterios ajenos al propio seguro. En el tercero, el seguro no se agrega al sistema de responsabilidad civil sino que se integra con él, al punto de sustituirse a los criterios tradicionales de imputación del daño: no se trata ya de un mecanismo ancillar a la responsabilidad civil sino que es "el" medio de encarar la responsabilidad civil de manera más eficiente.

---

655. René SAVATIER: *Les métamorphoses économiques et sociales di Droit Civil d' aujourd'hui.* Premiére serie. *Panorama des mutations.* 3a. ed. Librairie Dalloz. París, 1964. No. 296, p. 356.

656. Henri y León MAZEAUD, Jean MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, T. III, vol II. No. 2745, p. 452.

657. *Loc. cit.*

458. *El seguro basado en la culpa del causante.* El sistema más primitivo es el del seguro obligatorio basado en la culpa pura y simple.

En tal caso, la víctima tiene que reclamarle al seguro de quien le causó el daño. Pero, para cobrar la indemnización asegurada, tiene en primer lugar que demostrar que la otra parte —ese asegurado en la Compañía de Seguros a la que reclama— tuvo la culpa del accidente; y que ella misma —la víctima— no ha tenido culpa o que, cuando menos, su culpa ha sido menor que la de la otra parte. Todo ello la obliga a iniciar una acción judicial en la que tendrá que probar todos esos extremos.

El seguro obligatorio basado sobre la culpa pero con inversión de la carga de la prueba, mejora notablemente la operatividad del sistema: la inversión funciona como una presunción *iuris tantum* de culpa que ahorra a la víctima buena parte de la probanza. Pero, salvo que suscriba una transacción con el asegurador de quien le causó el daño (usualmente, por una suma manifiestamente inferior a lo que debería percibir), tendrá inevitablemente que seguir un largo y costoso juicio para cobrar lo que le corresponde. En este juicio, la Compañía de Seguros tratará de probar la ausencia de culpa de su asegurado y aducirá que por esta razón no tiene obligación de pagar por el siniestro; por lo que, en última instancia, la víctima tendrá que demostrar la culpa del causante. Otra línea de defensa de la Compañía de Seguros será tratar de demostrar que la víctima fue total o parcialmente culpable de lo que sucedió. Finalmente si la víctima no es culpable y además el asegurador no logra probar la ausencia de culpa de su asegurado, el seguro obligatorio le pagará la indemnización a la víctima, pero —también en este caso— intentará identificar al culpable del accidente; una vez que lo encuentre (y puede que sea el propio asegurado), le cobrará lo que ha tenido que pagar por el siniestro.

De esta manera, el seguro no actúa sino como un mecanismo financiador: la responsabilidad la tiene siempre "el culpable"; pero, para facilitar a la víctima el cobro de su indemnización, el seguro se interpone como banquero que "presta" a la víctima y "cobra" al "culpable".

459. *El seguro obligatorio fundado en la responsabilidad objetiva.* El sistema de seguro obligatorio basado sobre la responsabilidad objetiva, que ha sido adoptado por una buena parte de los países europeos tiene una lógica y una operatividad bastante similar a la del seguro basado sobre la culpa con inversión de la carga de la prueba: la diferencia está en que el análisis del

responsable (¿quién, en última instancia, deberá reembolsarle al seguro lo pagado a la víctima?) no se realiza en términos de culpa sino de mera casualidad.

La víctima recibe casi siempre el pago de su indemnización porque el seguro ya no puede liberarse aduciendo ausencia de culpa del asegurado. Pero, por ejemplo, dentro de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual, el asegurador todavía podría intentar evitar el pago aduciendo caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de tercero o imprudencia de la víctima (arts. 1972 y 1973); lo que evidentemente da motivo para un largo juicio.

Este seguro obligatorio basado sobre la responsabilidad objetiva aún participa del esquema de los sistemas tradicionales en el sentido de que el asegurador paga a la víctima —que es un "tercero", razón por la que se habla de "seguro contra tercero"—sólo en la medida de que su asegurado sea "responsable".

460. *El seguro obligatorio "no-fault"*. El tercer sistema del seguro obligatorio —llamado por la doctrina el *no-fault plan*— no es, como en los casos anteriores, un instrumento para garantizar una responsabilidad definida separadamente por el Código Civil (ya sea con el criterio de la culpa o de la responsabilidad objetiva) sino que es en sí mismo la forma de reparar el daño.

En este caso, el seguro ya no paga por cuenta de un responsable: no hay un responsable que proteger sino, más bien, hay una víctima a la que es preciso auxiliar. Como lo dice el Comité del Senado de los Estados Unidos para el Comercio, la Ciencia y el Transporte, en un informe en 1978, "Dentro del sistema *no-fault*, el individuo se asegura a sí mismo contra el riesgo de pérdidas económicas resultantes de sus propios daños personales, sin importar quien tiene la culpa; en vez de asegurarse contra pérdidas económicas de terceros que dicho individuo pudiera causar" [658].

En realidad, en vez de funcionar exclusivamente como un "seguro de responsabilidad civil" —es decir, como un seguro contra reclamaciones de terceros— opera como un seguro mixto: cada individuo se asegura contra el riesgo de pérdida económica por los daños que él mismo pueda sufrir o que

---

658. Page KEETON, Robert E. KEETON, Lewis D. SARGENTICH y Henry J. STEINER: *Tort and Accident Law*. West Publishing Co. St. Paul, Minn. 1983. p. 896.

puedan sufrir terceros que no estén a su vez obligados a contratar un seguro obligatorio.

Veamos un ejemplo. Dentro de un sistema de seguro obligatorio *no-fault* de automóviles, *Aulus* choca con el automóvil de *Tiberii* y de paso atropella a *Flaccum* que caminaba por el lugar. El seguro de *Auli* paga los daños de éste y también los daños de *Flacci* porque los peatones no están obligados a asegurarse; pero no paga los daños de *Tiberii* quien, estando sujeto también al régimen de seguro obligatorio, solicita el pago de su propio seguro.

Lo distintivo en el pago de todas estas indemnizaciones es que no están precedidas por investigación alguna sobre la culpa o sobre la responsabilidad en general: todo daño cubierto por el seguro, se paga. *Aulus* y *Tiberius* son pagados por sus respectivos seguros, sin preocuparle a nadie quien tuvo la "culpa" del accidente o quien es el responsable según el código: no hay responsables sino simplemente daños que indemnizar. A su vez *Flaccus* no requiere iniciar juicio contra nadie, para después cobrarle al seguro del demandado: el seguro de *Auli* le paga automáticamente.

En muchos aspectos, este sistema se parece a aquel basado en la responsabilidad objetiva. Pero, como se ha dicho, ya no se presenta en este caso la elucidación previa de responsabilidad; por lo que se evita toda alegación del asegurador de que el accidente obedeció a caso fortuito o a hechos determinante de tercero o incluso a imprudencia de la víctima (salvo que ésta hubiera actuado con dolo).

Una de las enormes ventajas de este tipo de seguro es que elimina (o reduce al mínimo) la negociación desigual entre la Compañía de Seguros y la víctima.

Toda Compañía de Seguros tiende a negociar el monto de la indemnización, con el objeto de pagar lo menos posible; es parte de su lógica comercial. El instrumento principal del asegurador dentro de tal negociación es el planteamiento de que su cliente no tenía responsabilidad y que, por lo tanto, si el "reclamante-víctima" sostiene lo contrario, tendrá que probarlo en juicio. Pero, claro está, los juicios duran mucho. y si el reclamante se aviene a recibir una suma menor, la Compañía de Seguros podría reconsiderar el asunto y pagar *ex gratia* la indemnización de inmediato, sin necesidad de juicio.

De esta manera, se da usualmente comienzo a uno de esos "juegos que la gente juega" como diría Eric BERNE [659], en el que ambas partes tienen un propósito claro detrás de las medias frases, amenazas y ruegos. Pero el asegurador tiene un mejor juego porque cuenta con la premura de la víctima por conseguir el pago de la indemnización y las posibilidades que la ley le franquea para dilatar dicho pago. Ahora bien, si adoptando un criterio objetivo de responsabilidad hacemos que la culpa sea irrelevante, resulta evidente que el asegurador ha perdido un argumento de discusión y que la víctima se encuentra en mejores condiciones de negociación. Pero, dentro de un régimen de responsabilidad objetiva, todavía se puede aducir que el causante estaba autorizado para causar el daño (art. 1971) o que el presunto causante no tuvo nexo de causalidad, por lo que éste no causó realmente el daño (art. 1972 y, en cierta forma, art. 1973). El *no-fault* plan elimina también estas defensas dado que, en forma similar a la que ocurre en un seguro de primera persona, el asegurador paga aun si se trata de caso fortuito o de hecho determinante de tercero o incluso de imprudencia de la víctima.

No hay, pues, razón alguna para litigar. Luego no hay tampoco razón alguna para negociar. Todo lo que hay que determinar es el monto de los daños; lo que, en caso de discrepancia, habitualmente es dirimido de manera muy rápida por una Comisión técnica, que puede estar integrada por representantes de los aseguradores, de los asegurados, de los prestadores de servicios médicos y del Estado o por un sistema de arbitrajes. Es por ello que los folletos de divulgación del seguro de accidentes neo-zelandés. Sin embargo, algunos países permiten aún las demandas de responsabilidad civil en ciertos casos especiales o por las sumas en exceso a las indemnizaciones pagadas por el seguro obligatorio.

Es interesante examinar algunos casos concretos. Por ejemplo, en el sistema *no-fault* establecido en el Estado de Nueva York, dentro del plan básico (es decir, sin pagar primas adicionales para obtener mayor cobertura) la Compañía aseguradora paga, sin preguntarse quien causó el accidente, hasta US $ 50,000 por los daños del propio asegurado (gastos médicos, salarios dejados de percibir, etc). hasta US $ 50,000 por cada accidentado que estuviera dentro del automóvil asegurado y hasta $ 50,000 por cada peatón atropellado; además de otros beneficios menores, como el pago adicional de US $ 2,000 en caso de muerte, cobertura en viajes fuera del Estado en algu-

---

659. Eric BERNE, M. D: *Games People Play. The Psychology of Human Relationships*. Grove Press. New York, 1967.

nos casos, etc. Las discrepancias son resueltas por árbitros seleccionados de una lista formada por representantes del Colegio Médico y de otros Colegios Profesionales afines, representantes de la Asociación de Hospitales del estado de Nueva York y representantes de otras sociedades o asociaciones relativas a servicios vinculados a accidentes. El costo del arbitraje ha sido reducido recientemente de US $ 25 a US $ 15. Los litigios sólo son permitidos respecto de daños materiales al automóvil (no cubiertos por el seguro obligatorio) o en los casos de daños personales muy graves (muerte, mutilación, desfiguración, lucro cesante superior al pagado por el seguro, etc).

En Costa Rica, el sistema de seguro obligatorio *no-fault* cubre cuando menos 25,000 colones por persona accidentada y 50,000 colones por accidente (art. 47 de la Ley No. 5930 de Tránsito). La responsabilidad extracontractual subsiste por encima de la cobertura del seguro, pudiendo las víctimas o sus familiares demandar solidariamente al conductor y al propietario del vehículo por dicho exceso y en caso de muerte del accidentado. (arts. 51 y 63).

En Francia, André TUNC presentó en 1965 un proyecto de ley de accidentes de la circulación, con fuerte tinte *no-fault*. Inicialmente, fue muy criticado en los medios franceses. Sin embargo, luego de afinarlo, TUNC presentó nuevamente su proyecto a un comité internacional de expertos en Derecho de la Responsabilidad y de Seguros, donde mereció una acogida muy favorable y desde entonces se lo cita frecuentemente como un intento interesante. En resumen, el Proyecto contempla la aseguración obligatoria de todo automovilista, lo que ya existía en Francia de acuerdo a la ley anterior. Pero este seguro está pensado fundamentalmente en términos de la víctima y no del automovilista asegurado. La víctima cobra en prácticamente todos los casos, sin ninguna discusión sobre las circunstancias del accidente. Las únicas situaciones que se excluyen de esta regla son las derivadas del dolo o de la culpa inexcusable de la propia víctima. Sin embargo, cabe destacar que —de la misma manera que en el Proyecto de la Comisión Reformadora peruana— la simple culpa o negligencia de la víctima no le hace perder su derecho a la indemnización, porque el seguro comprende incluso las propias negligencias (como en el caso de seguro de primera persona). El Proyecto establecía también la acción directa contra el asegurador. Como contrapartida de un sistema tan beneficioso para la víctima, se fijan límites a la cobertura tanto en lo relativo al monto de la indemnización como también en cuanto al tipo de riesgos, ya que sólo comprende los daños materiales (el daño moral no es objeto del seguro).

El juego de responsabilidades y reembolsos, propio de la responsabilidad extracontractual clásica, resulta profundamente alterado con el sistema que estamos describiendo. Ya hemos señalado que el asegurador *no-fault* paga sin preguntarse quien es responsable del accidente; pero además, tampoco se hace la pregunta después del pago porque no tiene recurso contra el responsable. En puridad, no existe responsable; el único que responde por el accidente, el único obligado a pagar algo es el propio seguro. ¿Cómo puede funcionar, entonces, el seguro si no obtiene de nadie el reembolso de lo que paga? Pues de la misma manera como funciona el seguro de vida, que tampoco le cobra a nadie las sumas que paga por cada persona que fallece: la prima es establecida mediante un cálculo actuarial que toma en cuenta el número de personas aseguradas (que, por tanto, pagan primas) y las probabilidades de pagar indemnizaciones durante el mismo período; la suma de las primas así calculadas tiene que cubrir el monto probable de las indemnizaciones a pagar, más los gastos administrativos y la ganancia del asegurador.

En realidad, este régimen de seguro es similar al utilizado generalmente para los accidentes de trabajo, que funciona también como un *no-fault plan*. Y es interesante comprobar que esta modalidad se hace cada día más habitual; al punto que muchos de los seguros obligatorios basados en el sistema de culpa con inversión de la carga de la prueba o en la responsabilidad objetiva se deslizan naturalmente hacia el *no-fault* mediante la supresión —contractual, legal o jurisprudencial— del derecho del asegurador a repetir contra quien hubiera sido normalmente considerado como responsable (salvo casos especialmente graves). Así, el seguro obligatorio de automóviles español estaba originalmente organizado sobre la base de la responsabilidad objetiva y facultaba al asegurador para, una vez efectuado el pago, repetir "contra el tercero causante de los daños y perjuicios" (art. 44 de la Ley de 24 de diciembre de 1962). Sin embargo, veinte años después de su implantación, en 1983, el jurista español BROSETA, nos dice que "No suele ser característico del seguro obligatorio de automóviles que, una vez pagada la indemnización a la víctima o a sus herederos, pueda el asegurador repetir lo pagado contra el causante responsable del siniestro. Precisamente para que ello sea factible, es preciso que concurran graves circunstancias en el responsable, las cuales en nuestro Derecho son las siguientes: (1) conducir sin el correspondiente permiso; (2) conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas, tóxicos o estupefacientes; (3) conducir vehículos robados o hurtados; (4) cuando se omite el socorro a la víctima; (5) cuando la indemnización satisfecha fuera indebida (art. 30 del Reglamento de 19 de

noviembre de 1964)" [660]. E incluso el mismo BROSETA da cuenta de que las Ejecutorias españolas sostienen que no existe *causa* para que el asegurador —dentro del sistema de seguro obligatorio— reclame al causante por lo pagado a la víctima: el causante no le ha causado el perjuicio al asegurador, por lo que éste no tiene acción de responsabilidad extracontractual contra aquél; tampoco se subroga el asegurador en los derechos de la víctima porque no paga por cuenta del causante sino simplemente cumple con su propia obligación contractual de asegurador. No cabe duda de que el sistema se ha acercado notablemente del *no-fault* [660bis].

Por otra parte, el acuerdo que existe entre Compañías de Seguros para aplicar el principio "golpe-por-golpe" (*Knock-for-Knock*), constituye una suerte de *no-fault plan.*

En efecto, según este acuerdo, si hay varias Compañías de Seguros involucradas en un accidente, cada uno paga lo suyo sin preocuparse sobre cual de los "causantes-asegurados" tenga la culpa. De esta forma, el seguro de tercera persona es aplicado como si fuera un seguro de tercera persona. Este tipo de arreglos se produce exclusivamente entre aseguradores, al margen de la situación de responsabilidad civil entre las partes. El *no-fault plan* pretende llevar este mismo espíritu hasta el nivel de los asegurados.

461. *El Fondo de Accidentes.* Un último punto que debe ser tratado respecto de este tema es el de los accidentes causados por personas que no cumplieron con asegurarse o por aquellos que, aun siendo asegurados, incurrieron en alguna causal que hizo inválido el seguro para ese caso y por aquellos que se dan a la fuga sin que sea posible identificarlos (los casos llamados *hit-and-run*).

Todo sistema de seguro obligatorio debe proveer de alguna manera una solución a este tipo de casos, a fin de ser consistente.

En realidad, en los *no-fault plan*, si el daño es causado (por el vehículo no asegurado o por quien se da a la fuga) a una persona que viajaba en

---

660. Manuel BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil.* Ed. Tecnos. Madrid, 1983, p. 522.

660bis. *Confer* una Ejecutoria peruana que aplica este razonamiento incluso a los casos de seguro voluntario: supra, No. 438.

un vehículo debidamente asegurado, el sistema no se encuentra afectado: hay un problema de sanción contra quien cumplió las leyes del seguro obligatorio, pero el accidentado recibe atención ya que está a cargo de su propio seguro. En cambio, el problema es más complicado cuando la víctima es un peatón que no puede recurrir a seguro automovilístico alguno o cuando el seguro obligatorio ha sido organizado "a la antigua", sobre el modelo de los tradicionales seguros exclusivamente de tercera persona.

Son estos últimos los casos que más preocupan, desde el punto de vista de la filosofía del sistema. En general, la solución consiste en crear un Fondo suplementario para ayudar a estas víctimas. Ese Fondo es, en ciertos casos, cubierto por el conjunto de Compañías de Seguros autorizadas para contratar seguros obligatorios, como en Inglaterra con el Motor Insurer's Bureau; en esta hipótesis, lo usual es que la contribución de cada Compañía a tal Fondo sea incorporada al costo de la prima. En otros casos, el Estado cobra un impuesto sobre la circulación automotriz para constituir este Fondo. En el caso de Nueva Zelandia, mientras que el Plan de Accidentes No Automovilísticos es cubierto con las contribuciones de los empleadores (incluyendo la Corona) y de los profesionales independientes y el Plan de Accidentes Automovilísticos es cubierto con las contribuciones de los propietarios de automóviles, el Fondo suplementario es financiado por el Presupuesto Nacional. Tratándose de un seguro integral de accidentes, este Fondo suplementario beneficia no sólo a las víctimas que son peatones frente a daños causados por vehículos no asegurados o no identificados sino también a todos los que no tienen ingresos en Nueva Zelanda, como los turistas, los niños, las amas de casa y los jubilados.

462. *Requiem para una idea.* El seguro obligatorio de accidentes (o, al menos; de ciertos accidentes) es una idea extraordinaria que admite muchas variantes perfectamente adaptables a las idiosincracias y realidades de cada país.

Lamentablemente, en el Perú esta idea fue condenada antes de nacer: se consideró que no era viable "por principio". Estos "principios" pueden estar constituidos por intereses creados de los abogados litigantes, por temores nocturnos de los aseguradores, por comodidad rentista o por simple pereza intelectual de quienes hubieran tenido que desarrollar conceptualmente, implantar y administrar el nuevo sistema.

No obstante, las ideas nunca mueren totalmente: son como el ave Fénix que renace de sus cenizas. Y muchas veces hace falta el fuego de un sa-

crificio para que se repare en la idea y ésta pase a formar parte de los temas de discusión, lo que es el comienzo de su introducción. Con el debate que ha habido en torno al seguro obligatorio y a la difusión social del riesgo, la semilla ha sido plantada. Dentro del medio asegurador peruano hay cerebros lúcidos que, superando los prejuicios de algunos, sabrán hacerse cargo de tal idea, abonarla adecuadamente con sus conocimientos especializados y colaborar con ella para que se convierta en árbol frondoso bajo cuyas ramas puedan encontrar protección y abrigo las víctimas peruanas que actualmente caen en la desesperanza frente a las maniobras de "responsables" irresponsables y de aseguradores cuya mira apunta únicamente a liberar a sus asegurados (y, de paso, a sí mismos) de una obligación económica, antes que a contribuir al resarcimiento de las víctimas.

PARTE TERCERA

NUEVOS HORIZONTES

TITULO I

EL USO CREATIVO DEL CODIGO

CAPITULO I

LAS AUSENCIAS LEGISLATIVAS

463. *Nuevos horizontes.* La vida ofrece continuamente nuevos horizontes por conquistar al Derecho. Es por ello que el ordenamiento jurídico debe esforzarse permanentemente en ponerse al día, no sólo a través de nueva legislación sino también adaptando y usando creativamente la normatividad existente.

464. *Inventario de ausencias.* Pero para conducir de manera adecuada el proceso de adaptación y cambio del sentido de las normas legales, es preciso ante todo tener un inventario de las ausencias legislativas.

Interesa así determinar los aspectos que, aun cuando existía una necesidad de que fueran procesados por el Derecho, no han sido normados (al menos directa y explícitamente) por el legislador de 1984. Una vez establecida la necesidad y la carencia de una norma específica que satisfaga estas situaciones, será preciso investigar la posibilidad de suplir la ausencia a través de la aplicación indirecta de una norma análoga o relacionada o a través de darle un sentido nuevo (no previsto por el legislador) a una norma cuyo tenor literal así lo permita.

465. *Las penas que pueblan el Código.* La casa normativa de la nueva responsabilidad extracontractual está embrujada por los fantasmas de las soluciones que, habiendo estado presentes en el Proyecto, fueron asesinadas antes de llegar a convertirse en Código.

Estas ausencias penan por los corredores de los textos normativos y exigen que se las tenga en cuenta. Los jueces, al aplicar las nuevas reglas sobre responsabilidad extracontractual, escucharán frecuentemente el chirrido de las cadenas de estas figuras jurídicas abortadas que se arrastran detrás de los muros del texto positivo. Y es que tales soluciones podían no haber

sido adecuadas; pero intentaban dar respuesta a problemas cuya realidad no puede ser eludida. Por eso, eliminados los intentos de respuesta normativa, quedan abiertas las preguntas como huecos sin colmar; y estos huecos no pueden pasar desapercibidos. De esta manera, esas ausencias actúan como presencias exigentes e inquietantes, que perturban todo el sistema.

466. *Jurisprudencia y doctrina: una organización de parches y remiendos.* No repetiremos los casos de ausencias que ya han sido señalados al comentar los artículos del Código, sino que nos limitaremos ahora a indicar a algunas de las grandes áreas en las que hace falta una reflexión jurídica creativa.

Dado que la casa normativa de la responsabilidad extracontractual ya está construida, no podemos pensar en una nueva edificación: con la ayuda de la jurisprudencia, tenemos que limitarnos a abrir ventanas ahí donde no fueron colocadas por el arquitecto-legislador (pero donde la ventilación es indispensable), reforzar con columnas adicionales los techos que corren peligro de desplomarse, comunicar habitaciones a fin de facilitar el uso eficiente del edificio.

El resultado no será un sistema perfecto, un esquema lógico y bello en su simplicidad y coherencia. Probablemente tendremos que contentarnos con sólo una organización de parches y remiendos. Pero quizá el Derecho no es siempre sino eso: una textura viva que se recompone a sí misma permanentemente, un esfuerzo sistemático (pero descentralizado) de organización de los parches y de los remiendos que exige la vida social.

CAPITULO II

DEVENIR Y DERECHO

467. *La permanencia de los Códigos.* Puede parecer paradójico que apenas promulgado un Código, hablemos de devenir y de cambio.

Un Código Civil está por naturaleza, destinado a durar; debe ser un texto legal con una cierta permanencia.

Los Códigos no son hojas de papel que lleva el viento y que pasan raudamente ante nosotros. La función de un Código es la de constituir un pilar del orden jurídico, proporcionar las bases o cimientos estables de muchas construcciones que pueden ser levantadas sobre ellos. En ese sentido, los Códigos son como las plataformas continentales del Derecho, sobre las cuales se demarcan diferentes fronteras, se desarrollan múltiples historias públicas y privadas; los acontecimientos que soportan pueden cambiar, pero las plataformas continentales se mantienen.

468. *El Código y el cambio.* Sin embargo, afirmar — y defender— la permanencia del Código no significa condenar al Derecho a un papel de anclaje o de lastre de la vida social.

Retomando la vieja metáfora heraclitiana, podemos decir que el cauce codificado del río Derecho permanece; pero el agua viva de las relaciones jurídicas cotidianas discurre continuamente, cambia de instante a instante y ejerce una acción sobre el propio cauce hasta el punto de ensancharlo o de modificar su curso.

El esfuerzo de codificación no es un proceso de congelación de la vida jurídica a fin de que las aguas que han sido capturadas dentro del cauce, convertidas en hielo, sean siempre las mismas; el texto del Código es más bien una guía suave e incluso un estímulo para la reflexión que condu-

ce a desarrollos jurídicos futuros. Como todo cauce, el Código tiene también sus pendientes y sus remolinos conceptuales, que agitan las torrentosas aguas jurídicas y las hacen avanzar más rápido.

469. *El congelamiento positivista.* El liberalismo del S. XVIII llegó a creer que le Derecho había logrado eliminar el tiempo, que en el interior de la ley no existía historia: la norma está vigente desde su promulgación hasta su derogación con su misma exactitud imperturbable. O quizá mejor, ese primer positivismo liberal pensaba que la historia del Derecho no es un proceso de cambio permanente y continuo sino que se produce a saltos y trompicones: cada uno de sus acontecimientos — la derogación de una ley por la promulgación de otra— es una catástrofe y un parto, simultáneamente.

"La ley no se deroga sino por otra ley", decían los autores; y esta afirmación (válida con respecto a la ley pero no con respecto al Derecho) servía para no ver los cambios jurídicos que ocurren durante la vigencia de una ley a través de su interpretación.

Así, para ese positivismo catastrófico (porque cada cambio jurídico no podía ser sino el resultado de una catástrofe legal constituida por la abolición de una norma y su sustitución por otra), la historia del Derecho era la historia de las derogaciones y de las promulgaciones, la historia de los nacimientos y de las muertes de los textos; la historia del derecho resultaba dramáticamente sinónimo de la historia de las leyes. Entre la promulgación de una ley y su derogación no pasa nada, se acostumbraba a pensar; la ley es una suerte de eternidad provisional, es un momento (porque sin duda llegará el tiempo en que será derogada) con vocación de eternidad (porque mientras no se la derogue, hay que considerarla incólume, inmune a todo cambio, hermética al hálito del tiempo).

470. *La interpretación como fenómeno anormal y extraordinario.* Por otra parte, se pensaba que *interpretatio cessat in claris*; y, en principio, toda ley podía y debía ser clara y suficiente: todo el problema consistía en que el legislador cumpliera adecuadamente su papel y diera "buenas" leyes, es decir, leyes claras y completas.

BENTHAM proponía la redacción de un Código tan completo y asequible que "no necesitaría escuelas para explicarlo, no requeriría casuistas para desanudar sus sutilezas... No debería permitirse que ninguna decisión

judicial, mucho menos una opinión individual, pueda ser citada como Derecho; a menos que haya sido incorporada por el legislador en el Código...Si se escribiera algún comentario sobre ese Código que pretendiera explicar su sentido, debería exigirse que nadie le preste atención y tendría que prohibirse que tales comentarios se citen en las Cortes en cualquier forma que sea..." [661]. Y ROBESPIERRE, en una de las sesiones de la Asamblea, sostuvo: "La afirmación de que las Cortes crean derecho... debe ser desterrada de nuestra manera de hablar. En un estado que tiene una Constitución y un Poder Legislativo, la jurisprudencia judicial consiste solamente en la ley" [662]. A lo sumo, si el texto no es claro, cabe preguntarse cual fue la voluntad del legislador y aplicarla a ojos cerrados, sin cuestionarla ni menos aún atreverse a innovar alejándose de ella.

471. *La interpretación creativa como proceso natural e inevitable de aplicación del Derecho.* Los romanos, con un profundo y perspicaz espíritu jurídico, no habían caído en ingenuidad semejante: sabían muy bien que, aun si el Derecho aspira fundamentalmente a constituir preceptos generales a los que los jurisconsultos intentan organizar de manera sistemática, también es verdad que el Derecho es siempre controversia y que todo es finalmente discutible en Derecho [663]. Por eso, afirmaban que no hay ninguna definición que no pueda ser refutada dialécticamente [664]: las *definitiones* son útiles, pero no debemos olvidar que no son sino elementos del razonamiento, que no son sino opiniones que no agotan una institución y respecto de las cuales siempre cabe discrepar (*omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim ut non subverti possit*) [665].

En la Edad Media, BALDO sostenía también que la interpelación supone *disputandi subtilitatem.*

---

661. Cit. p. Franz NEUMANN: *The Change in the Function of Law in Modern Society en The Democratic and the Authoritarian State. Essays in Political and Legal Theory* (ed) Herbert Marcuse. The Free Press. New York, 1964, p. 37.

662. *Loc. cit.*

663. Michel VILLEY: *Modes classiques d'interpretation du droit.* Archives de Philosophie du Droit. T. XVII. *L'interpretation dans le droit.* Sirey. París, 1972, p. 83.

664. *Loc. cit.*

665. *Digestus*, 50.17.202.

Y ya hemos indicado en el Prefacio de este libro que los modernos positivistas — cuando en sus versiones más inteligentes (KELSEN, HART)— reconocen igualmente el derecho ineluctable de que la ley no lo dice todo y que, por tanto, las cortes tiene que crear Derecho. De lo que sigue que la historia del Derecho no es la historia de la ley.

A los textos de KELSEN que hemos citado antes [666], cabría agregar la declaración tajante con la que, al referirse a "los *soi-disant* métodos de interpretación" que pretenden establecer la "manera correcta de entender la ley", resume su posición sobre el particular: Lamentablemente, esas ideas (de la Ciencia Jurídica tradicional) y la esperanza que alientan (de tener un derecho enteramente "legalista", donde nada pueda ser creado por la vía de interpretación), no son fundadas. Desde un punto de vista que no considera sino el Derecho positivo, no existe ningún criterio sobre la base del cual una de las posibilidades dadas dentro del marco de la ley aplicable pudiera ser preferida a las otras. No existe pura y simplemente ningún método, que pueda decirse de Derecho positivo, que permita distinguir, entre las varias significaciones lingüísticas de una norma, una que sería la única verdadera... Hasta ahora, a pesar de todos sus esfuerzos, la doctrina tradicional no ha logrado resolver con éxito el conflicto entre voluntad (del legislador) y expresión (de la ley), de una manera objetivamente válida...Todos los métodos de interpretación que se han desarrollado hasta ahora no conducen jamás a un solo resultado posible, a un resultado que sería el único correcto..." [667].

Podemos encontrar conceptos similares en H. L. A. HART, teórico del Derecho cuyos planteamientos son calificados por Ronald DWORKIN como "la más poderosa versión contemporánea del positivismo" [668]. HART nos dice que: "Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado sólo por un número infinito de rasgos y estos en conjunto y todos sus modos posibles de combinación fueran conocidos por nosotros, entonces podríamos prever de antemano toda posibilidad. Podríamos dar normas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiría una opción adicional. Todo podría ser conocido; y, en tanto que conocido, sería posible hacer y especificar de ante-

---

666. Vid, *supra*, Prefacio.

667 Hans KELSEN: *Theorie Pure du Droit*. Trad. francesa de la 2a. ed. de la *Reine Rechtslehre*. Dalloz. París, 1962, p. 458.

668. Ronald DWORKIN: *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press. Cambridge, Mass, 1978, p. IX.

mano algo mediante normas. Este sería un mundo adecuado para una aplicación "mecánica" del Derecho (*mechanical jurisprudence*). Decididamente, ese mundo no es nuestro mundo" [669]. La jurisprudencia no puede ser mecánica porque el texto de la ley no puede ser aplicado "textualmente" al caso concreto; se requiere una elaboración del juez. La infinitud que constituye uno de los ingredientes esenciales del mundo humano contribuye a crear una indeterminación es sentido de la norma y a impedir que todo haya sido previsto por ella. Pero además, nos dice HART, los lenguajes naturales (como el inglés o el castellano) son irreductiblemente abiertos a diferentes sentidos. De todo ello resulta que la norma tenga siempre una textura abierta (*open texture*) [670]. La actitud de formular normas que pretenden disfrazar o minimizar la necesidad de esta opción adicional al texto puro de la ley, es un vicio denominado "formalismo" o "conceptualismo" [671].

472. *El positivismo "pop"*. A pesar de estas categóricas afirmaciones de los positivistas contemporáneos sobre la inevitabilidad de que el texto de la ley sea complementado y llevado a sentidos no previstos por el legislador, existe todavía un resabio jacobino del espíritu robespierreano bajo la forma de un positivismo "pop" que ha convertido las sutiles disquisiciones normativistas en gruesos dogmas populares.

En nombre de la seguridad jurídica unos y de la autoridad técnica del legislador otros, se sostiene todavía —como en el S. XVIII— que, en principio, el legislador ha expresado su voluntad a través del texto del Código; y que mientras la ley no sea cambiada, no sabe creación, cambio o historia alguna del Derecho. *Factum est ita*. Aun cuando la voluntad del legislador no aparezca clara de la simple lectura de la ley (porque las palabras son siempre ambiguas y las circunstancias cambian permanentemente), el intérprete no puede hacer otra cosa que suponer que ella existe y proceder a buscarla a través de los antecedentes legislativos u otros medios.

Jonathan MILLER, citando al célebre jurista argentino Genaro CARRIO dice que "Los sistemas jurídicos latinoamericanos operan bajo el

---

669. H. L. A. HART: *The concept of Law*. At the Clarendon Press. Oxford, 1961, p. 125.

670. H. L. A. HART: *Op. cit*, pp. 124-125.

671. *Ibid*. p. 126.

mito de que todas las reglas primarias de conducta pueden ser encontradas en el Código Civil" [672]. Pero agrega que, aun manteniendo ese mito desde el punto de vista teórico, "No hay duda de que las Cortes argentinas, como todas las Cortes de los países de Derecho Civil, crean en verdad Derecho... Hay numerosos ejemplos de Cortes en países de Derecho Civil que están presionando hacia nuevos campos bajo el disfraz de la interpretación del Código. Un importante ejemplo reciente ha sido la respuesta de las cortes en Argentina y en Brasil con relación a los efectos de la inflación en materias de contratos y de indemnizaciones" [673]. Y lo mismo podríamos agregar de los Jueces y Tribunales peruanos en materia laboral (donde los jueces han estado tradicionalmente a la delantera de los legisladores), en materia de responsabilidad extracontractual (donde un texto del Código que sin ninguna duda tenía *históricamente* un sentido subjetivista —como el artículo 1136 del Código Civil de 1936— fue interpretado por las Cortes a partir de un cierto momento como introductor de la responsabilidad objetiva) y tantos otros casos similares.

473. *Política y Geometría.* Hay quienes parecen que pensaran que, antes de que la ley sea promulgada, el mundo del Derecho se encuentra lleno de vida, poblado de opiniones multicolores, de discusiones calurosas. Hasta entonces, los hombres de Derecho pueden sobre un mismo punto defender diferentes posiciones, planteadas desde distintas perspectivas morales, ideológicas, políticas o simplemente basadas en discrepancias de técnica jurídica. Estamos en el mundo controvertible de la política jurídica.

Pero esas mismas personas piensan que todo ello cambia desde que se promulga la ley (léase el Código); a partir de entonces, el intérprete debe limitarse a seguir la voluntad del legislador histórico.

Las normas, dicen, tiene una y sólo una interpretación correcta; y el buen jurista no puede colocar sus propias ideas dentro de la ley sino simplemente explicitar la "verdad" intrínseca de la norma: en Derecho no se puede ser inventor sino exégeta. Desde la promulgación y como de un solo golpe, se ingresa a un mundo geométrico y helado, de verdades incontrovertibles e interpretaciones implacables, un mundo minuciosamente construido por nor-

---

672. Jonathan MILLER: *Products Liability in Argentina*. The American Journal of Comparative Law, Vol. 33. 1985. p. 614.

673. *Loc. cit.*

mas nítidas e inexorables que se combinan entre sí mediante una lógica férrea: la vida ha sido objetivada en un papel, con la misma crueldad de una fotografía instantánea que congela las sonrisas en los rostros, que fija para siempre las expresiones tragicómicas del grupo familiar.

474. *La experiencia cotidiana del Derecho.* Sin embargo, ¿qué diferente es este mundo normativo unidimensional de la experiencia cotidiana del Derecho!

Cualquier abogado sabe que los jueces no pueden ser reemplazados por computadoras por el solo hecho de que no todo está en la ley; no es posible colocar un conjunto de reglas en una computadora y dejar que ellas las combine fría y mecánicamente para decidir "lo justo" dentro de una situación humana: los hechos tienen que ser sopesados y evaluados, la ley aplicable tiene que ser interpretada. Y para ello se requieren elementos culturales, éticos, políticos, etc. que están —muchas veces de manera inconsciente— en la mente del juez; mientras que en la memoria de la computadora no hay sino las leyes, que *por sí solas* son inservibles para solucionar un caso judicial. Cualquier abogado litigante intuye —aunque muy pocas veces lo reconoce— que si el abogado de la parte contraria pelea un juicio hasta el final no es porque sea un ignorante que no se da cuenta que no tiene la interpretación "correcta" y que, por tanto, va a perder el juicio; ni tampoco es que se trate de un pillo que, sabiendo muy bien que va a perder, alienta esperanzas en su cliente con el solo objeto de cobrar un honorario más suculento.

Sucede simplemente que la verdad del Derecho no es absoluta sino probable, que el sentido de las normas no se encuentra fijado de una vez para siempre sino que se modifica de acuerdo a las nuevas ideas y a las nuevas circunstancias, que quizá en Derecho no puede hablarse propiamente de verdad sino de aceptación social; y que por ello, todo usuario del Derecho pretende adaptar la ley —con éxito o sin éxito, según la reacción de la comunidad jurídica frente a su propuesta— a sus propias necesidades y convicciones.

475. *La esquizofrenia de los juristas.* Por consiguiente, la dinámica del Derecho es de tal naturaleza que los abogados y jueces, aun los más conservadores, no pueden escapar (siempre que sean buenos juristas) a la necesidad de "inventar" soluciones, descubrir interpretaciones "nuevas" y, en general, tratar el orden jurídico con cierta imaginación. Pero cuando estos mismos abogados y jueces son preguntados sobre la teoría de la aplicación de la ley, indefectiblemente contestan que la norma constituye una dogma para el jurista que no puede ser cuestionado ni manoseado.

¿Por qué es que se produce esta suerte de esquizofrenia en los juristas? ¿Por qué los abogados cuando ejercen como consultores, como litigantes o como jueces fuerzan el sentido histórico de la ley, abren nuevas fronteras jurídicas y desarrollan una extraordinaria inventiva, mientras que cuando opinan teóricamente sobre el Derecho desconocen su propia actitud creadora y se atrincheran en una visión anquilosada y anquilosante del Derecho?

Según FRANK, esta persistencia en negar el cambio y la historia se debe a que la idea de que un legislador omnisciente —que es un mito interesante soñado por los juristas— cumple una función psicológica de atenuación de la angustia que resulta de toda situación de incertidumbre [674]. Dice FRANK que la creencia de que todo está previsto en el Código y de que si la solución no está en una norma expresa un buen jurista debe al menos poder encontrarla mediante un puro esfuerzo intelectual que consiste en extraer un principio de entre los pliegues del articulado como el conejo que sale del pañuelo del prestidigitador, es un cuento como el de Santa Claus [675]. Ese anhelo de seguridad absoluta y de que exista una "verdad jurídica" fuera de toda duda, no es sino una transposición de los temores infantiles a lo desconocido y al cambio. El niño-jurista quiere tener siempre a la mano un texto-Código que no es sino la expresión de un papá-legislador, en el que puede encontrar refugio y respaldo intelectual en todas las ocasiones, que todo lo tiene resuelto y que, en el ejercicio de la actividad judicial, exonere al Juez de asumir los riesgos y responsabilidades propios de toda actividad creativa: "La ley (el Código), como cuerpo de normas aparentemente construido con el objeto de determinar de manera infalible lo que es bueno y lo que es malo y de decidir quien debe ser castigado por sus fechorías, se convierte inevitablemente en un substituto parcial de ese Padre-Juez-Infalible" que añoramos en nuestra infancia [676].

476. *Ritmos lentos y ritmos rápidos.* Nadie puede negar que la historia del Derecho *es también* la historia de las leyes. Y no cabe duda de que las leyes —y, particularmente, los Códigos— cambian muy lentamente; y así debe ser.

---

674. Cf. Jerome FRANK: *Law and the Modern Mind* (1930). Anchor Books. Doubleday. New York, 1963, *passim.*

675. *Op. cit.* p. 260.

676. *Ibid.*, p. 19; también pp. 14-23.

Pero paralelamente a esos cambios de ritmo lento, hay otros cambios en el Derecho que suceden a ritmos más rápidos: el jurista no tiene que esperar una nueva ley para aportar una nueva interpretación de una institución jurídica, una Corte no tiene que paralizar su pensamiento hasta que modifiquen el Código sino que puede cambiar su parecer a través de las decisiones jurisprudenciales. De esta manera, todo se mueve, todo cambia, en el Derecho; pero no todo se mueve al mismo ritmo ni todo lo cambia el legislador. La Historia del Derecho es una estructura de ritmos diversos, una polifonía de cambios.

Más allá, pues, de los mitos (o de los falsos mitos, porque el verdadero mito tiene una función irremplazable en la comprehensión de ciertas verdades superiores), la experiencia cotidiana del Derecho es bastante más compleja y menos consoladora para quienes se angustian ante la incertidumbre. Si aún en la Física los científicos hablan del Principio de Indeterminación que no permite llegar a una definición completa de la naturaleza, ¿cómo puede esperarse que el Derecho se encuentre íntegramente contenido en la ley (aunque ésta sea tan compleja como un Código) cuando su materia son los devaneos resultantes de complicados ajustes humanos? [677].

477. *El Código: un mero esquema del Derecho aplicable.* Y es que los Códigos no son "el Derecho" —a pesar de los anhelos oraculares de algunos de sus autores— sino meros esquemas de Derecho: en ellos se encuentra el croquis sobre la base del cual todos los usuarios del derecho (jueces, autoridades, abogados, contratantes, etc) pintarán el cuadro jurídico; pero este cuadro va modificándose permanentemente.

Los usuarios del Derecho pintan y repintan continuamente el cuadro, sin que nunca la pintura pueda considerarse terminada: cada día, utilizando el mismo croquis, un nuevo pintor le agrega algunas pinceladas que cubren ciertos rasgos dejados por pintores anteriores y, a su vez, añade elementos que no están todavía en el cuadro; pero estos nuevos elementos están también destinados a ser modificados por los pintores siguientes.

Michel VILLEY, con la agudeza propia del espíritu francés, dice que el intérprete del Derecho se asemeja al intérprete de la música: parafraseándolo, podríamos decir que cada jurista es como ese músico contemporá-

---

677. Jerome FRANK: *Op. cit.* p.8.

neo que toca en un piano de Lima, de acuerdo al espíritu y sentimientos actuales, para un público moderno de cuello y corbata que se congrega en una inmensa sala de conciertos, una pieza de Bach compuesta para clavecín, en el S. XVIII, dentro de otro contexto musical e intelectual, afectivo y social, para ser escuchado en una cámara de un Palacio pricipesco en Weimar por un grupo de aristócratas de pelucas empolvadas [678].

478. *La claridad de la norma como obstáculo epistemológico.* En realidad, toda norma tiene que ser interpretada, es decir, entendida dentro del contexto del caso *sub litis* y dentro del contexto de la realidad contemporánea a su aplicación (opiniones, creencias, circunstancias, mecanismos, etc).

La aparente claridad de la norma puede llevarnos a engaño y hacernos pensar que su sentido es inalterable con el tiempo y las circunstancias. Pero lo claro, lo directo, lo inmediato, es por regla general una cortina de humo que nos impide ver la realidad de las cosas, aunque paradójicamente nos haga creer que vemos todo muy nítido: la "evidencia inmediata", con su atractivo de caleidoscopio multicolor y geométrico, es un obstáculo epistemológico que no nos permite apreciar la naturaleza creativa del Derecho y la labor —consciente o inconsciente— de adaptación de la norma a las circunstancias. Como sostenía BACHELARD, "lo que cree saberse claramente, ofusca lo que debiera saberse" [679]. Podríamos decir que con NIETZSCHE [680], que si nos atuviéramos a las "evidencias de lo inmediato" todavía pensaríamos irrefutablemente que la tierra está fija y el sol se mueve en torno a ella; esto significa que si nos limitáramos al texto claro de la ley, no podríamos descubrir la riqueza de sentidos que ese texto normativo puede generar dentro de los nuevos contextos en que debe aplicarse.

479. *Nuevas lecturas, nuevos sentidos.* Ahora bien, si superamos el mito de la voluntad del legislador, encontraremos que gran parte de la normatividad efectiva no se encuentra en lo que los legisladores del Código quisieron decir sino en las posteriores construcciones teóricas y jurisprudenciales y en los usos y prácticas jurídicas, es decir, en las intepretaciones que serán des-

---

678. Michel VILLEY: *Preface* al Tomo XVII de los *Archives de Philosophie du Droit.* Sirey. París, 1972. p. 5.

679. Gastón BACHELARD: *La formación del espíritu científico. Contribución a un psicoanálisis del conocimiento objetivo.* Siglo Veintiuno Editores. México, 1978, p. 16 *et passim.*

680. Friedrich NIETZSCHE: *Beyon Good and Evil. Preludes to a Philosophy of the Future,* Penguin Books. Engiand, 1983. No. 12, p. 25.

truidas y reconstruidas sucesivamente, sin que cambie el texto del Código. Es por ello que FRANK dice que llamar "interpretación del Código" a este proceso es darle una etiqueta falsa: hay una verdadera creación de Derecho en esta tarea [681].

Por consiguiente, cada nueva lectura del Código permite descubrir sentidos distintos, abrir nuevas trochas de significación, encontrar nuevas soluciones; nuevos sentidos que, como dice Umberto ECO, ni siquiera el autor del texto (el legislador) había pensado: el texto produce sus propios efectos significativos[682]. Y esto no es un defecto del Código, no es que el legislador no haya dicho todo lo que tenía que decir: no sólo se trata de una característica inevitable de todo texto (de cualquier naturaleza) sino que es también un hecho deseable, ya que es esa peculiaridad de los textos (por ende, de los Códigos) lo que les otorga su riqueza. Siguiendo a ECO, podríamos decir que, en el límite, el legislador no debe facilitar interpretaciones de su obra porque, al proponer (a veces hasta imponer) una línea "correcta" de interpretación, causa un efecto de castración de las potencialidades de sentido del propio Código. Dice ECO: "El autor debería morirse después de haber escrito su obra. Para allanarle el camino al texto" [683]. Y la sabiduría del Derecho hace que las Comisiones Redactoras y Revisoras de un Código (que son su "autor"), "mueran" al término de su misión: terminado el Proyecto o promulgado el Código, según sea el caso, ya no quedan sino sus integrantes físicos que no son propiamente autores (si se les considera individualmente) porque el Proyecto o el Código son obras colectivas, frutos de deliberación, discusión y compromiso. Por ello, concluido su encargo, los miembros de tales comisiones no son sino juristas que, como cualquier otro jurista y sin pretender ningún derecho a la "verdad", pueden y deben encontrar nuevos sentidos al texto; sentidos que posiblemente ellos no pensaron ni consideraron cuando formaron parte de las comisiones respectivas.

480. *Insuficiencia de la investigación histórica para la interpretación de la norma.* Esto nos lleva a establecer que la labor del intérprete no es de investigación histórica ni psicológica; no consiste en saber lo que quisieron respecto de una determinada norma los padres o los abuelos del Código (ver-

---

681. Jerome FRANK: *Op. cit.* p. 204.

682. Umberto ECO: *Apostillas a "El nombre de la Rosa"*. Editorial Lumen. Barcelona, 1985, pp. 12-13.

683. *Ibid.* p. 14.

dad histórica) ni lo que ellos tuvieron en sus mentes (verdad psicológica), sino en encontrar el sentido *actual* de sus normas y las posibilidades de utilizarlas para realizar ciertas políticas (en el sentido amplio de *policies*).

Henri BATIFFOL, a pesar de que mantiene todavía una cierta adhesión a la voluntad del legislador histórico, nos precisa que, para determinar el principio aplicable (voluntad del legislador histórico, voluntad del legislador presunto actual, Derecho Natural, ideas de los usuarios sobre la norma, etc). "Se trata de saber qué es lo que busca el intérprete en Derecho: la respuesta está en que busca una regla para resolver el problema que le ha sido sometido. Ahora bien, la búsqueda de la intención efectiva del legislador responde *de suyo* a una cuestión diferente, que es la de la verdad histórica. Que tenga que tomarla en cuenta, es algo que no se puede negar; pero pretender que constituye una respuesta verdadera y única a la cuestión planteada, no es sostenible" [684]. Y, con fina ironía, agrega: "El intérprete tiene el derecho de examinar *objetivamente* el pensamiento expresado por el texto en sus relaciones con la situación, considerada, para decir si la adecuación que se busca existe o no; sin estar necesariamente ligado por la circunstancia de que una respuesta pudiera encontrarse ya en los trabajos preparatorios, que son exteriores al texto. El método pragmático de los ingleses no se ha equivocado. El rechazo de los juristas de los ingleses a consultar los trabajos preparatorios significa que el texto no se encuentra ligado a una intención, quizá accidental, que no ha sido incorporada en el texto de la norma; lo que los usuarios del Derecho buscan y tratan de comprender es la disposición misma, que ha sido oficialmente promulgada para que sea respetada en situaciones determinadas por su propio texto" [685].

481. *El Código: máquina para generar interpretaciones.* La historia del Derecho no es exclusivamente la historia de la ley, porque el Derecho no está formado únicamente por la ley: el Derecho no es un conjunto de leyes, sino una interacción de leyes, principios, tópicos, valores, elementos culturales, filosofías políticas, etc. La ley es uno de los elementos de este juego discursivo: elemento privilegiado e insoslayable, es verdad; pero de ninguna manera único. De la misma manera, el Derecho Civil no es el Código Civil sino la actividad de los juristas dentro del marco del Código Civil.

---

684. Henri BATIFFOL: *Questions de l'interpretation juridique*. Archives de Philosopohie du Droit. T. XVII. *L'interprétation dans le droit*. Sirey. París, 1972. p. 17.

685. Henri BATIFFOL: *Op. cit.*, p. 17. El énfasis es nuestro.

Debemos tener cuidado de no identificar el Derecho con el Código a fin de evitar el peligro de caer, quizá sin advertirlo y de manera menos explícita, en la posición que BRUGNET graficó hasta la caricatura, cuando decía en su curso: "No conozco el Derecho Civil; yo enseño el Código Napoleón".

Parafraseando a ECO, podríamos decir que el Código es "una máquina de generar interpretaciones" [686]. Es importante, entonces, ponerla a producir. Todos quienes de alguna manera usan el Derecho contribuyen a generar las nuevas interpretaciones. Pero la interpretación debe tratar de abrir el texto a nuevas posibilidades de significación antes que a regimentarlo con una versión "oficial"; y es así como quienes procrearon al niño deben ser los más cuidadosos en que este niño pueda desarrollar todas sus potencialidades en vez de pretender mantenerlo en el estado infantil de absoluta sumisión al padre-legislador.

482. *La interpretación como proceso de creación del Derecho.* En otras palabras, la interpretación jurídica no es sólo un proceso de intelección de la norma sino también —y quizá sobre todo— un proceso de creación de Derecho.

KELSEN titula con esta pregunta uno de los capítulos de su clásica Teoría Pura del Derecho: "La interpretación, ¿acto de conocimiento o acto de voluntad?"; y responde "La cuestión de saber cuál de las posibilidades dadas dentro del marco del Derecho aplicable es "exacta", esta cuestión, por hipótesis, no es absolutamente un problema de conocimiento del Derecho positivo; no se trata ahí de un problema de teoría jurídica sino de un problema de política jurídica" [687].

La interpretación no es, pues, un acto puramente intelectual sino también una afirmación de voluntad: la voluntad del legislador (limitada al *texto* de la norma, en cuanto que es la única declaración de voluntad con valor normativo) se combina y se complementa con la voluntad del intérprete. Y este último —al igual que el legislador al crear la norma— no apunta a una "verdad" sino a una conveniencia: en función de determinados valores éticos, opciones sociales, políticas, etc. el intérprete prefiere una solución a

---

686. Umberto ECO: *Op. cit.* p. 9.

687. Hans KELSEN: *Théorie Pure du Droit.* Trad. francesa de la 2a. ed. de la "*Reine Rechtslehre*" por Charles Eisenmann. Dalloz. París, 1962. p. 459 y ss.

otra (ambas posibles, ambas "verdaderas", a partir del mero texto de la ley). Por consiguiente, la aplicación del Derecho no está gobernada por el análisis de la "verdad" jurídica (que es un espejismo) sino por la determinación de una solución en función de las "políticas" (en el sentido más amplio) que se encuentran en juego.

Dicho de una manera brutal, en Derecho no hay verdades sino políticas (*policies*).

483. *Utilización de la ley vs. interpretación de la ley.* Quizá debemos desterrar de nuestro vocabulario jurídico la expresión "interpretación de la ley" y reemplazarla más adecuadamente por la expresión "utilización de la ley"; porque el llamado proceso de interpretación es, en realidad, un proceso de creación *sobre la base* o con el pie forzado de la ley. En el fondo, la palabra "interpretación" es un resabio del prurito cientificista que cree ver en el Derecho un campo organizado mecánicamente de manera unívoca; o quizás de un Derecho Natural racionalista que cree que la ley no es sino la expresión imperfecta de un orden natural absolutamente prefijado e inmutable y que la tarea del intérprete consiste en descubrir esa "verdad" oculta.

Y así como no debemos creer en las "evidencias de lo inmediato", en el sentido que aparentemente ofrece la ley de primera intención con ilusoria claridad, tampoco hay que creer en la existencia de una realidad secreta detrás de las apariencias, en una intención del legislador oculta tras los pliegues del texto, un *sensus absconditus* que hay que poner de manifiesto como hay que tratar de descubrir al asesino en una novela de Agatha Christie. El derecho no es una novela de misterio sino una forma de organizar la sociedad a través de la confrontación de intereses muy diversos. Por consiguiente, nuestros esfuerzos no deben estar orientados a encontrar un sentido privilegiado (una "verdad") detrás del texto literal de la norma, sino que ese texto literal será cargado de un sentido o de otro según los intereses y los valores que pretendan usarlo o acogerse a él.

484. *Razonamiento jurídico y razonamiento de los juristas.* La concepción de la "interpretación" como "utilización creativa" de la ley no atenta contra la obligación de lealtad al texto, pero tampoco implica un compromiso con el espíritu fantasmagórico del legislador histórico; ni supone la existencia de un orden inmutable, fijado de una vez para siempre desde las alturas, que es preciso descubrir a través de un "razonamiento jurídico".

No existe, propiamente hablando, un *razonamiento jurídico*, entendido como el manejo "científico" de ciertos conceptos unívocos y de ciertas reglas netas y perfectamente delimitadas, con la idea de alcanzar una "verdad" jurídica, única e irrefutable. Lo que hay es un *razonamiento de los juristas* que argumentan en un sentido o en otro a fin de llegar a soluciones concretas, convenientes y aceptables; razonamiento que tiene un cierto estilo y está sujeto a un cierto método así como a la obligatoriedad de tener en cuenta ciertos elementos (los *textos* legales). Pero los resultados de tal razonamiento pueden ser muy diferentes de jurista en jurista.

485. *Interpretación de la ley e interpretación del contrato.* Notemos que lo dicho sobre la interpretación (o utilización) de la ley no se aplica necesariamente de manera idéntica a la interpretación del *contrato.*

Mientras que no existe ley alguna que someta la interpretación de la ley a la voluntad del legislador histórico, el Código Civil de 1984 —y ya lo había hecho también el Código Civil de 1936— invita a quien interpreta un contrato a tratar de descubrir la intención de las partes.

En realidad, respecto de la interpretación del contrato, el Código Civil de 1984 ha adoptado una posición *prima facie* objetivista o textual, como la que estamos preconizando para la interpretación de la ley. El artículo 1361 señala en primer lugar que los contratos son obligatorios *en cuanto se ha expresado en ellos.* Por consiguiente, la primera referencia es al texto; y se agrega en el segundo párrafo que se presume que "la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes".

Empero, en lo que se refiere a la interpretación del contrato, el valor del texto es *iuris tantium:* cabe prueba en contrario; y si ésta es convincente, debe primar la voluntad de las partes. El artículo 1362 refuerza esta interpretación "histórica" del contrato cuando señala que éste debe ejecutarse según "la común intención de las partes". En otras palabras, la tendencia objetivista de la interpretación ha llegado, en el caso del contrato, únicamente a la inversión de la carga de la prueba; en última instancia, lo que predomina es el aspecto subjetivo, es decir, la intención efectiva de los contratantes.

Este principio subjetivo de la interpretación es coherente con la naturaleza del contrato que es un acto con partes perfectamente definidas, cuya voluntad es relativamente clara (aunque no se haya expresado claramente en el texto) y en donde la fuente de tal voluntad es una sola persona (sea natu-

ral o jurídica) de cada lado (pudiendo, obviamente, haber varios lados). Además, las obligaciones convenidas en un contrato no eran obligatorias antes de su celebración; y si las partes han decidido imponérselas recíprocamente es por que han calculado sus consecuencias en función de situaciones concretas y, por regla general, cuantificables económicamente.

El Código es bastante menos subjetivista y nos orienta más bien hacia una interpretación objetiva o sexual cuando no se refiere al contrato en particular sino al acto jurídico privado en general: en su artículo 168 señala que "el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe". De acuerdo a esta regla, el intérprete debe tomar el texto como tal; y completar o desarrollar su sentido sobre la base de lo que en nuestro medio se considera equilibrado, equitativo, en una palabra "correcto" (buena fe). Aun cuando la voluntad de las partes haya sido clara, si hubo un abuso de la buena fe de la otra o si tal abuso no estuvo presente en la celebración del acto pero resulta de su ejecución en otras circunstancias, el Código provee remedios tales como la lesión (artículo 1447) o la excesiva onerosidad de la prestación (artículo 1440).

La ley tiene un papel enteramente distinto al contrato; y las condiciones de su formación y entrada en vigencia difieren radicalmente. La ley no es un acuerdo entre partes sino una regla de juego que se establece, más allá de todo acuerdo; y ese juego no es un conjunto de movimientos inexorables sino que, como todo verdadero juego, tiene estrategias diversas y formas muy variadas de ser jugado dentro del marco de sus reglas. De otro lado, la fuente de la ley no es la voluntad de una parte definida sino una Asamblea o Cámara (en el Perú son hasta dos Cámaras) o una Comisión (a veces hasta dos Comisiones no necesariamente en paz entre ellas) a la que se le han otorgado facultades legislativas. Esto significa que en la elaboración del texto han intervenido un gran número de personas con ideas diferentes y con motivaciones desiguales: lo único que resultó en común de la intervención de todas estas personas fue un texto —la letra del Código+ y no una intención. Por último, dado que el campo de aplicación de la ley es muchísimo más amplio que el de aplicación de un contrato, el "legislador" (que es una ficción, ya que hemos visto que realmente es una pluralidad disímil de personas) no puede prever todas las consecuencias de la regla.

486. *Razonamiento demostrativo vs. razonamiento persuasivo.* Todo lo dicho nos lleva a la conclusión de que no es posible interpretar la ley mediante un razonamiento matemático o demostrativo, sino que los usuarios del

Derecho desarrollan sus posiciones con la ayuda de un razonamiento de tipo persuasivo mediante el cual intentan convencer a un cierto interlocutor válido (que puede ser el Juez o el órgano de la Administración o la contraparte o la comunidad jurídica) de que sus pretensiones son aceptables: cada jugador social pretende ganar jurídicamente utilizando una mejor estrategia personal dentro del marco y con las armas argumentativas que establecen las normas legales [687bis].

Esto significa que toda regla jurídica, toda ley, no se aplica mecánicamente sino que es utilizada por jugadores inteligentes para "ganar" un juego: es a este proceso abierto que llamamos interpretación; por lo que, de acuerdo a lo expuesto, toda regla jurídica es inevitablemente "interpretada" (o mejor, "utilizada" de acuerdo a una cierta estrategia lúdica), aun cuando su texto sea aparentemente claro. Esto explica la afirmación de juristas como KELSEN que sostiene que todo proceso de aplicación de la norma (quizá sería mejor llamarlo "proceso de utilización") conlleva necesariamente una "interpretación" [688].

487. *La posición dominante del juez como intérprete del Derecho.* Ahora bien, entre los diferentes intérpretes posibles del Código (preferiría llamarlos "usuarios" o "aplicadores"), existen algunos que tienen una posición dominante: los Jueces.

El texto promulgado del Código es un *verbum scriptum* que como decían los antiguos, se encuentra aún envuelto en las pañales de la cuna (*in cunis suis involutus*). Este texto cobrará muchas y diferentes vidas, tendrá diversos desarrollos en la medida en que pasará a ser *verbum dictum*, en la medida en que los usuarios del derecho le darán voz, lo incorporarán al diálogo de las relaciones sociales. Pero entre esos usuarios hay algunos —los Jueces— que tienen el poder (todo poder es una forma de magia) de que su palabra se haga realidad, de que su dicho asuma el carácter de mandato y se

---

687bis. *Confer* Chaïm PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA: *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 2a. ed. Editions de l'Institut de Sociologie. Université Libre de Bruxelles. Bélgica, 1970. *Vide etiam* Chaïm PERELMAN: *Le champ de l'Argumentation* (Université Libre de Bruxelles. Bélgica, 1970) *et ipsum auctorem*: *Droit. Morale et Philosophie* (Bibliothéque de Philosophie du Droit. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence). Puede consultarse cuando menos un texto en castellano de este jurista belga, publicado bajo el título *La Lógica Jurídica y la nueva Retórica* (Editorial Civitas. Madrid. 1979).

688. Hans KELSEN: *Op. cit.* p. 453.

convierta en hecho. Su palabra surte los efectos de un encantamiento; y así el *verbum scriptum*, gracias a este especial *verbum dictum*, pasa a ser *verbum factum*. Pero, de acuerdo a lo antes expuesto, este sortilegio no consiste en una mera repetición del texto del Código sino en una recreación del mismo ante las circunstancias concretas.

Podemos entonces, decir que el papel del Juez no es meramente fonográfico (NEUMANN [688bis]), sino mágico: aunque tuviera muchas veces el propio Juez se sentiría más tranquilo si sólo tuviera que propalar una verdad pre-establecida, antes que asumir la responsabilidad de *definir* "la verdad" para el caso *sub iudice*.

488. *El orden y el desorden*. Este carácter polimorfo y lúdico del razonamiento jurídico se encuentra particularmente resaltado en ciertas áreas normativas donde los textos no están organizados bajo un principio unificador, sino que tiene múltiples facetas.

Según lo antes expuesto, el texto es siempre materia de interpretación, es decir, es siempre utilizado que parte de ciertos valores y de ciertos intereses personales y que actúa dentro de un determinado contexto cultural e histórico; en otras palabras, lo *personal* utiliza el *texto* normativo dentro de un contexto social. No es verdad, entonces, que *interpretatio* (si la entendemos como utilización de la norma) *cessat in claris*: claro o no claro, el texto es dialectizado con miras a su aplicación.

Pero existen ciertos campos del Derecho en los que esta dialectización del texto es mucho más notable. Sucede a veces que una institución jurídica ha sido legislada en forma poco homogénea, de manera que las contradicciones, lagunas o simples aristas que existen entre las normas estimulan la actividad interpretativa. Esta situación —bastante usual en la producción jurídica— puede presentarse debido a que se trata de un área en la que los principios no se encuentran todavía perfectamente desarrollados y, consecuentemente, no existían bases comunes de razonamiento entre los diferentes juristas que intervinieron en la creación de la ley. Puede ser también que el motivo sea la agitación histórica en un aspecto determinado de la vida social que, aunque estaba regido anteriormente por principios jurídicos relati-

---

688bis Franz NEUMANN: *The Change in the Function of Law in Modern Society, en the Democratic and the Authoritarian State*. Herbert Macurse (ed). Free Press. New York, 1964, p. 36 (Hay traducción castellana por Paidos, Buenos Aires).

vamente desarrollados y uniformes, estos han hecho crisis en razón de las circunstancias y han fragmentado las soluciones. En otros casos, el motivo de la diversidad obedece a que el legislador ha tenido un espíritu ecléctico y, ante la diversidad de opinión motivada por alguna de las causas antes señaladas, no ha intentado una síntesis teórica sino una mera agregación de principios: ha optado por poner en el Código un poco de cada uno. Por último, en otros casos, la heterogeneidad obedece a la intromisión de fuertes y contradictorios intereses personales en el seno del cuerpo legislativo.

Sea como fuere, en estos casos el usuario de encuentra ante un conjunto de normas, rico en posibilidades de interpretaciones. Jugando con los diferentes principios intervinientes, es posible que las normas resulten polifacéticas; y, como dice KELSEN en el texto antes citado, por el solo mérito del texto de la ley (única fuente estrictamente normativa) no hay manera de preferir una faceta a otra. Este paisaje cargado de elementos variopintos, con múltiples grietas y quebradas ideológicas, con pendientes y roquedales que excitan la turbulencia de las aguas del razonamiento, este paisaje en el que no existe un solo camino sino una maraña de senderos, el usuario puede recorrerlo de muchas maneras. E incluso, apoyando una palanca intelectual en las hendiduras, el usuario del Derecho puede mover grandes rocas doctrinales, llevándolas de un lado a otro.

Evidentemente, cuando hablamos de este usuario creativo no estamos hablando de una sola persona ni de un conjunto disciplinado de personas: cada usuario intentará obtener una significación distinta —y apropiada a su manera de pensar— de este conjunto de normas desarticuladas.

Cuando entramos a un salón ordenado y prolijamente amoblado, nuestras posibilidades de acción están relativamente limitadas por el orden que impone la distribución de los muebles. Es verdad que todavía podemos hacer muchas cosas:sentarnos en un sillón o en otro, utilizar la mesa para firmar un contrato o para apoyar la taza de té, conversar con la persona de la izquierda o con la persona de la derecha.

Pero, ¡cuánta mayor libertad de utilización (sin perjuicio de encontrar también limitaciones derivadas del desorden) nos brinda el microcosmos contenido en el desván de nuestros abuelos! Ahí hallamos sillas para sentarnos, viejas mesas para escribir, pero también cartas con firmas desconocidas y álbumes con descoloridas fotografías que nos permiten evocar el pasado familiar, juguetes de quienes fueron niños y ya no lo son, una máquina de

coser que se echó a perder hace ya algunas décadas, los calzones con blondas de la bisabuela, un vasto número de estatuillas religiosas, estampas, detentes y medallas, alguna mecedora y varias bacenicas, en fin, todo un mundo de objetos diversos que en su época tuvieron los usos más variados. Y actualmente esos objetos podrían recibir aún muchos más usos, posiblemente no previstos por sus fabricantes o propietarios originales: las estampillas de las cartas no viajarán más sino que irán a parar a algún coleccionista, los juguetes serán orgullosamente ofrecidos en la vitrina de la tienda de antigüedades, los calzones que la abuela sólo mostró al abuelo (y aun así con disimulo) serán coquetamente exhibidos a las multitudes que asisten a una representación teatral, la vieja plancha de carbón recibirá unas flores y servirá de adorno en un lugar de estar, el desvencijado ropero será desarmado y con sus tablas se construirán divisiones de una biblioteca.

489 *El Código Civil como una heterogeneidad sugestiva.* La responsabilidad extracontractual en el Código Civil de 1984 tiene una estructura similar al desván de nuestros abuelos: lejos de encontrarnos ante un orden estricto, estamos más bien frente a una heterogeneidad sugestiva y capaz de múltiples usos.

No podemos decir que el Código adhiere a una sola teoría: todas han sido utilizadas en un grado o en otro. Es así como el artículo 1969 consagra la responsabilidad subjetiva, aunque añade un cierto grado de objetivación derivada de la inversión de la carga de la prueba. El artículo 1970 reconoce una forma de la responsabilidad objetiva, fundada en el riesgo creado. El artículo 1977, que faculta al juez para asignar a la víctima una indemnización a cargo del autor incapaz del daño, contempla una responsabilidad objetiva absoluta; porque, subjetivamente hablando, un incapaz es irresponsable por definición. Estamos aquí ante la nuda objetividad; como también quizá en la responsabilidad del que tiene a otro bajo sus órdenes, que prevé el artículo 1981. De otro lado, los artículos 1987 y 1988 apuntan hacia la teoría de la difusión social del riesgo porque no hay otra razón para que el asegurador —que no tomó parte en los hechos dañinos— sea responsable, si no es por su posibilidad de difundir fácilmente el riesgo entre los usuarios del servicio correspondiente.

Ahora bien, las teorías no tienen carácter normativo, salvo cuando ineluctablemente se desprenden de una norma determinada. Pero estos últimos son los casos menos frecuentes. En la mayor parte de las situaciones, el mismo texto normativo puede ser explicado de manera diferente según sea el principio que se utilice.

Un caso típico de esta utilización en muchas direcciones de una norma es el artículo 1136 del código anterior. No cabe duda de que su redacción fue un resabio del Código Civil de 1852; y éste quería hacer una síntesis de dos artículos del *Code Napoleón*, según se ha hecho presente antes [689]. Dentro de esta línea, la palabra "hecho" significaba "hecho doloso", según la tradición francesa; y no existe duda alguna (desde el punto de vista histórico) que ni el *Code Napoleón* ni el Código Civil de 1852 imaginaron la posibilidad de la responsabilidad objetiva. Sin embargo, atendiendo al solo texto del artículo 1136, los Jueces y Tribunales peruanos allá por la década de 1940 comenzaron a interpretar la palabra "hechos" como un hecho cualquiera; consecuentemente, el hecho aún sin culpa fue considerado fuente de responsabilidad extracontractual.

Otro ejemplo interesante es el artículo 1981 del actual Código que puede ser interpretado con cualquiera de las teorías de la responsabilidad extracontractual. Podríamos decir que la responsabilidad del principal es de carácter subjetivo, atribuyendo al artículo 1969 el carácter de regla o principio más general que ondea por encima de todo el campo de la responsabilidad extracontractual. Esto significaría que el principal queda liberado si prueba que, pese a toda su diligencia (ausencia de culpa), se produjo un daño por culpa de uno de sus servidores. Tal principal no sería responsable, aun cuando el daño hubiere sido causado por el servidor en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo: sin culpa (y ese principal habría demostrado no tenerla), no hay responsabilidad. Pero también podría sostenerse una teoría objetiva pura. Dentro de este orden de ideas, alguien pudiera plantear que el principal responde siempre (en la medida de que el daño se haya realizado en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio), aunque demuestre su ausencia de culpa, porque su responsabilidad es independiente de su culpa y está sólo vinculada a su condición de patrón. La justificación —adecuada o no— de tal responsabilidad podría encontrarse en el propósito de facilitar a la víctima la cobranza de la indemnización. Sin embargo, cabe igualmente acudir a la teoría de la difusión del riesgo para interpretar tal norma. En este sentido podría decirse que el principal responde porque es quien está en mejores condiciones de difundir o repartir los efectos económicos de un daño inevitable dentro del mundo moderno. El servidor no tiene manera de trasladar cuando menos parte del peso económico del daño a los compradores de los bienes o a los usuarios del servicio.

---

689. *Supra.*, No. 34.

Por el contrario, el principal puede introducir ese riesgo como un costo dentro del precio del bien o servicio; y, de esa manera, distribuirlo socialmente a través de los precios. Esto significaría que el principal responde aunque prueba su ausencia de culpa, salvo que acredite que, tratándose de un sistema con precios congelados o de otra razón semejante, la difusión del peso económico del daño por el camino del mercado, del sistema de precios y/o de los seguros, le ha sido vedado.

490. *Importancia del texto.* Lo que resulta especialmente importante destacar es que todas estas interpretaciones son posibles porque el texto mismo no ofrece ninguna pista sobre sus preferencias teóricas. Y aun si el legislador hubiera optado por alguna de estas teorías y decidiera explicitarlo posteriormente en un trabajo doctrinario, esa opción no aparece del texto mismo y consiguientemente no sería obligatoria.

La investigación de las condiciones de aplicación de una norma no persigue la recuperación de una verdad pasada, que no se incorporó en el texto [690]. El jurista no es un historiador ni tampoco es un psicoanalista que trate de entrar en la consciencia íntima (y quizá hasta en la inconsciencia) del legislador. Todo lo que busca es resolver un caso en la forma más aceptable para la comunidad jurídica actual. Por eso, no tiene razón alguna para remontarse al pasado ni para adentrarse en un aspecto interior y esotérico, que no está vinculado al texto mismo sino al autor del texto: el Derecho, como lo decía KANT es un orden externo de conductas [691]. Y acorde con ello, MESSINEO nos dice que lo que hay que buscar es la *voluntas legis, non legislatoris* [692].

491. *Letra y espíritu.* Todo lo expuesto implica que no creemos en un espíritu trascendente al texto normativo, que estaría constituido por la voluntad de legislador. Pero no quiere decir esto que nos resignemos a la mera letra de la ley.

El texto es en sí mismo letra muerta; requiere un espíritu que lo vivifique, que lo integre dentro del orden de la cultura y de la experiencia, que lo

---

690. *Supra*, No. 480.

691. Inmanuel KANT: *The Metaphysical Elements of Justice. Part I of the Metaphysics of Morals*. The Library of Liberal Arts. Bobbs-Merrill. U.S.A., 1965. p. 34 (230), *et passim*.

692. Francesco MESSINEO: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. T. VI. *Relaciones Obligatorias singulares*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979, p. 487.

extraiga del cementerio de papel y le haga vivir una vida humana. Pero esta necesidad de espíritu no significa de ninguna manera que creamos en un espíritu incorporado de una vez para siempre en el cuerpo de la ley por el legislador, sino que pensamos que existe un proceso individualizador mediante el cual el usuario colabora en la creación del Derecho infundiendo a las letras establecidas espíritus siempre nuevos.

Un espíritu, fijado de una vez por todas en el acto legislativo, dejaría de ser un espíritu: sería una letra implícita, paralela a la letra explícita de la norma legal; y también tendría que ser vivificada por el usuario. El espíritu es siempre cambio, es libertad, es dinamismo. Por ello, cada usuario que otorga un sentido a la norma, mediante su utilización hace vivir a la ley una vida nueva: su soplo vital y dialéctico infunde un espíritu siempre nuevo a esa masa de barro que sale de las manos de los legisladores.

TITULO II

LA CONSTRUCCION JUDICIAL DE RESPONSABILIDAD

492. *La tarea del Poder Judicial.* Hemos ya señalado en las páginas anteriores la inmensa tarea que le corresponde al Poder Judicial de desarrollo imaginativo de las normas del Código. Y hemos insistido en el vasto campo que se abre desde esta perspectiva con relación a la responsabilidad extracontractual.

En las páginas que siguen, quisiéramos solamente enumerar algunos temas que nos parecen de particular relevancia y que, no habiendo sido directamente afrontados por el legislador, tendrán que ser elaborados por la jurisprudencia y la doctrina.

Estos temas son tan variados —y tan delicados— como la responsabilidad extracontractual del Estado, la responsabilidad por productos defectuosos, los daños intolerables (entre los que incorporamos de manera muy fundamental aquellos daños por contaminación ambiental). Muchos otros tópicos podrían haber sido tocados y varios de los mencionados podrían ser profundizados en aspectos particularmente específicos, como el de la responsabilidad profesional, la responsabilidad del Juez y del Notario (que merecen ahora tanta atención por la doctrina), la responsabilidad por accidentes nucleares, etc. Sin embargo, este libro no terminaría nunca.

Por ese motivo, nos hemos limitado a indicar una suerte de agenda abierta de futuras reflexiones y a formular un breve comentario sobre algunos de los puntos incluidos, con la esperanza de que ello estimule a otros investigadores a contribuir a detectar daños reparables, delimitar conceptualmente cada uno de ellos y profundizar ahí donde sea necesario. En consecuencia, las exposiciones que siguen son meramente provisionales y se contentan con abrir trochas en el monte, sin saber todavía con exactitud a donde nos conducen. Sin duda, el problema está ahí y es ineludible; pero su tratamiento jurídico deberá ser investigado con más calma, a través de trabajos específicos.

CAPITULO I

DAÑOS CAUSADOS POR EL ESTADO

Sección I: Acción ciudadana vs. estatismo conformista

493. *La propuesta de una norma específica.* El Proyecto de la Comisión Reformadora incluía un artículo, introducido por el autor de este trabajo, que se refería expresamente a la responsabilidad del Estado por los daños resultantes de las deficiencias de los servicios públicos, del defectuoso mantenimiento de la propiedad estatal y de los actos de la administración y de sus funcionarios.

El artículo propuesto podía haber sido notablemente mejorado en su redacción, de manera de afinar los conceptos en un esfuerzo de mejor compatibilización entre la responsabilidad del Estado y la operatividad de la administración pública. Lamentablemente, esa propuesta de norma no fue objeto de comentario alguno durante la discusión pública del Proyecto. Y la Comisión Revisora decidió simplemente suprimirla aduciendo que la responsabilidad del Estado estaba contenida en los principios generales establecidos por los actuales artículos 1969 y 1970 y que era mejor no llamar la atención sobre este punto con una norma expresa porque el Estado podría verse asediadó por juicios sobre responsabilidad civil.

494. *Un antídoto contra el estatismo: la reclamación directa del ciudadano contra el Estado.* Sin embargo, la idea de señalar de manera particular la responsabilidad del Estado tenía precisamente por objeto despertar la consciencia ciudadana, hacerle ver al hombre común que en una democracia todo individuo puede reclamar directamente al Estado por la vía de la acción de daños y perjuicios cuando el Estado no cumple sus funciones públicas.

Una cierta tradición estatista —que existe en el Perú, gústenos o no, aun entre las personas de mentalidad "liberal"—ha llevado a algunos a pen-

sar que contra el Estado sólo es posible actuar a través de los canales políticos, mientras que los canales judiciales, aquellos que permiten que el ciudadano movilize los mecanismos de control sin necesidad de intervención de un Ministerio o del representante a Congreso, parecen reservados a los asuntos entre particulares. Se ha asumido que todo lo que se refiere a los servicios que debe prestar el Estado se encuentra sometido únicamente a la esfera del control periodístico, legislativo, administrativo o de contraloría; esferas donde el ciudadano corriente no puede usualmente apersonarse sino que tiene que actuar por interpósita persona y donde los sistemas de control no se caracterizan por su transparencia y menos por su efectividad desde el punto de vista de ese ciudadano común.

El autor de este trabajo está convencido de que sólo hay verdadera democracia cuando el individuo no se resigna ante la arbitrariedad o la ineficiencia del Estado sino que lucha contra ella; y está convencido también que tal lucha no puede limitarse a una protesta ante el "representante" de su Provincia ni a una queja ante los Poderes Públicos o a una carta a un semanario, sino que debe consistir en un verdadero derecho individual, accionable sin necesidad de patronazgo alguno. Por tal motivo, atendiendo a que la responsabilidad extracontractual puede ser uno de los medios de devolver su identidad, su orgullo y su consciencia democrática al ciudadano, es que colocamos el artículo mencionado en el Proyecto de la Comisión Reformadora; artículo, por otra parte, que no creaba un derecho nuevo sino simplemente explicitaba, mostraba claramente, un derecho ya existente conforme a las reglas generales de la responsabilidad extracontractual. Esta convicción de que el Estado puede ser demandado por daños y perjuicios, se encuentra refrendada por la jurisprudencia de los Tribunales peruanos a partir de la dación del Código Civil de 1936.

495. *La opinión de la Comisión Revisora.* A decir verdad, la Comisión Revisora no estuvo nunca contra tal derecho, simplemente, adhirió a una estrategia social diferente.

Aun cuando reconocía que ese derecho había existido siempre y estaría también presente en el nuevo Código a través de las reglas que establecen los principios generales de la responsabilidad extracontractual, la Comisión prefirió que la ciudadanía no fuera alertada en tal sentido, para no promover una gran cantidad de juicios derivados del mal funcionamiento de los servicios públicos. Muchos de esos juicios tendrán que ser declarados sin lugar por ausencia de culpa de la Administración Pública: carente de recur-

sos económicos y desarrollando su actividad en un país pobre, no se le podía pedir demasiado a los servicios del Estado.

Por ello, la Comisión Revisora consideró que mejor era no colocar, una norma expresa, que invitaría a accionar contra el Estado, sino dejar que los casos más graves se ampararán en los principios de los artículos 1969 y 1970.

Sección II: La responsabilidad del Estado en el Perú del S. XIX.

496. *La doctrina peruana durante la vigencia del Código de 1852.* Dado que la responsabilidad del Estado presenta numerosas dificultades teóricas en su aplicación, resulta interesante revisar históricamente la forma como ha sido entendida en el Perú. En este sentido, es conveniente comenzar con la doctrina del S. XIX que reflexionó mucho sobre el asunto y que, en algunos aspectos, se enfrenta a problemas similares a los nuestros, aunque desde una perspectiva diferente.

En términos generales, podemos decir que la jurisprudencia administrativa y judicial del S. XIX. es contraria a la idea de una responsabilidad extracontractual del Estado, particularmente cuando se trata de daños derivados de tumultos —¡tan frecuentes entonces!— que el Estado no supo controlar. Como fuente indiciaria del espíritu de la época, es interesante revisar los dictámenes de dos ilustres Fiscales de la segunda mitad del S. XIX: José Gregorio PAZ SOLDAN y Manuel Toribio URETA.

497. *El acto dañino no intencional del Estado.* PAZ SOLDAN y URETA se niegan a reconocer toda responsabilidad del Estado cuando los daños no fueron resultado de un acto intencional del Gobierno. Y para acallar a los solicitantes de indemnizaciones no vacilan en sumar a los argumentos propiamente jurídicos otros basados en diversos aspectos, incluyendo una xenofobia cuya profundidad y consecuencias escapa al análisis del presente trabajo.

Así, como muchas veces las víctimas de la falta de control de las masas por el Gobierno eran extranjeros, PAZ SOLDAN los acusa de querer abusar del país: "Los extranjeros que forman reclamos se proponen absorber por medio de ellos todas las riquezas que encierran las islas guaneras, y este

deseo es la única medida de justicia que quieren imponer al gobierno del Perú" [693]. Cuando el español D. José Landabaso reclama daños y perjuicios extracontractuales porque el Gobierno ocupó un depósito de su propiedad sin contrato previo y sin pagar nada. PAZ SOLDAN en una Vista Fiscal de 6 de setiembre de 1864 —explicable porque se produce en la tensa atmósfera ocasionada por la ocupación de las islas de Chincha por la escuadra española, las quejas destempladas del Comisario Especial español D. Eusebio Salazar y Mazarredo, las intrigas concertadas por éste con el Ministro del Estado Español D. Joaquín Francisco Pacheco y la presencia en aguas peruanas de la Expedición Científica española encargada de proteger los intereses de sus súbditos, lastimados en las discordias internas— dice que en esos depósitos "el Gobierno ha construido un 'Monitor' para atacar a los piratas de Chincha, que algunos ingratos españoles quisieran que permaneciese en el dominio de su Reyna y Señora" [694] y que el reclamo obedece a "las dañadas intenciones que contra el país abrigan algunos españoles residentes en esta Capital y en el Callao, con el objeto bastante conocido de formular reclamaciones injustas contra el país y de desacreditar su Gobierno...Todo, pues, es una intriga española para que Mazarredo y Pacheco lanzen nuevos insultos contra el Perú" [695]. Más tarde, cuando el español Suárez García reclama por intermedio del Agente Diplomático de su país por los daños derivados de la Revolución de Vivanco en Arequipa, PAZ SOLDAN dictamina el 16 de octubre de 1865, que aunque el crédito de Suárez García es pequeño, si se le toma como precedente sería reconocer "una deuda inmensa"; y que por eso, en un caso similar, el Gobierno ya ha rechazado antes la reclamación del ciudadano norteamericano D. Rollin Thorne, interpuesta por intermedio del Gobierno de los Estados Unidos [696].

Duras palabras y duras actitudes propias de un clima en el que los nubarrones de la guerra con España se asoman por el horizonte; guerra que efectivamente estallaría un año más tarde, en 1866. Es preciso tener en cuenta estas circunstancias a fin de dejar de lado el apasionamiento propio

---

693. Alfredo GASTON: *Compilación de las Vistas Fiscales que en materia judicial y administrativa se han expedido en el Perú, desde el año de 1840 hasta 1870 por los Doctores D. José Gregorio Paz Soldán y D. Manuel Toribio Ureta*. T. II. Imprenta del Estado. Lima, 1875. Vista Fiscal de 29 de Agosto de 1862 recaida en el reclamo de la firma Klawer, Hughes y cía. por daños resultantes de tumultos políticos en Tacna, p. 203.

694. *Op. cit.*, T. I, Imprenta del Estado. Lima, 1873, p. 213.

695. *Loc. cit.*

696. *Op. cit.*, T. I, p. 215.

de una situación excepcional y examinar objetivamente los principios jurídicos empleados en la argumentación.

498. *Los tumultos "restauradores" del Callao.* La posición de la doctrina jurídica de la época puede ser convenientemente ejemplificada con un dictamen de Manuel Toribio URETA —dejando de lado los habituales denuestos contra los extranjeros— con motivo de una reclamación por los daños resultantes de los tumultos ocurridos en el Callao en ocasión de la toma del poder por el Ejército Restaurador en 1865.

Los hechos, que son plenamente aceptados por URETA, pueden resumirse de la siguiente manera. En los primeros meses de 1865 y en razón del repudio popular al Tratado Vivanco—Pareja con España en el que se cede a esa nación las islas de Chincha, se produjeron diversos movimientos subversivos contra el Gobierno del general Pezet bajo el nombre común de "Restauración de la Honra Nacional": aquél encabezado por el coronel Mariano Ignacio Prado en Arequipa que se extiende por todo el sur, aquél otro promovido por el coronel José Balta en Chiclayo y que se extiende a todo el norte. Finalmente, estos movimientos nombran como jefe común al entonces 2° Vice-Presidente, general Pedro Diez Canseco, y entran triunfalmente en Lima el 6 de noviembre de 1865. El día 7 entra el Ejército Restaurador en el Callao y el 8 el Presidente Pezet y sus principales colaboradores se asilan en la corbeta S. M. B. *Shear Water.*

En la noche del 6 al 7 de noviembre se produjeron actos de pillaje y saqueo en el Callao, para festejar el triunfo restaurador. BASADRE nos dice que "la soldadesca desbandada y la plebe se habían dedicado al saqueo, derribando puertas a balazos y hachazos, quemando, rompiendo y destrozando muebles, libros y documentos"; y precisa que los daños afectaron más de treinta casas comerciales, todas ellas pertenecientes extranjeros, sin tocar una sola casa de peruanos [697]. URETA da cuenta en su dictamen que "malhechores en cuadrilla" se hicieron dueños de las calles; además, se amotinó la caballería y se unió a esa "gente perdida". Estas bandas asaltaron tiendas, rompieron puertas, vivando al Ejército Restaurador. En el Callao se vive una noche de terror, en la que suceden múltiples desmanes "ejecutados por pandillas de gentes de la última clase". El Prefecto, a pesar de que había

697. Jorge BASADRE: *Historia de la República del Perú.* 5ta. ed. T. IV. Ediciones Historia. Lima, 1961, p. 1564.

sido ratificado por el movimiento restaurador, huye del lugar y se guarece en uno de los barcos anclados el puerto. Afortunadamente, el alcalde y un grupo de decididos vecinos nacionales y extranjeros controlan la situación gracias a "la inagotable abnegación de los hombres de bien". Se capturan muchas personas como participantes de los desmanes, pero —¡curiosamente!— no se puede probar legalmente la responsabilidad de ninguno y todos son puestos en libertad [698].

Los comerciantes perjudicados piden una reparación del Gobierno aduciendo (1) responsabilidad del principal por los actos del servidor y (2) negligencia en su función de asegurar la paz pública y las propiedades particulares, lo que se agrava con el abandono del puesto por el Prefecto. La responsabilidad vicaria del Estado se funda en tres consideraciones: (a) los daños fueron causados por soldados, que son personal al servicio del Gobierno, (b) la negligencia del Prefecto (funcionario público) debe ser reparada por el Gobierno, que es su principal; y (c) la plebe vivaba al nuevo Gobierno; lo que demuestra que los daños fueron causados por sus partidarios.

499. *El análisis jurídico de Manuel Toribio URETA.* El Fiscal URETA rechaza esta línea de argumentación afirmando, en primer lugar, que el Estado no es sujeto de responsabilidad civil porque sus actos están regidos por el derecho público y no por el derecho privado [699]; y, por este camino, rechaza también la responsabilidad vicaria aduciendo que, dado que el Estado no es responsable, sólo cabe accionar por daños contra sus autores directos: no existe responsabilidad vicaria cuando el principal es el Estado.

Afirma que no se debe confundir "la responsabilidad personal que tiene los criminales con la responsabilidad nacional en la que sólo se incurre por actos verdaderamente nacionales" [700]. Cita a GROTIUS en un parecer dado respecto de la queja planteada por los ciudadanos de Pomerania contra Holanda para que este Gobierno les indemnice por los daños sufridos a causa de los corsarios holandeses: GROTIUS (que es holandés) sostiene (según URETA) que los Estados no están obligados a indemnizar este tipo de daños sino únicamente a castigar a los culpables: y, en todo caso, los Gobier-

---

698. Alfredo GASTON: *Op. cit.*, T. II, pp. 50-51.

699. *Ibidem*, pp. 55-56.

700. *Ibid.*, p. 56.

nos pueden reparar a las víctimas con cargo a los bienes de los propios piratas, pero no del tesoro [701]. Cita también la opinión del Ministro francés Barón GROS, que actuó como mediador en la reclamación interpuesta por Inglaterra a nombre de uno de sus súbditos contra el Gobierno de Grecia por el hecho de que el 4 de abril de 1847 una población sediciosa había invadido la casa de ese súbdito inglés y la había pillado. El Barón GROS fue de la opinión de que el derecho de pedir reparación a los Gobiernos está limitado a la responsabilidad por hechos propios del Gobierno (*par le fait même du gouvernement du pays*) [702]. También cita URETA el caso de los daños sufridos por los súbditos españoles en la ciudad norteamericana de Nueva Orleans, donde "una plebe embravecida y licenciosa" atacó a los españoles residentes al conocerse que uno de los que participaron en la expedición de López para independizar la isla de Cuba del dominio de España, había sido ejecutado por los Tribunales españoles. Frente a la reclamación por los daños sufridos por esos españoles residentes en los Estados Unidos a causa de los desmanes de la plebe de Nueva Orleans, el Secretario de Estado norteamericano WEBSTER contestó al Enviado Plenipotenciario CALDERON de la BARCA que "en todos los países se amotina la plebe, en todas partes estallan a veces violencias populares, se ultrajan las leyes, se hollan los derechos de los ciudadanos e individuos particulares". Pero agregó que el Gobierno no tiene otra obligación que otorgar toda la protección posible y castigar a los culpables, si estos son aprehendidos; no tiene obligación de pagar indemnizaciones por daños que el Gobierno no ha cometido [703].

De otro lado en lo que se refiere a la responsabilidad vicaria, dice Manuel Toribio URETA que el artículo 2191 del Código Civil (de 1852) no es aplicable por varias razones, aun si se admitiera la posibilidad de responsabilizar civilmente al Estado. En primer lugar, los soldados amotinados y un Prefecto que huye ya no son soldados ni Prefecto, "ya no dependían de la autoridad pública ni eran sus agentes" [704]: el vínculo con el principal quedaba roto por la actitud del servidor, quien había dejado de actuar como tal; o, para decirlo en los términos del Código de 1852, los soldados amotinados y el Prefecto fugado ya no estaban bajo el cuidado de éste, por-

701. *Ibid.*, p. 59.

702. *Loc. cit.*

703. *Ibid.*, p. 60.

704. *Ibid.*, p. 51.

que no tiene vínculo legal. Por último, en el peor de los casos, el Gobierno habría quedado exonerado de toda responsabilidad vicaria a tenor de lo dispuesto en el artículo 2194 del mismo Código Civil: el guardador no es responsable si se acredita que no pudo impedir el hecho que causó el daño. Como conclusión de todo ello, URETA plantea que los daños sufridos por los comerciantes del Callao, como todos los que ocurren en condiciones similares, son caso fortuito (con relación al Gobierno, sin perjuicio de la responsabilidad de sus autores directos) y no pueden ser indemnizados: "Si por desgracia y contra la previsión más atinada sobrevino en altas horas de la noche el saqueo y el robo que de algunas tiendas del comercio hizo una parte de la plebe", se trata de un "lamentable acontecimiento, enteramente fortuito" [705].

500. *La responsabilidad vicaria del Estado.* La tesis de que el Estado no responde vicariamente por actos cometidos por funcionarios o dependientes más allá de sus funciones, es desarrollada también por PAZ SOLDAN en un dictamen de 15 de febrero de 1866.

Toribio Mesía había solicitado que se le pagaran los daños sufridos en un incendio ocurrido en Iquitos a causa del entusiasmo patriótico de un guardia marina. En efecto, el guardia marina Távara recibió un barril de pólvora de los almacenes del Estado para "solemnizar el aniversario de la Independencia". Lamentablemente, en vez de que la pólvora fuera usada en pequeñas dosis, el barril explotó completo por un descuido de Távara, causando daños a una propiedad cercana. En el expediente hay alguna duda sobre la vinculación entre la "solemnización" y el Estado porque, si bien el barril le fue efectivamente entregado por el almacén del Estado, el Prefecto sostuvo que había prohibido previamente ese tipo de festejos.

PAZ SOLDAN opina que el Estado ni "Nadie, según una regla de derecho está obligado a impedir las consecuencias remotas, ni a responder por ellas. La reparación de daños y perjuicios debe repetirse contra el causante" [706]. Como puede verse. PAZ SOLDAN está esbozando una teoría bastante similar a de los actos de servicio (incorporada en el actual Código Civil peruano en el artículo 1981), en virtud de la cual no todo acto del servidor da

705. *Ibid.*, p. 57.

706. Alfredo GASTON: *Op. cit.*, T.I. Imprenta del Estado. Lima, 1873. p. 218.

lugar a responsabilidad del principal sino sólo aquellos ejecutados en el ejercicio del cargo o cumplimiento del servicio respectivo.

501. *Damnificados nacionales.* Ahora bien, como señala BASADRE, los damnificados del Callao habían sido todos extranjeros. ¿Significa esto que si los daños se hubieran producido a nacionales la actitud habría sido más benevolente con las víctimas?

Políticamente, parecería que el Gobierno tuvo un interés mayor en aliviar este tipo de daños cuando fueron sufridos por peruanos; pero, desde el punto de vista jurídico, el razonamiento de los Fiscales PAZ SOLDAN y URETA es exactamente el mismo.

La Revolución Restauradora del coronel Mariano Ignacio Prado había causado daños también en Arequipa, donde se inició. El Gobierno promulgó un Decreto Supremo que abría la posibilidad de que se investigasen tales daños y se pagase una indemnización cuando se comprobara que habían sido ocasionados por el bombardeo o por el arreglo de fortificaciones con motivo de la revolución que llevó al poder a los insurgentes. Pero PAZ SOLDAN, en un dictamen de 27 de julio de 1868, indica que esos pagos no constituyen un deber del Gobierno sino un acto de mera benevolencia; no es una obligación jurídica sino un acto político de gracia. El Fiscal reconoce que los daños sufridos por los tumultos pueden ser muy graves y tener consecuencias de muy diversos órdenes, sin limitarse a los daños físicos. "Los daños que causan la guerra y las disensiones civiles, no están circunscritos solamente a las propiedades muebles o inmuebles. Las industrias o empresas mercantiles, agrícolas, bursátiles y todas en general, reciben contrastes, experimentan quiebras, y otros males positivos por consecuencia de un bloqueo, por la clausura de los puertos, por la intercepción de los caminos, por el retardo de las comunicaciones, falta de movilidad y otros accidentes, que disminuyen o destruyen capitales y dejando burladas esperanzas bien calculadas y con frecuencia reducidas a la miseria muchas familias" [707]. Sin embargo, ¿debe el Estado pagar por estas pérdidas? No, contesta PAZ SOLDAN, porque se trata de un caso fortuito. "Ellas (las guerras internas o externas) son una plaga como todas, una calamidad, que todos tienen que soportar como miembros de la sociedad de que forman parte y cuyos bienes o

---

707. Alfredo GASTON: *Op. cit.*, T.I, p. 227.

quebranto tienen que compartir —sin que pueda haber unos socios más privilegiados que otros" [708].

Igual opinión —vertida con palabras similares— había emitido el 8 de junio de 1868 con relación a la reclamación planteada por D. Santiago Graña aduciendo que su tienda había sido saqueada en disturbios populares ocurridos el 6 y 7 de enero de ese año. PAZ SOLDAN niega todo derecho a una indemnización afirmando que "El Estado no es responsable de los daños que puedan sobrevenir a los individuos por resultados de las disensiones interiores: son una plaga que afecta a todos y que deben soportarse con resignación...El único deber del Gobierno es perseguir a los delincuentes o reprimirlos" [709]. Pero haciendo alusión a la condición de peruano del reclamante, dice que presenta una "mal forjada cuenta" y que su pretensión "importa introducir entre los peruanos el pésimo ejemplo dado por codiciosos extranjeros" [710].

502. *El caso de la Hacienda La Viña.* Una situación particularmente interesante es la relativa a la Hacienda La Viña, porque da lugar a dos casos que involucran a víctimas nacionales y extranjeras y que son dictaminados, uno por PAZ SOLDAN y el otro por URETA.

El 14 de enero de 1868, los vecinos de Motupe —"una gran turba de ambos sexos" según describe Manuel Toribio URETA en la Vista Fiscal de uno de estos casos [711]— penetraron en las Haciendas La Viña y Batán Grande, ubicadas en la provincia de Lambayeque, incendiando los campos, destruyendo cercos y pillando lo que encontraban. Los hermanos Delgado, propietarios de tales haciendas, y el arrendatario Ruden, pidieron indemnizaciones al Gobierno por la falta en prestar las garantías correspondientes a la propiedad y al legítimo ejercicio de los derechos.

PAZ SOLDAN, en el caso de los hermanos Delgado, admite los hechos: "Escandalosos y criminales son sin duda los hechos que refieren (los reclamantes) y que con justicia son reprobados por la opinión pública al ver

---

708. *Ibid.*, p. 228.

709. *Ibid.*, p. 225.

710. *Loc. cit.*

711. Alfredo GASTON: *Op. cit.*, T.II, p. 430.

amenazadas las propiedades, la vida y la seguridad de todos los industriosos propietarios" [712]. Sin embargo, en materia de Derecho, PAZ SOLDAN discrepa: opina que la indemnización no debe ser de cuenta del Estado sino de los causantes del daño [713], porque estos actos son "una calamidad pública, que pesa sobre todos, y de que no es responsable el Gobierno no pudo impedirlos" [714]. Dado que en este caso también los reclamantes han argüido la responsabilidad vicaria del Estado, PAZ SOLDAN la descarta, admitiendo responsabilidad del Estado sólo en las situaciones en que el daño ha sido causado por acto del Gobierno mismo: "El Gobierno responde, es cierto, de los actos de sus funcionarios subalternos, pero cuando los ejercen obedeciendo a sus órdenes y oficialmente, pero no cuando proceden privada o personalmente impulsados por sus pasiones" [715]. Es por ello que el estado debe indemnizar cuando los daños han sido causados por el Ejército oficial, aun cuando sea con fines de guerra, pero esta responsabilidad no se extiende más allá de los daños directos y de los actos oficiales: "Si para vestir o mantener la fuerza pública se apoderan sus jefes de algunas telas o artículos de subsistencia, o si para acamparla o ponerla a cubierto de los ataques que pudiera sufrir, destruye sembríos, casas, muros o cercos, es incuestionable que tales actos, autorizados en la guerra, hacen responsable a la nación de los daños y perjuicios en que por ellos se han ocasionado, pero no los que secundaria o indirectamente puedan sobrevenir por la misma guerra o por consecuencia de sus estragos" [716].

Por su parte, el arrendatario de los terrenos de Errepón, que era un Anexo de la Hacienda La Viña que pertenecía también a los Delgado, era un ciudadano norteamericano, don Alejandro Ruden. Este reclama 91,536 pesos por concepto de daño emergente (cultivos de algodón, alfalfa, plátanos e higos, casas incendiadas, etc), más el lucro cesante por la terminación de su arrendamiento debido a tales sucesos. Esta vez el dictamen corresponde a Manuel Toribio URETA quien rechaza la pretensión de este extranjero con argumentos absolutamente similares a los esgrimidos por PAZ SOLDAN respecto de las pretensiones de los nacionales: los daños no fueron

712. Alfredo GASTON: *Op. cit.*, T.I., p. 226.

713. *Loc. cit.*

714. *Loc. cit.*

715. *Loc. cit.*

716. *Loc. cit.*

causados por "ningún oficial, ni agente del Gobierno ni por las órdenes de éste" [717].

503. *La responsabilidad extracontractual del Estado en el S. XIX: conclusiones.* Todo lo expuesto parece mostrar que en el S. XIX, durante la vigencia del Código Civil de 1852, primó la convicción de que al Estado, en principio, no puede exigírsele responsabilidad civil porque sus actos están protegidos por la inmunidad soberana.

Esta tesis excluye también la responsabilidad vicaria por los actos de sus subalternos, ya que ésta tiene su fundamento en el Código Civil y el Estado no es sujeto de Derecho Privado sino Público.

Excepcionalmente, se reconoce el derecho a una indemnización a quienes han sufrido daños directos e intencionales por parte del Estado: los propietarios de las haciendas cuyo forraje fue utilizado por las caballadas del Ejército o cuyo almacén de víveres y otros artículos fue utilizado para satisfacer las necesidades de alimento y vestido de la tropa, tiene derecho a una indemnización. En todos los demás casos, siempre que el daño tenga una finalidad o una causa privada, la responsabilidad civil afecta a las personas naturales que cometieron los daños y no al Estado. Y no puede desplazarse esta responsabilidad al Gobierno con el argumento de que estos prestaban servicios al Estado ni de que el gobierno actuó negligentemente en sus funciones regulares al no impedir los desmanes o actos dañinos.

Sección III: La jurisprudencia peruana a partir del Código Civil de 1936

504. *Nuevas tendencias en la jurisprudencia.* Esta orientación restrictiva de la jurisprudencia peruana del siglo anterior varía radicalmente en el S. XX, particularmente después de la promulgación del Código Civil de 1936.

Las Ejecutorias modernas ya no consideran al Estado como irresponsable civilmente, sino que intentan más bien precisar los alcances de su responsabilidad.

---

717. Alfredo GASTON: *Op. cit.*, T. II, p. 430.

505. *El daño a la propiedad por acto intencional del Estado.* Los jueces peruanos ratifican la tesis tradicional de la existencia de una acción indemnizatoria en contra del Estado cuando éste causa daños por acto directo e intencional; sobre todo cuando la acción indemnizatoria es una forma de garantizar la propiedad privada frente a abusos del Estado.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema, en Ejecutoria de 1947, condena al Estado a pagar daños y perjuicios en favor de don Nicolás Mayna Porras y don Paulino Rojas Conga, propietarios en común de un terreno de cultivo de 5,520 m2, ubicado en el pago de Ocorroy, distrito de Huamanguilla, provincia de Huanta (Ayacucho), por haber tomado el Estado dicho terreno sin seguir un procedimiento expropiatorio previo ni pagarles suma alguna a los propietarios. En este caso, se ordena el pago del valor de las tierras [718].

De la misma manera, tratándose de bienes inmuebles que han sido utilizados ilegalmente por el Estado, los Tribunales condenan a éste al pago de daños y perjuicios. Tal es el caso de la acción instaurada por don Julio Sánchez Ortiz, quien fue detenido por razones políticas y su auto fue incautado por la Policía; el vehículo fue colocado a disposición de la Zona de Policía donde se seguía a Sánchez un juicio por delito contra la seguridad del Estado. Posteriormente, el señor Sánchez fue liberado; pero se descubrió que el auto incautado había sido usado entretanto por el Capitán Comandante de la Compañía de Servicios Especiales de la Policía. El 10 de abril de 1956, la Corte Suprema, acorde con lo ya establecido por las dos instancias inferiores, ordenó una indemnización a cargo del Estado por el uso indebido del automóvil y fijó una suma por concepto de desgaste y por lucro cesante [719].

506. *El perjuicio por acto arbitrario de la Administración.* En los últimos decenios, los Tribunales declararon también fundadas las demandas de los particulares que reclamaban indemnización contra el Estado o contra los entes públicos, cuando los daños se habían cometido por un acto arbitrario de la Administración, aunque este acto no implicara en forma directa un atentado contra la propiedad sino simplemente afectara un interés privado.

Don Daniel Castro Lozada demandó al Concejo Provincial de Piura alegando daños sufridos por una decisión arbitraria de la Autoridad Munici-

---

718. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Enero-Febrero de 1948. Nos. 48-49, p. 58.

719. *Revista de Jurisprudencia Peruana, año de 1956.* no. 147, pp. 443-444.

pal. Según contrato de 16 de noviembre de 1945, el demandante, en su calidad de constructor, se había comprometido con don Amaro Castro Mesones a construirle un departamento. con este objeto, solicitó la correspondiente licencia al Concejo, el que se la concedió luego de verificados los trámites usuales. Sin embargo, meses después, cuando la obra estaba bastante avanzada, el Concejo notificó al demandante para que paralizara los trabajos y le exigió la presentación de nuevos planos para comprobar el cumplimiento de ciertos requisitos técnicos. Esa revocación extemporánea de la licencia fue considerada por la Corte como un acto ilegal, cuyas consecuencias dañinas debían ser reparadas por la Autoridad Municipal. El Fiscal señala en su dictamen que "Los Concejos Municipales son civilmente responsables por los daños que causen al interés privado con los actos ilícitos que en el ejercicio de su autoridad administrativa verifiquen, de acuerdo con el precepto general contenido en el artículo 1136 del Código Civil" [720].

El 16 de abril de 1946, el Concejo Distrital de La Victoria canceló a don Antonio Rivero la licencia que amparaba el funcionamiento de su carnicería por considerarlo especulador. El negocio permaneció clausurado por este motivo durante más de dos años, hasta que una Resolución Suprema declaró fundada la revisión interpuesta por el sancionado contra los acuerdos del Concejo Distrital de La Victoria y del Concejo Provincial de Lima, autorizándolo para reabrir su carnicería. Por otra parte, el Concejo de la Victoria había formulado denuncia contra el mismo don Antonio Rivero ante el Juez Instructor por delito de especulación; pero se declaró sin lugar la apertura de instrucción en vista de que el hecho había ocurrido antes de que entrara en vigencia la Ley 10551 invocada por el denunciante. En razón de todo ello, don Antonio Rivero demandó al mencionado Municipio para que lo indemnice el daño moral y los perjuicios causados.

El Juez había fallado a favor del demandante y la Corte Superior de Lima, había confirmado la sentencia. Ambas partes —el reclamante y el Concejo— interpusieron recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia; el primero con el objeto de obtener una mayor indemnización y el segundo con el objeto de no pagar ninguna.

El Fiscal GARCIA ARRESE se pronunció por la procedencia de la indemnización, opinando incluso que se aumentara el monto fijado por las

720. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Setiembre-Octubre de 1949. Nos. 68-69, pp. 733-734.

instancias inferiores, porque la colocación de un cartel que decía "Clausurado por especulación", en la puerta de un comerciante, originaba indudablemente un perjuicio moral indemnizable. La Corte Suprema, en Resolución de 24 de agosto de 1951, declaró no haber nulidad en las sentencias inferiores y, consiguientemente, ordenó el pago de la indemnización por el Concejo Distrital; sin embargo, no aumentó el monto de tal indemnización como lo solicitaba el Fiscal [721].

Dentro de la misma línea, la Corte Suprema por Ejecutoria de 9 de junio de 1958 admitió la posibilidad de demandar al Estado por actos no justificados de la Aduana, cuando don César Loero Silva, en representación de Loero Hermanos y Cía. y de Industrias Vínicas Patria S.A., demandó al Gobierno para el pago de daños y perjuicios causados por los funcionarios de la Aduana del Puerto de Casma que impidieron el embarque de semilla cuya exportación se había autorizado [722]. La Corte Suprema conoció este caso, en cuanto al fondo del asunto, recién el 3 de octubre de 1960, cuando declara fundada la demanda de don César Loero y, haciendo suyo el dictamen fiscal, señala que la "incompetencia, negligencia y mala interpretación de la ley de parte de los empleados aduaneros" fue causa del daño resarcible [723].

Una Ejecutoria que no otorga indemnización al demandante por razones de hecho pero que mantiene el principio de la responsabilidad del Estado cuando se trata de actos ilegales de la Administración es la recaida en el juicio planteado por don Luis Esteves Flores contra la Municipalidad de San Isidro. El demandante solicita la nulidad de las licencias de apertura de establecimiento y el pago de daños y perjuicios por el hecho de que esa Municipalidad había autorizado el funcionamiento de "negocios de última clase" (una bodega y una peluquería) en una zona residencial donde el señor Esteves había construido su casa confiando en la zonificación existente. La Corte desestimó la demanda por el solo hecho de que se comprobó que, cuando el señor Esteves compró el terreno y edificó su casa, ya existía una carnicería en la zona [724].

---

721. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Noviembre de 1951. no. 94, pp. 1319-1321.

722. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1959. No. 174, pp. 751-752.

723. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1960. No. 202, pp. 1357.

724. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1967, No. 286, pp. 1464-1466.

507. *Daños causados por negligencia en el ejercicio de las funciones del Estado.* La jurisprudencia fue más lejos y responsabilizó también civilmente al Estado por los daños causados por negligencia en el ejercicio de sus funciones en tanto que Estado.

En este caso no estamos ya ante la violación directa de la propiedad ni ante el acto directo de la Administración, realizado más allá de sus facultades, que vulnera un interés privado; se trata más bien de actos autorizados por los reglamentos (y, en algunos casos, ordenados por ellos), pero cuya ejecución ha sido negligente. Dentro de esta línea existen varias Ejecutorias en las que se contemplan casos parecidos a aquellos del S. XIX antes reseñados sobre daños ocasionados por trastornos de la seguridad pública, debidos a negligencia de la Policía. Y la solución jurídica es radicalmente contraria a la predominante durante el Siglo pasado.

El 17 de julio de 1959, la corte Suprema conoce la demanda planteada por la empresa Editora Peruana S. A. contra el Gobierno, sobre indemnización por daños ocurridos con motivo de un tumulto popular. Según el resumen del Fiscal, el Frente Nacional de Mujeres había obtenido permiso de la autoridad política local para realizar una concentración en la Plaza San Martín el día 13 de abril de 1946, llevar a cabo un desfile hasta la Plaza de Armas y entregar un memorial al Presidente de la República sobre el abaratamiento de las subsistencias. Sin embargo, irrumpieron en la Plaza contramanifestantes del Partido Aprista que disolvieron la manifestación y aprovecharon la oportunidad para asaltar las imprentas "La Cotera", "Empresa Editorial Peruana" y "La Prensa", causando daños en sus maquinarias, mobiliario y demás enseres.

Dice el Fiscal SOTELO que "No obstante la actitud violenta y agresiva asumida por ese grupo que atacó a las manifestantes y luego asaltó los locales de imprenta referidos, las autoridades políticas y de policía no tomaron medida alguna preventiva para evitar los hechos y menos represiva contra los autores del atentado". Agrega que tales autoridades "No hicieron nada durante el tiempo que duró la acción devastadora de los atacantes ni acudieron a las peticiones de auxilio y ayuda". Por otra parte, hubo "negligencia manifiesta del entonces Prefecto de Lima, quien no dictó ninguna medida de previsión a pesar de haberse autorizado al Frente Nacional de Mujeres a realizar una manifestación pública y que dada la situación política del momento era fundada la previsión de una contra-manifestación, todo lo cual, agregado al hecho de no encontrarse en su Despacho ni en el lugar de los hechos a la hora en que estos ocurrieron". El Fiscal concluye que "es

evidente la obligación legal y moral del Gobierno de indemnizar los daños causados, responsabilidad que arranca no sólo de su negligencia, sino aún más de su tolerancia punible, amplia y fehacientemente comprobada, responsabilidad que por lo mismo está prevista como tal por lo dispuesto en el artículo 1136 del Código Civil". La Corte Suprema, refrendando las sentencias de Primera Instancia y de la Corte Superior, ordena que el Gobierno pague indemnización [725].

Una doctrina similar fue establecida por la Corte Suprema en su ejecutoria de 4 de enero de 1960 cuando, tratándose de otras circunstancias históricas y políticas, la corte nuevamente consagra la responsabilidad del Estado por haber sido negligente en su función de custodiar del orden público. Amparándose en los artículos 1136 y 1144 del Código Civil (de 1936), don José Calero Paz interpuso una demanda contra el Estado a fin de que le indemnice los daños y perjuicios y le pague el lucro cesante, ocurridos "como consecuencia de los desmanes cometidos por el pueblo, en la ciudad de Iquitos el 1° de junio de 1957, que atacó, saqueando y destruyendo, los cinemas de propiedad del actor, así como sus oficinas y depósitos". Don José Calero Paz sostuvo que, a pesar de haberse hecho advertencias a las autoridades sobre lo que podía ocurrir, no se tomaron las medidas pertinentes "por lenidad y negligencia". El Fiscal señala que hay abundante prueba actuada que demuestra que "efectivamente los hechos materia de la demanda se produjeron como consecuencia de la negligencia y descuido de las autoridades políticas de Iquitos, quienes fueron oportunamente advertidas de las intenciones que un grupo de agitadores empezaron a divulgar entre el pueblo, en orden a asaltar los locales de los cinemas; pese a esas advertencias las autoridades no dispusieron ni la vigilancia de los locales ni el debido control sobre la población, que sólo se logró después de haberse producido los asaltos y destrucción de los locales". Las tres instancias reconocen fundada la demanda y otorgan tanto una indemnización por daño emergente (destrucción de bienes muebles, como accesorios, útiles de uso personal e implementos de desinfección y otros semejantes, el valor de las películas que había sido cargado por las distribuidoras al propietario del cinema, etc.) como por lucro cesante (la suma dejada de ganar por la paralización de los cinemas). La Corte Suprema, confirma la procedencia de tal indemnización, limitándose a corregir la forma de cálculo del lucro cesante [726].

---

725. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Octubre de 1950, No. 81, pp. 1229-1232.

726. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1960. No. 198, pp. 846-847.

Dentro de la misma línea, se encuentra la Ejecutoria Suprema de 1° de diciembre de 1961 recaida en el juicio iniciado por el don Luis Paredes Salinas contra el Estado para que le indemnice los daños sufridos en su establecimiento comercial sito en la calle de Mercaderes, en Arequipa, al producirse un asalto y saqueo por "el populacho" con ocasión de los sucesos políticos del 14 y 15 de junio de 1950. Aclara que las turbas atacaron el Casino Militar que colindaba con la zapatería de su propiedad; pero los desmanes se extendieron hasta su local. Cita en apoyo de su pretensión que el Estado ha indemnizado al cantinero de dicho Casino y también al doctor Alberto Freundt "cuando su estudio fue atacado e incendiado por las turbas políticas". El Fiscal FEBRES señala que "Siendo función tutelar del Estado garantizar el orden, la propiedad y vida de los ciudadanos, conforme al artículo constitucional inc. 2° del artículo 154 (de la Constitución de 1933)", hay responsabilidad, ya que "las fuerzas públicas o de policía no impidieron oportunamente los desmanes del populacho, que asaltó el Casino y, por ende, el establecimiento próximo". La Corte Suprema declaró no haber nulidad en la sentencia de la Corte Superior que, confirmando en una parte y revocando en otra la de Primera Instancia, declara fundada la demanda[727]. Es interesante advertir que en este caso, a diferencia del de Calero Paz, no se acreditó que la policía estuviera previamente advertida de la posibilidad de desmanes; y que quien demanda no es la persona contra quien se habían dirigido en primer lugar los actos sino aquella que, sin que pudiera haber sido previsto, fue alcanzada por la irritación popular orientada a otros objetivos. La negligencia en la que se funda la reparación radica en no haber cumplido las fuerzas policiales a cabalidad con la protección permanente que deben otorgar a los ciudadanos.

508. *El defectuoso mantenimiento de los servicios públicos.* Otro rubro de daños indemnizables por el Estado, según la jurisprudencia, es el que se refiere al defectuoso mantenimiento de los servicios públicos y de la propiedad del Estado.

La señora Julia Jacob de Urquiaga demanda al Concejo Provincial de Trujillo para que le indemnice los daños sufridos en su finca de la calle Grau por "las malas condiciones en que se encuentra el canal del desagüe, que produce frecuentemente desbordes de agua, que han humedecido las paredes de la finca, malográndolas". En el juicio se acreditó que deficiencias

727. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1962. No. 216, pp. 97-98.

en "el tubo colector del centro de la calle" eran la causa del problema, "rebalsándose las aguas por la bocas de los buzones, y penetrando por las cañerías de desagüe de las casas, anegándose estas y remojando los muros de las habitaciones". Esta situación era de conocimiento público porque los diarios locales se habían ocupado repetidamente de ella. Como consecuencia, algunas paredes de los corrales y de algunas habitaciones de la casa de la señora de Urquiaga se cuartearon y perdieron su plomo, siendo urgente demoler los muros. Aparentemente, el Concejo había procedido a limpiar en varias oportunidades dicho canal; pero señala el Fiscal que "no se trata de una simple limpieza del canal del desagüe, sino de una refacción total o modificación del sistema, en razón de haber alcanzado la canalización su límite de edad". Esto equivale a decir que la diligencia no se demuestra con la realización de un acto cualquiera sino de aquellos actos efectiva y razonablemente destinados a solucionar el problema: en el caso de autos, la limpieza no era suficiente sino que se requería su reparación total; por consiguiente, la aplicación de cualquier remedio inferior al necesario, constituía negligencia. Las tres instancias declararon fundada la demanda; la Ejecutoria de la Corte Suprema fue expedida el 25 de octubre de 1949 [728].

509. *Daños cometidos por el Estado en su actividad privada.* Finalmente, la jurisprudencia ha establecido la responsabilidad del estado cuando el daño se produce en las mismas circunstancias que si el causante hubiera sido cualquier particular. No se trata ya de daños cometidos por infracción o por negligencia de sus funciones públicas sino en los actos usuales de su gestión privada.

Don Enrique Trujillo Montesinos demandó al Estado para que le pague los daños producidos al camión de su propiedad el 9 de enero de 1949 por una camioneta del Servicio de Caminos del Ministerio de Fomento y Obras Públicas a la altura del kilómetro 27 de la carretera Abancay-Chalhuanca. En el juicio se demostró que la camioneta de la propiedad del Estado carecía de frenos de pie y de mano, que el chofer Alberto Palomino, servidor del estado, viajaba a velocidad mayor de 65 kms. por hora en gradiente, que no podía mantener una línea derecha de marcha por lo que pasaba de un lado a otro de la pista, que no podía conservar su derecha en las curvas y que no tenía visibilidad completa. Las dos instancias inferiores le otorgan indemnización al demandante tanto por el daño emergente como

728. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1949. Nos. 70-71, pp. 901-902.

por el lucro cesante. La Ejecutoria Suprema de 20 de diciembre de 1954 reconoce el derecho del demandante, pero suprime la indemnización del lucro cesante por una cuestión puramente de probanza y no de principio: "no existiendo en autos pruebas del tiempo que ha estado paralizado el vehículo que sufrió el daño ni las utilidades que percibía por su explotación el propietario" [729]. Es interesante destacar que en este caso la responsabilidad del estado es doble: de manera directa, por defecto de mantenimiento en las cosas de su propiedad (frenos de la camioneta); y de manera vicaria, por la imprudencia y la impericia del chofer que estaba bajo sus órdenes y que se encontraba en servicio.

Similar doctrina se establece en el juicio seguido por doña Rosa Baraybar Cornejo contra el Supremo Gobierno para que le pague los daños sufridos por haber sido atropellada en la Avenida Alfonso Ugarte por un camión al servicio del Ejército, afectado al Grupo de Artillería No.2 y manejado por el soldado Julio Humberto Chávez. La señora Baraybar sufrió graves lesiones —una conmoción cerebral de segundo grado, fractura de la clavícula izquierda, fractura de varias costillas y fractura de la pelvis— que obligaron a su internamiento en la Clínica Santa Rosa, donde requirió un largo y costoso tratamiento. Como no pudo hacer frente a tan fuertes gastos, fue incluso demandada por su médico, el doctor Sánchez León, por cobro de honorarios profesionales. Quedó demostrado que "el atropello se debió a la excesiva velocidad del vehículo y a la impericia del piloto". De otro lado, el soldado carecía del brevete de capacitación técnica que otorga la Dirección General de Tránsito, contando únicamente con un brevete militar que no acredita su capacidad para manejar un vehículo para usos civiles. La responsabilidad invocada era la del artículo 1144 del Código Civil (de 1936), es decir, la responsabilidad por el hecho de un servidor. La Ejecutoria Suprema de 9 de julio de 1957 declaró no haber nulidad en la sentencia de vista que, confirmando la del Juez de Primera Instancia, ordenaba que el Estado pague la indemnización correspondiente [730].

Otro caso semejante es de la responsabilidad exigida en vía de reconvención por el ingeniero Ricardo Espinoza Fernández al Servicio Municipal de Transportes por los daños que le fueron causados a su automóvil por un ómnibus conducido por un chofer de dicho servicio municipal. La Ejecuto-

729. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1955. No. 138, pp. 93-95.

730. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1957. No. 166, pp. 1304-1306.

ria Suprema de 26 de abril de 1958 ordenó pagar la indemnización correspondiente al Servicio Municipal de Transportes sin perjuicio de aquella que debía de ser abonada por el ingeniero Espinoza al ente municipal mencionado, por cuanto se estableció que ambos tenían la culpa en el accidente [731].

Un caso particularmente llamativo es el protagonizado por el Senador de la República, don Antonio Oliart Astete, quien viajaba el 13 de agosto de 1966 como pasajero en el Ferrocarril del Estado que existe entre Cuzco y Santa Ana. En circunstancias que no fueron aclaradas, apareció inesperadamente un autocarril que venía por la misma línea, pero en sentido contrario. Como consecuencia de la colisión, el Senador resultó herido. La Corte, sin abandonar el principio de culpa, da un decidido paso hacia la objetivación cuando declara que la naturaleza del accidente fue tan clamorosa que debe considerarse que existe una culpa *per se* en el Servicio del Ferrocarril, sin necesidad de que ésta deba acreditarse específicamente ni aun pueda el demandado intentar descargarse de ella: "Acontecimientos como el ocurrido el día de autos llevan en sí mismo la marca de su origen culposo natural y virtualmente imputable al personal administrativo del Ferrocarril del Cuzco a Santa Ana, bajo la dependencia del Estado, y que no precisa para derivar reparación indemnizatoria a la víctima más que el hecho probado de haberse producido el daño". La Ejecutoria Suprema de 10 de octubre de 1968 declara fundada la demanda contra el Estado [732].

Esta responsabilidad del Estado derivada de los actos de su gestión privada también ha sido judicialmente declarada respecto de accidentes aéreos ocurridos en aviones del estado que realizaban transporte privado de pasajeros.

A las 8 de la mañana del 24 de febrero de 1949, intentó despegar del Aeropuerto del Cuzco un avión Douglas de los Transportes Aéreos Militares, piloteado por el Teniente F. A. P. Arturo Schutt Basagoitia, que transportaba 22 pasajeros. En estas circunstancias, el avión sufrió un accidente y se incendió, pereciendo el piloto, el radio-operador y 20 pasajeros.

La señora María Santillana de Gamero, en su propio nombre y en el de sus dos menores hijas, demandó al Estado para que le indemnizara los daños sufridos por la pérdida de su esposo de 28 años de edad, padre de las

---

731. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1958. no. 180, pp. 1355-1357.

732. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, enero de 1969. No. 300, pp. 100.

niñas. A su vez, don Cándido Eulogio Sánchez, uno de los dos sobrevivientes, demandó al Estado para que le indemnizara los daños sufridos por las quemaduras. Este demandante acreditó que era pintor y que las quemaduras le habían hecho perder varios dedos de ambas manos, lo que le causaba un daño irreparable a su integridad física y le imposibilitaba para continuar pintando. Además, demandó por los daños materiales resultantes de la pérdida de su equipaje y de los cuadros artísticos que transportaba.

Tanto el Juez de Primera Instancia como la Corte Superior declararon fundadas ambas demandas. El Fiscal Supremo GARCIA ARRESE señala en su dictamen que "La obligación del Estado de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por los agraviados en el lamentable accidente de aviación, es indiscutible, de conformidad con lo que establecen los artículos 1136 y 1144". Adviértase que el Fiscal responsabiliza al Estado tanto como empresario de transporte, como también en su calidad de empleador del piloto (art. 1144). La Corte Suprema, en Ejecutoria de 16 de julio de 1956, confirma la responsabilidad del Estado [733].

Aun cuando la mayor parte de las Ejecutorias sobre responsabilidad del Estado en razón de su actividad privada se refieren a accidentes de transporte (y, sobre todo, a accidentes de tránsito), esta hipótesis de responsabilidad no se limita a este tipo de casos. También encontramos situaciones en las que el Estado es responsable porque ha producido daños como vecino, mediante el mal uso de un inmueble.

La señora Rosa E. Grados demandó a la señora Carmela Feraldo viuda de Coianti (propietaria del inmueble ubicado en la calle Chota Izquierda, cuya planta baja había alquilado a la señora Grados) y al Estado (inquilino de la parte alta del mismo inmueble, donde funcionaba el Colegio Nacional "Bartolomé Herrera") para que le abonaran los daños sufridos en la forma como se menciona a continuación. La demandante había dedicado una parte del local que tenía alquilado a casa-habitación y otra parte a un taller industrial para la explotación de las artes decorativas. Pero desde el piso superior ocupado por el Colegio (con una población de 400 alumnos) se produjeron sucesivos aniegos, causándole daños.

El Fiscal GARCIA ARRESE consideró injusto responsabilizar a la propietaria por daños producidos por el Colegio, con los siguientes argu-

733. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1956. No. 152, pp. 1084-1085.

mentos: " El uso intensivo de los servicios higiénicos en un local que no está construido sino para soportar las necesidades de una familia particular, tenía que producir el desgaste inevitable de los materiales cuya resistencia no está calculada para una cantidad tan excesiva de alumnos, que por su despreocupación y falta de discernimiento, destruyen y malogran, sin ninguna responsabilidad, los mismos artefactos que se destinan para su uso. Dentro de esta realidad no sería equitativo condenar a la propietaria del inmueble por un daño al que ella ha sido ajena y en que ella resulta a la larga perjudicada por los aniegos sucesivos y la necesidad de tener que hacer reparaciones para evitar más graves deterioros en el inmueble". Sin embargo, curiosamente, de paso considera que el Juez y la corte Superior han resuelto correctamente en el sentido de que el Estado tampoco es responsable; esta opinión no se encuentra justificada con argumento alguno.

La Corte Suprema, en ejecutoria de 6 de noviembre de 1959, declara que existe responsabilidad del estado porque "dado el origen y la forma en que se han producido los daños, no procede a eximir al arrendatario de la planta alta del inmueble de la obligación" de indemnizar. Pero cabe destacar con carácter anecdótico que, paralelamente, atribuye responsabilidad a la propietaria y la hace concurrir solidariamente con el Estado en el pago de tal indemnización; sin citar artículo alguno en el que se basa tal responsabilidad ni justificar jurídicamente la existencia de una responsabilidad de esta naturaleza derivada del solo hecho de ser propietario, salvo que la responsabilidad se fundara en las relaciones contractuales entre locadora y locataria, lo que no se menciona en la Ejecutoria [734].

510. *Daños causados por entidades públicas autónomas.* No hemos encontrado Ejecutorias publicadas en las que se trate el caso de los daños causados por entidades del Sector Público con autonomía económica y administrativa: ¿responde el Estado como tal o sólo la entidad correspondiente?

Sin embargo, existe una Ejecutoria que distingue entre esos entes autónomos y las Municipalidades, limitando el alcance de la responsabilidad de los daños cometidos por los primeros al propio patrimonio de ellos.

Dina Flores de Moore demanda al chofer Víctor Elías Zelaya, al Concejo Provincial de Lima y a la Empresa de Transporte Urbano del Perú

---

734. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1960. No. 193, pp. 186-188.

(ENATRU) para que le paguen solidariamente una indemnización por los daños causados por un vehículo manejado por Elías Zelaya. Aduce que dicho chofer es responsable por negligencia. De otro lado, sostiene que el Concejo Provincial de Lima era propietario del vehículo al momento de producirse el accidente, el que ha sido transferido actualmente a ENATRU. La Corte Suprema, por Ejecutoria de 3 de abril de 1978, rechaza con extensos argumentos que exista responsabilidad por el solo hecho de ser propietario de un vehículo con el que se ha causado daño; en cambio, encuentra que existe responsabilidad de la empresa propietaria no en tanto que propietaria sino en tanto que principal o empleadora del chofer causante del daño. Pero precisa que ese chofer trabajaba para la Administración Para-Municipal de Transportes que era una empresa pública "con personería y autonomía propias" y que fue luego convertida en la Empresa Nacional de Transporte Urbano (ENATRU), que también tiene personería administrativa y económica. En consecuencia, decide el caso ordenado que el chofer Elías Zelaya y ENATRU-PERU paguen solidariamente a la demandante la indemnización reclamada; pero exonera de responsabilidad al Concejo Provincial porque la responsabilidad de un ente autónomo no puede ser extendida a la Municipalidad como tal, a pesar de que tal ente se encontraba dentro de la jurisdicción de la Municipalidad al momento en que se cometió el daño [735].

Sección IV: El fundamento de la responsabilidad del estado

511. *Las tendencias contemporáneas: el Estado es responsable por sus actos.* La doctrina de la inmunidad soberana del Estado en materia de responsabilidad contractual o extracontractual se encuentra en franco retroceso en el mundo.

Aun en los Estados Unidos, donde la inmunidad del estado era una doctrina fundamental del *common law*, se dio una ley denominada *Federal Tort Claims Act* en la que se establece expresamente que el Estado es responsable extracontractualmente en la misma forma y con el mismo alcance que las personas privadas. Aunque algunas provisiones de esa *Act* limitan tal responsabilidad sólo a los casos de culpa (la responsabilidad objetiva se encuentra excluida) y establecen algunas excepciones importantes que recortan sus alcances, es manifiesto que en los jueces norteamericanos existe una

735. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, abril de 1978. No. 411, pp. 399-401.

cada vez mayor convicción de que la inmunidad debe ser considerada como un principio obsoleto. En un caso ventilado ante la Corte Suprema del Estado de Nuevo México, el Vocal informante MONTOYA manifiesta que "La justificación original de la doctrina de la inmunidad soberana era el arcaico punto de vista de que '*el soberano no puede causar daño alguno*'. Decididamente no es necesario que la Corte pierda su tiempo en refutar ese principio feudal" [736]. Y, el mismo MONTOYA, citando una ejecutoria anterior de la misma Corte [737], apunta que "es verdaderamente increíble que en esta época moderna de una comparativa ilustración sociológica, y en una república, el absolutismo medieval que se encuentra implícito en la máxima '*el Rey no puede causar daño alguno (no puede estar equivocado ni ser injusto)*', deba exonerar a las diversas ramas del gobierno de la correspondiente responsabilidad por los perjuicios que causen..."

En Italia, Adriano de CUPIS señala que "A la responsabilidad (extracontractual) no pueden sustraerse ni siquiera las personas jurídicas de derecho público, incluido el Estado. En verdad, el carácter público de sus fines no impide que puedan ser responsables por las lesiones de los intereses privados" [738].

En Francia, se distingue entre actos de gestión y actos propiamente públicos. Los hermanos MAZEAUD afirman que "cada vez que el Estado, el departamento, la comuna, el territorio de ultramar, las dependencias públicas, realizan un acto de gestión privada, se comportan como personas morales de derecho privado. Las reglas que vamos a establecer (sobre responsabilidad extracontractual de la persona jurídica) les son aplicables en esos casos. Igualmente, les son aplicables en caso de responsabilidad derivada de daños causados con vehículos. Con mayor razón, esas reglas se aplican a los servicios públicos o establecimientos públicos de carácter industrial o comercial y a las empresas nacionalizadas que han conservado su estructura de sociedad comercial" [739].

---

736. *Hicks v. State*. Supreme Court of New México, 1976. 88 N.M. 588, 544 p. 2d 1153.

737. *Barker v. City of Santa Fe*, 47 N.M. 85, 136 P. 2d 480, 482.

738. Adriano de CUPIS: *Dei fatti illeciti. Comentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Libro Quarto. Delle obligazione*, 2a. ed. Nicola Zanichelli Editore y Soc. Ed. del Foro Italiano. Bologna-Roma, 1971. pp. 32-3.

739. Henri, León y Jean MAZEAUD: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile délictuelle et contractuelle*. T. II. 6ta. ed. Editions Montchrestien. París, 1970. No. 1980. pp. 1119-20.

En Argentina, el artículo 43 del Código Civil — inspirado en la teoría de la ficción planteada por Friedrich Karl von SAVIGNY para explicar la existencia de las personas jurídicas— establecía que "no se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas". Esto significaba que ninguna persona jurídica, sea de derecho público o de derecho privado, estaba sujeta a responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, la jurisprudencia argentina consideró que la redacción literal de esta norma — y la doctrina contenida en ella— daba lugar a una injusticia; y, consecuentemente, a través de diversas lecturas interpretativas fundadas en diferentes mecanismos de apertura del texto literal, establecieron que las personas jurídicas son responsables extracontractualmente. Finalmente, en 1968 la ley 17.711 modificó definitivamente el texto del artículo 43 del Código Civil que quedó redactado como sigue: "Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: 'De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos'".

Lo interesante del caso argentino es la labor de sabotaje interpretativo que llevaron a cabo los Tribunales — guiados de manera decisiva por la Suprema Corte de Justicia— contra el artículo del Código Civil que establecía la irresponsabilidad de las personas jurídicas, hasta que se modificó esa norma legal. Fue una lucha de la jurisprudencia contra la ley, centrada precisamente en la convicción de que el Estado es responsable: es el caso del Estado lo que provoca una revisión de la doctrina sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en general [740].

La doctrina tradicional de la jurisprudencia en materia de la responsabilidad del Estado estaba basada en esa irresponsabilidad de las personas jurídicas (sean públicas o privadas, establecida por la versión original del artículo 43 del Código. Adicionalmente, la Corte se apoyaba en una distinción entre la aplicación del Derecho Público y la aplicación del Derecho Privado al Estado, basándola en la diferencia entre actos de autoridad y actos de gestión, dentro de los lineamientos de la corriente francesa a que hemos hecho antes referencia: sólo los actos de gestión del Estado podían ser materia de

740. Jorge BUSTAMANTE ALSINA: *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 3era. ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980. No. 1264, p. 425.

Derecho Civil, con lo que quedaban fuera de la responsabilidad civil todos los actos de carácter público; pero, además, los actos de gestión tampoco podían ser responsabilizados porque el estado es una persona jurídica y éstas eran irresponsables ante la ley, de acuerdo a la disposición citada del Código Civil. Así, habían dos argumentos para excluir de responsabilidad civil a los actos públicos (primero, la distinción entre los campos de aplicación del Derecho Público y del Derecho Privado y luego la irresponsabilidad de las personas jurídicas) y un argumento para excluir los actos de gestión (la irresponsabilidad de las personas jurídicas).

Sin embargo, en 1933 se produjo un vuelco importante en la opinión de las Cortes. En el juicio seguido por Tomás Devoto y Cía. con el Gobierno de la Nación, la Suprema Corte condenó al Estado al pago de los daños y perjuicios derivados de un incendio que se había originado por la negligencia de los empleados públicos encargados de reparar la línea telegráfica. Pero esa decisión de la Corte, aun cuando modificó muy sustancialmente en el sentido de la jurisprudencia, no contribuyó con nuevos argumentos, ya que no mencionaba siquiera el conflictivo artículo 43 del Código Civil: simplemente lo ignoró. Tampoco hizo referencia al hecho de que, siendo el servicio de correos y telégrafos una función del poder público, dentro de la interpretación tradicional — que distinguía entre actos vinculados directamente a las funciones públicas (como era el caso) y actos de naturaleza privada— no le hubiera sido aplicable el Derecho Privado. Sin embargo, a pesar de la inopia argumentiva del precedente — a veces los gestos valen más que las razones— los Tribunales desde entonces reconocieron la responsabilidad del estado y la fueron paulatinamente ampliando y justificando.

Esta nueva consciencia se arraigó de tal manera, aun contra el texto del Código, que el Vocal doctor BORDA, en una Ejecutoria de 1958, llegó a afirmar que "En la interpretación legal debe prescindirse del artículo 43; es una norma muerta, una curiosidad jurídica" [741]. Es así como las diferencias entre actos públicos y actos privados del Estado se tornaron borrosas; y sucesivas sentencias condenaron al Gobierno por daños causados por el hecho de que el Registro de la Propiedad emitió un informe erróneo (1938), por daños causados por la entrega indebida de mercadería por la Aduana a un tercero (1966), por daños por la emisión equivocada de un certificado de "libre" respecto de una finca cuyo propietario se hallaba inhibido, lo que le

741. Cit. p. Jorge BUSTAMANTE ALSINA: *Op. cit.*, p. 426, n. 642.

permitió gravar el inmueble perjudicando al inhibiente (1969), etc. En todas estas Ejecutorias se ha condenado al Estado al pago de una indemnización y no se ha tenido en cuenta el hecho de que el daño se produjo en el ejercicio de una función pública y no simplemente en los actos que realiza el Estado como cualquier particular.

En 1959, en una Ejecutoria del 2 de junio de ese año, la Cámara Nacional Civil de Argentina declaraba: "La totalidad de los tribunales del país se inclina a sentar la regla de la responsabilidad extracontractual del Estado, aun en los casos en que actúa como Poder Público, por los daños que ocasionen sus funcionarios o empleados en el desempeño de sus funciones, de la misma manera que las personas jurídicas de Derecho privado" [742].

En el Perú, hemos reseñado ya la línea jurisprudencial que es bastante clara desde la dación del Código Civil de 1936, en el sentido de responsabilizar al Estado en forma amplia, sin distinguir entre la función pública y la función privada. No cabe duda de que el Estado tiene una responsabilidad política o "nacional" (como la llama URETA) por sus actos. Tal responsabilidad está orientada a la sanción también política de los actos inconvenientes del Gobierno. Pero ese mecanismo político no está orientado a reparar el daño sufrido por las víctimas, sino únicamente a aplicar un cierto control del poder estatal. Y no parece justo que las víctimas de daños no hallen reparación, sólo por el hecho de que el causante fue el Estado.

512. *La teoría de la culpa.* La antigua concepción de la responsabilidad, concebida exclusivamente como sanción de una culpa y fundada en la idea de "acto ilícito" complicaba mucho la conceptualización de la responsabilidad del Estado.

En realidad, muchas veces el Estado está obligado a pagar una indemnización por daños que causa sin cometer acto ilícito alguno, sino como resultado de su gestión pública. Por ejemplo, para citar el caso más extremo, la expropiación no es un acto ilícito. Sin embargo, el Estado está obligado a indemnizar al expropiado, tanto por el daño emergente (valor de los bienes expropiados) como por el lucro cesante. Una Resolución de la Corte Suprema Argentina, por ejemplo, declara el 3 de agosto de 1962: "La realización de obras públicas en el cumplimiento de funciones estatales, atinentes al po-

742. Cit. p. Julio I. ALTAMIRA GIGENA: *Responsabilidad del Estado*. Astrea. Buenos Aires, 1973, p. 73.

der de policía para el resguardo de la vida, salud y tranquilidad de los habitantes, si bien es lícita, no impide la responsabilidad del Estado en la medida en que esas obras priven a un tercero de sus propiedades o lesionen sus atributos esenciales" [743].

La dificultad de encontrar una culpa en este tipo de situaciones, aunada a la idea de que la responsabilidad en el campo civil se basa sobre la teoría de la culpa, perturba la construcción dentro del Derecho Civil de una teoría de la responsabilidad del Estado que pueda comprender todos los casos en que ésta se presenta. Es por ello que algunos autores, como ALTAMIRA GIGENA, prefieren arrancar del Código toda responsabilidad derivada de actos del Estado y configurar esta situación de una forma diferente en el campo administrativo. Es así como sostiene que "La indemnización no se basa en las reglas del Derecho Civil, referentes a la responsabilidad por el hecho ilícito. Puede haber hecho ilícito de parte de los agentes y representantes del Estado, pero esto no es esencial para que la indemnización tenga lugar. Esta corresponde sin necesidad de tener aquello en cuenta y hasta por actos completamente legítimos, por lo que la indemnización surge sin necesidad de normas que expresamente la determinen" [744].

Sin embargo, creemos que este razonamiento no es exacto. No cabe duda de que la indemnización debe ser pagada por el Estado aun cuando no hay acto ilícito. Pero esto no significa que sea preciso abandonar el campo civil y tratar de construir una nueva figura de Derecho Público, salvo que identifiquemos (erróneamente) el Derecho Civil, como lo hace ALTAMIRA GIGENA, con el principio de la culpa y la existencia de un acto ilícito.

LA posibilidad de la teoría *civil* de concebir responsabilidad sin culpa, que no proviene de acto ilícito, salva la dificultad y permite mantener toda la teoría de la responsabilidad (que conduce a una reparación material) dentro del campo civil.

Mudar esta área a una nueva morada administrativa nos parece enormemente peligroso. De un lado, el Derecho Civil es un Derecho común, es decir, tiene principios suficientemente generales como para comprender todos los casos aun cuando no hubieren sido establecidos en una norma espe-

---

743. Cit. p. Julio I. ALTAMIRA GIGENA: *Op. cit.*, p. 47.

744. Julio I. ALTAMIRA GIGENA: *Op. cit.*, pp. 46-47.

cífica. Esto no sucede con el Derecho Administrativo. Por consiguiente, a diferencia de lo que piensa ALTAMIRA GIGENA en la frase citada, en el campo administrativo la indemnización no surge sin normas que expresamente la determinen. De manera que, si la responsabilidad civil no es aplicable al Estado, en tanto que derecho común, muchos casos de daños causados por el Estado podrían quedar sin reparación. De otro lado, el Derecho Administrativo es un Derecho público que tiene miras y categorías muy diferentes a las del Derecho Civil: su principal preocupación no está en las víctimas sino en el ordenamiento de las actividades del Estado para el cumplimiento de los fines del Estado. Así las cosas, la persona se encontrará mejor protegida por el Derecho Civil.

513. *La teoría de la vicariedad.* Algunos han pretendido fundar la responsabilidad del Estado únicamente en los principios de la responsabilidad vicaria; y han intentado justificarla con los mismos argumentos.

Unos han pretendido utilizar para este efecto la idea de la representación: el representado (Estado) responde por sus representantes (funcionarios). Y hay quienes discrepan sobre de que la responsabilidad del representante se basa en la *culpa in eligendo* y en la *culpa in vigilando*; pero, dicen estos mismos autores, la Administración no elige ni vigila a sus funcionarios sino que son otros funcionarios quienes lo hacen [745]. Este razonamiento es artificial en la formulación tanto de la tesis como de la antítesis. La tesis a criticar contiene una petición de principio: que la responsabilidad vicaria se basa en la idea de la culpa. Pero si este principio no es exacto (como no parece serlo en la actualidad), tanto en la teoría de la representación como su crítica caen por tierra. Por otra parte, la crítica desconoce la naturaleza de la persona jurídica y su consiguiente responsabilidad. Lo mismo podría decirse de los funcionarios que trabajan para cualquier persona jurídica pública o privada: siempre son elegidos y vigilados por otros funcionarios (el que hace de Gerente, de capataz, etc.). Pero eso no significa que las personas jurídicas no sean civilmente responsables sino únicamente sus funcionarios.

Nuestras objeciones a la teoría de la representación como fundamento de la responsabilidad vicaria son de otra índole y han sido expresadas en la parte correspondiente de este libro [746].

---

745. Cit. p. Julio I. ALTAMIRA GIGENA: *Op. cit.*, p. 74.

746. *V. Supra*, Parte II, Título V, Capítulo, III, Sección II, y más especialmente el párrafo 293.

514. *La teoría organicista.* GIERKE desarrolló una teoría que atribuye la responsabilidad al Estado y no a sus funcionarios; y esta responsabilidad, dice, no es vicaria sino directa.

Para ese autor, los órganos de una persona jurídica no son distintos de ella sino parte de ella misma: actúan por la persona jurídica y no por sí mismos. La mano de un hombre no es un representante o delegado de éste sino una parte misma u órgano de dicho hombre. Por consiguiente, igual como por todo lo que hace la mano responde el hombre a quien pertenece, por todo lo que hace un funcionario responde la entidad a la que pertenece, en este caso, el Estado. No es, entonces, el funcionario quien actúa y causa el daño sino que es el Estado mismo que actúa a través de ese funcionario[747].

La teoría es ingeniosa y, dejando de lado su aspecto metafórico, se acerca mucho a nuestras propias convicciones. En efecto, la persona jurídica es una realidad innegable: una realidad no natural sino jurídica, pero no por ello menos realidad para el Derecho. Por consiguiente, constituye un centro de imputación de derechos y obligaciones en sí misma y no sólo en la persona de sus funcionarios. Sin embargo, la formulación organicista desconoce la diferencia entre una mano y una persona, lo que no le permite ver con claridad las relaciones algo más complejas que existen entre un funcionario y la persona jurídica para la que realiza sus funciones: mientras que la mano no tiene voluntad propia que pueda colaborar u oponerse a la voluntad del hombre a la que pertenece, el funcionario es una persona, con voluntad y con iniciativa, que puede agregar o restar causas al daño. Por consiguiente, si bien es preciso establecer las bases de una responsabilidad del Estado como tal, eso no implica exonerar a los funcionarios por la responsabilidad que les pudiera corresponder.

515. *La teoría del riesgo.* Otros autores han sostenido que el Estado es responsable por los daños que cause en razón de la teoría del riesgo creado: la administración de un servicio público puede dar lugar a que se produzcan importantes daños: por consiguiente, si esta actividad estatal crea riesgos, el Estado debe soportar sus consecuencias.

Esta tesis que pretende sortear las dificultades de carácter general como las específicas que presenta la culpa en relación con la actividad del Estado, no resulta satisfactoria desde el punto de vista teórico.

---

747. Cit. p. Julio I. ALTAMIRA GIGENA: *Op. cit.*, p. 76.

No repetiremos las observaciones de carácter general que hemos formulado antes a esta teoría [748]. Sólo queremos señalar adicionalmente que la tesis fundamental que la sustenta — *ubi emolumentum, ibi onus*— se encuentra distorsionada en el caso particular del Estado. Ese principio asume una sociedad constituida por individuos, algunos de los cuales crean riesgos a terceros para obtener ventajas a sí mismas. Dentro de este contexto, dice, si uno de esos riesgos se materializa y causa un daño, aquél que pretendía obtener la ventaja debe asumir la pérdida. Sin embargo, el Estado no es un individuo más: es la representación colectiva de los individuos. Por consiguiente, no podemos decir que crea un riesgo en su propia ventaja, sino en la de la sociedad toda. De lo que se deduce que la carga o pérdida debe ser asumida por la sociedad toda: como en la práctica lo es, respecto de toda obligación del Estado. Pero esto nos lleva a otra teoría, que trataremos a continuación: la difusión social del riesgo.

516. *La teoría de la proporcionalidad de las cargas.* Dentro del campo del Derecho Administrativo, nació otra teoría para justificar la responsabilidad del Estado.

Esta puede resumirse en la idea de que, dentro de un Estado democrático, todos deben soportar por igual las cargas que impone el Estado. Tal tesis se apoya en lo previsto en el artículo 13° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, que enunciaba "...unos ciudadanos no deben sufrir más que otros las cargas impuestas en el interés de todos".

El Consejo de Estado francés adoptó esta teoría como fundamento para responsabilizar al Estado por los daños que causen los servicios públicos, aduciendo que estos debían distribuirse dentro de la sociedad de la misma manera como se distribuyen las ventajas que prestan a la comunidad. Esta opinión fue apoyada por los célebres tratadistas de Derecho Administrativo, Marcel WALINE y Jean RIVERO [749].

Como puede apreciarse, esta teoría se encuentra de alguna manera a medio camino hacia la teoría de la difusión social del riesgo. En realidad, pensamos que no constituye en sí misma una tesis conceptualmente autóno-

---

748. *Supra*, No. 15.

749. Julio I. ALTAMIRA GIGENA: *Op. cit.*, pp. 77-79.

ma sino que es una de las manifestaciones de esta última; sin perjuicio de la originalidad histórica de su formulación.

517. *La difusión social del riesgo*. Desde nuestro punto de vista, una vez más es la teoría de la difusión social del riesgo la que mejor explica la existencia de una responsabilidad, también en el caso de los daños cometidos por el Estado.

Adoptamos como punto de partida el principio de que toda víctima tiene que ser indemnizada, salvo excepciones que tienden a ser cada vez más reducidas: los casos de ejercicio del derecho de dañar (por ejemplo, los daños comerciales causados a través de la libre competencia), el dolo o negligencia inexcusable de la propia víctima, quizá el caso fortuito cuando la sociedad no tiene la capacidad económica — que, en el fondo, se resuelven más bien en una incapacidad operativa— de afrontarlo colectivamente. Este derecho de la víctima nace de un deber de solidaridad social, que pretende — entre otras cosas— humanizar el azar y la calamidad.

Ahora bien, ¿quién debe indemnizar los daños sufridos por las víctimas? Si no ha existido una causa exclusivamente individual como el dolo o la negligencia inexcusable — en cuyo caso responde quien puso esa causa exclusiva— el peso económico del daño debe ser solidariamente distribuido entre todos los miembros de la sociedad. Y los daños causados por el Estado no hacen una excepción a este principio.

Por su parte, el Estado tiene una amplia capacidad de difusión de cargas dentro de la sociedad. Toda obligación económica asumida por el Estado es necesariamente diluida en el todo social: es pagada por todos los contribuyentes. Por consiguiente, con toda razón debe responsabilizarse por los daños que cause, ya que ello conducirá inevitablemente a la dilución de la carga económica de estos en el seno de la sociedad.

Cabe reiterar, como antes se ha dicho, que aun la teoría del riesgo creado desemboca — a través de un fundamento filosófico distinto— en la difusión social del riesgo.

El Estado es una necesidad de la vida social: no es concebible una sociedad moderna sin Estado. Por consiguiente, su actividad beneficia — en principio— a todos los miembros de la sociedad. Dentro de la línea de razonamiento de la teoría del riesgo creado, si el Estado comete daños, sea por

error, por negligencia o por directa distorsión de sus funciones, es natural que el peso económico de estos sea asumido por la sociedad toda. En estas condiciones, la responsabilidad del Estado cumple la función de diluir dentro del todo social los daños sufridos por algunos a causa de la actuación del mecanismo instaurado por todos con la intención de que todos se beneficien.

Evidentemente, lo dicho va sin prejuicio de la responsabilidad personal de los funcionarios correspondientes, contra los cuales puede dirigirse también la víctima y contra quienes puede repetir el Estado, en nombre de la sociedad, al amparo de la norma contenida en la segunda frase del artículo 1983 con las limitaciones que hemos mencionado al comentar el artículo 1981.

Sección V: La responsabilidad del Estado en el Código Civil de 1984

518. *Las normas positivas.* Pensamos que, sin lugar a dudas, la responsabilidad extracontractual del Estado está consagrada en nuestra legislación civil vigente.

Los textos positivos del Código Civil que imponen la obligación de indemnizar a quien cause un daño, no hacen excepción alguna con relación al Estado, las Municipalidades u otras corporaciones públicas.

Algunos de los artículos se limitan a señalar que la responsabilidad recae en "aquél que por dolo o culpa causa un daño..." o en "aquél que mediante un bien riesgoso o peligroso..." o en "aquél que tenga a otro bajo sus órdenes..." este "aquél" puede ser una persona natural o jurídica; y entre las personas jurídicas también se encuentra el Estado. Por consiguiente, el "aquél" comprende también al Estado. Otros artículos precisan algo más el sujeto de responsabilidad: "El dueño de un animal..." o "El dueño de un edificio...". Pero es evidente que el Estado también puede ser dueño de animales que muerden o de edificios que se caen; el texto no hace distinción alguna entre propietarios que están constituidos como personas jurídicas de derecho privado o simples personas naturales.

La responsabilidad del Estado se encuentra contenida, entonces, dentro del actual Código Civil fundamentalmente en los principios establecidos por el artículo 1969 (responsabilidad por culpa), 1970 (responsabilidad objetiva por riesgo), 1979 (responsabilidad por daño causado por animal), 1980

(responsabilidad por daño causado por la caída de un edificio) y 1981 (responsabilidad vicaria del principal).

519. *La responsabilidad del Estado por acto administrativo.* Hemos ya señalado que la doctrina moderna no distingue entre los actos de gestión pública o de imperio y los actos de gestión privada del Estado, con el objetivo de atribuirle responsabilidad respecto de los segundos pero exonerarlo respecto de los primeros.

La distinción fue creada por el Consejo de Estado francés, quien se declaró incompetente para conocer las acciones derivadas de los actos de gobierno. Pero esta tesis ha sido abandonada en la práctica desde hace muchos años. A comienzos de este siglo, León DUGUIT declaraba que la responsabilidad del Estado "abarca todos los servicios, los compromete a todos, sin que haya lugar la pretendida distinción entre servicios de autoridad o poder público y servicios de gestión". Y esto no era una propuesta sino una comprobación de las tendencias ya predominantes en esa época en Francia: "La firme y constante jurisprudencia del Consejo de Estado condena esta distinción, y afirma el principio general de la responsabilidad del Estado" [750]. La distinción se ha mantenido en Francia únicamente con el objeto de establecer el fuero al que corresponde conocer la reclamación, administrativo o civil.

En el Perú, la jurisprudencia del Código de 1936 no ha distinguido entre daños cometidos por los órganos del estado actuando como cualquier persona privada (accidentes de automóvil) y daños cometidos actuando como administrador de un servicio público (mal mantenimiento de los canales de desagüe) o incluso como ejecutor de las disposiciones del gobierno (prohibición de exportación de un determinado embarque o paralización de obras de construcción). En todos esos casos, la jurisprudencia ha establecido que existía un daño reparable por el Estado.

Por ello, abandonando esa distinción que consideramos inoperante, preferimos tratar el campo de la responsabilidad del Estado distinguiendo entre aquella que se deriva de acto administrativo (sea de administración o gestión pública o privada), aquella que se deriva de acto legislativo y aquella que se deriva de acto judicial.

---

750. León DUGUIT: *Manual de Derecho Constitucional.* 2a. ed. española, Francisco Beltrán, editor. Madrid, 1926, No. 26, p. 79.

520. *La culpa estatal.* El principio de la responsabilidad por culpa contenido en el artículo 1969, puede presentar una variante interesante en el caso del Estado, con clara tendencia a la objetivación.

En efecto, la actividad administrativa del estado es esencialmente una actividad *reglamentada.* Por tanto, todo acto de la Administración que contraviene un reglamento o que no está facultado por una norma legal y que causa daños, da lugar a responsabilidad. En estos casos, estamos ante una negligencia "objetiva", *prima facie*, que aparece de la simple confrontación del acto ejecutado con la norma que lo reglamentaba.

Pero muchas veces el reglamento otorga facultades *discrecionales* a la Administración. Es importante notar que la tendencia actual se inclina a establecer amplios campos de discrecionalidad; incluso la política de organizar las empresas públicas bajo formas societarias privadas, no es sino una forma de otorgarles mayor discrecionalidad. Ahora bien, otorgado el poder de discreción por una norma legal, cualquier acto discrecional estaría dentro del reglamento.

¿Significa esto que ningún acto discrecional de la Administración da lugar a responsabilidad, aunque haya producido daños a particulares? Ciertamente no. La discreción supone siempre evaluación, sopesamiento de fines, circunstancias y medios. Por consiguiente, si bien los actos discrecionales no dan lugar a responsabilidad *prima facie* porque no infringen ningún reglamento, tampoco puede decirse que están exentos *prima facie* de responsabilidad. Es preciso que el Juez verifique en cada caso la evaluación realizada por la Administración y, si es razonable (aunque haya producido daño), puede determinar que no hay culpa y rechazar la aplicación del artículo 1969. En cambio, si fue un acto imprudente o determinado por una falta de la adecuada diligencia para tomar la decisión, si no reunió toda la información necesaria, si no previó aspectos que razonablemente debió haber previsto, hay negligencia y el Estado debe ser responsabilizado.

521. *Deficiencias en los servicios públicos.* Cuando se trata de daños resultantes de las deficiencias de los servicios públicos, los Tribunales deberán evaluar el servicio en función de lo que se espera razonablemente que se provea en un país como el nuestro.

Es así como mal podría reclamarse al Estado los daños causados en un accidente automovilístico aduciendo que se produjeron debido a que la

carretera no estaba iluminada, salvo excepciones. En cambio, si ese mismo accidente se produce en la ciudad por la misma causa, independientemente de la responsabilidad que puedan tener las partes, hay también una responsabilidad del Estado: es lógico señalar que el Estado provea de la iluminación adecuada a la ciudad y que, si una calle queda a obscuras (salvo por causas absolutamente excepcionales, como el terrorismo), la falla sea reparada de inmediato. De igual forma, si se comprueba que la causa de un accidente se encuentra en el hecho de que un enorme hueco de la pista produjo la rotura de la dirección de un camión, el que debido a ello penetró en un establecimiento comercial ubicado sobre esa calle, el Estado es responsable de los daños ocurridos al camión y al establecimiento: no se pueden exigir "super-avenidas", pero cuando menos se le puede exigir que repare las pistas regularmente; ésta es una función mínima del Estado (o de las Municipalidades según corresponda).

Un caso muy ilustrativo es el conocido por la Cámara Nacional Civil, Sala F. de Argentina, el 29 de octubre de 1968, en el que, además de establecer los alcances de la responsabilidad del Estado sobre el cuidado de los parques, se hacen precisiones interesantes sobre la verdadera naturaleza del hecho fortuito [751]. ¿Tiene el Estado obligación de podar los árboles de manera que no causen daños a los peatones y vehículos, cuando se producen fenómenos de la naturaleza? La Cámara dice: "la caída o rotura de la rama de un árbol provocada por el viento o la lluvia no es un hecho extraordinario ni puede sostenerse que sea un hecho imprevisible. Se trata, más bien, de un daño típico de la peligrosidad propia de los ejemplares del reino vegetal en días de condiciones atmosféricas adversas y cuyo cuidado, cuando están ubicados en aceras, plazas o paseos, se halla a cargo de la Comuna, responsable legalmente en los términos del artículo 512 del Código Civil. Es un servicio público a cargo de la Municipalidad el cuidado, mantenimiento, conservación y reparación de los árboles que circundan las calles y paseos de la ciudad. De ahí que, como guardián público de ellos, debe, si no media caso fortuito, responder por el daño ocasionado al desprenderse una rama y caer sobre un automóvil que, en ese caso, se hallaba estacionado junto a la acera" [752].

---

751. Sobre la "composición de fuerzas" que resulta de la interacción de los hechos fortuitos y los actos humanos, *confer supra*, No. 175. Sobre la exclusión como caso fortuito de los riesgos típicos de una actividad o cosa, *confer supra*, No. 173, a.

752. Julio I. ALTAMIRA GIGENA: *Op. cit.*, p. 66.

Notemos que en estos casos —en los que es razonable esperar un mínimo de eficiencia en el servicio— el Estado (o la Municipalidad o Corporación respectiva) no se liberaría de responsabilidad aduciendo que no existe partida en el Presupuesto, la preparación del Presupuesto es también responsabilidad del propio Estado; y la falta de incorporación de una partida presupuestal para algo que es parte de las funciones mínimas y razonables de la Administración Pública es ya en sí una decisión que se adopta con todas las consecuencias que ella implica.

Es cierto que la preparación del Presupuesto implica opciones en razón de las limitaciones obvias de las circunstancias; pero todo administrador responde por las opciones que asume. si por razones políticas y sociales (perfectamente comprensibles) decide dar prioridad a la opción de mantener una determinada burocracia sobre aquella de reparar las pistas, es posible que ésa sea la solución políticamente más adecuada; pero tiene que pagar a quienes sufran daños por no haber cumplido el Estado (o de la Municipalidad) con reparar las pistas. Estamos ante un caso similar al de la persona privada que decide no gastar en un seguro voluntario de automóvil, sino que más bien prefiere usar ese dinero para un viaje de estudios; la decisión puede ser magnífica para su propio porvenir y el de su familia, pero entonces tiene que pagar personalmente los daños que cause con su automóvil si le ocurre un accidente.

León DUGUIT señalaba —al principio del siglo— que la evolución es muy rápida en el sentido de admitir "la responsabilidad, cada vez más definida y más amplia, del Estado, reconocida por una jurisprudencia constante, con ocasión del funcionamiento de todos los servicios públicos" [753]; y es muy categórico al afirmar que "estableciendo el servicio público y debiendo funcionar en interés de todos, si por consecuencia del funcionamiento irregular de este servicio público se ocasione un perjuicio a un particular, es justo y legítimo que la reparación de este perjuicio sea soportada por" el Estado (DUGUIT enumera los diversos patrimonios públicos que pueden quedar afectados) [754].

522. *El mantenimiento de los servicios públicos: ¿obligación de medios en vez de obligación de resultados?* El problema de los servicios públicos es siempre difícil de tratar y podríamos preguntarnos si en el presente caso no

753. León DUGUIT: *Op. cit.*, No. 23, p. 68.

754. León DUGUIT: *Op. cit.*, No. 26, p. 79.

es aplicable la distinción creada por la doctrina francesa entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados: el Estado tendría solamente una obligación de medios respecto de los servicios públicos, en el sentido de que debería actuar diligentemente para tratar de que funcionen adecuadamente; pero no puede garantizar los resultados.

En realidad, la distinción entre obligación de medios y obligación de resultados es eminentemente contractual y, por tanto, no es aplicable a la responsabilidad extracontractual: entre el particular y el Estado no existe contrato alguno para que este último mantenga las pistas en condiciones razonables: por ello, el particular afectado por una falta de mantenimiento de las pistas reclama una responsabilidad extracontractual del Estado.

Sin embargo, aun cuando forzando la situación hiciéramos aplicable estas categorías a la responsabilidad extracontractual (con el artificio de sostener que en toda responsabilidad existe una obligación implícita que ha sido incumplida), la distinción no nos ayudaría mayormente a encarar mejor nuestro problema. En el fondo, la distinción no es tan sólida como parece a primera vista: la obligación de medios no es sino una obligación de resultados (lo que se busca siempre, en última instancia, es un resultado) en la que se ha enfatizado la intromisión de una eventual imposibilidad de cumplimiento. La obligación de medios persigue también un resultado (el medio no es sino un medio "para algo", para un resultado); pero se reconoce de antemano que el resultado es sólo probable. Por ello, cuando hablamos de obligaciones de medios, estamos hablando en realidad de obligaciones de resultados en las que, aun cuando se persiga con diligencia el objetivo querido, puede suceder que éste no se logre.

En otras palabras. sin necesidad de hablar de medios y de resultados y manteniéndonos dentro de la terminología tradicional de la culpa, nos encontramos simplemente ante un caso de ausencia de culpa. Por otra parte, no todas las responsabilidades del Estado se fundamentan en la culpa (art. 1969), sino que en ciertas ocasiones el Estado responde si el resultado es dañino, haya sido diligente o no en los medios (art. 1970).

De esta manera, por una vía u otra, lo que tiene el juez que analizar es si existió responsabilidad del Estado en el cumplimiento razonable de sus funciones normales, ya sea que esta responsabilidad se haya producido en el hecho mismo del accidente o en la decisión administrativa que generó la causa del accidente; ya sea también que esta responsabilidad se fundamente en la culpa o surja objetivamente, como se señalara más adelante.

523. *Los daños causados por terceros y por caso fortuito: tumulto, revoluciones, guerras y cataclismos en general.* Un caso particularmente complejo es el de los daños producidos con ocasión de tumultos, motines, revoluciones, etc. URETA sostenía que el Estado no tiene más obligación que perseguir a los culpables; pero hemos visto que la doctrina moderna es contraria a esa tesis y que la jurisprudencia peruana posterior al Código Civil de 1936 admitió la posibilidad de reparación.

El argumento de URETA se basaba en la idea de que los daños y pérdidas de la "guerra" (entendida en sentido amplio) deben ser soportados por todo el mundo, porque son un mal general que a todos nos concierne. En consecuencia, nadie se puede quejar particularmente por esos males que son particulares sino sociales.

Sin embargo, este argumento es exacto en sus premisas pero inconsistente en sus conclusiones. Si todos debemos soportar los daños, lo lógico es que el Estado pague a los directamente perjudicados y luego cobre esas sumas a todos los ciudadanos a través de impuestos u otros medios. Porque si no se reparan las pérdidas de los individuos que las sufrieron, entonces esos individuos tienen que soportarlas estoicamente, pero los demás ciudadanos se quedan muy tranquilos: no reparar este tipo de pérdidas equivale a hacerlas sufrir sólo a algunos (a los que tuvieron la mala suerte de sufrirla directamente) y no a todos como sostenía la teoría. De modo que, si se trata de una calamidad nacional que debe ser soportada por todos, es preciso buscar un mecanismo redistributivo de las pérdidas; y no cabe duda de que el único distribuidor posible en tal caso es el Estado.

León DUGUIT decía al terminar la Primera Guerra Mundial que "la responsabilidad del Estado ha crecido en proporciones tan extraordinarias como la establece, de manera particularmente notable, la ley de 26 de Diciembre de 1914, que reconoce 'el derecho a la reparación de los daños materiales resultantes de hechos de guerra'" [755]. En otro de sus libros, este mismo jurista decía que el Estado responde siempre, aun sin culpa, porque es "el asegurador del riesgo social" [756]. Y René SAVATIER, treinta años más tarde, habiendo atravesado Francia por una Segunda Guerra Mundial, nos

755. León DUGUIT: *Op. cit.*, No. 23, p. 68.

756. León DUGUIT: *Las transformaciones del Derecho Público.* 2a. ed. española. Francisco Beltrán, Editor. Madrid, 1926, pp. 306 y ss.

dice que, detrás de los deudores de reparación está el Deudor Supremo, que interviene cuando todos los demás posibles deudores (culpables, responsables objetivos, aseguradores), no pueden ser llamados a reparar: "La legislación sobre daños de guerra —imprevisibles y no asegurables por los particulares— por dos veces ha sido obligada a intervenir, después de la guerra de 1914 y después de la de 1939. La solidaridad nacional se convierte, ante estos grandes cataclismos, en el principio universal de una obligación de repara, reconocida como de cargo del Estado, independientemente de cualquier falta que pudiera haber cometido o no. El Estado acude, entonces, como deudor subsidiario, obligado, a falta de otra solución, a reparar las consecuencias de los grandes cataclismos" [757].

Es así como, a través de caminos imprevistos, regresamos a la teoría de la repartición social de las pérdidas. En realidad, más que en ningún otro caso, la teoría de la difusión social del daño debería ser indudablemente aplicable a los daños derivados de males sociales de carácter general.

524. *La responsabilidad objetiva del Estado.* Tratándose de daños causados mediante bienes peligrosos o en la realización de actividades riesgosas, el Estado peruano responde objetivamente de acuerdo al artículo 1970 del Código Civil.

Para citar los casos más caricaturescos, el escape de radioactividad de una planta nuclear del estado, la explosión de depósitos de municiones del Ejército, el incendio derivado de un accidente ocurrido en una refinería de petróleo estatal, son situaciones en las que el Estado responde por los daños sin que pueda liberarse demostrando la ausencia de culpa: la realización de este tipo de actividades implica siempre asumir todos los riesgos inherentes a ellas. El artículo 1972 exonera de esa responsabilidad cuando media caso fortuito o hecho determinante de tercero. Sin embargo, tratándose de actividades ultrariesgosas como las mencionadas, el Código no debió haber exonerado de responsabilidad al que las realiza, salvo el caso de culpa de la propia víctima: es tal el riesgo que engendran que el Estado, al desarrollarlas, debe calcular entre sus costos de operación incluso la incidencia de eventuales daños que cause con el riesgo creado aunque medie caso fortuito.

---

757. René SAVATIER: *Les Métamorphoses economiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui.* 1a. serie. *Panorama des Mutations.* 3a. ed., Librairie Dalloz. París, 1964. No. 282, p. 342.

Ahora bien, además de esas actividades de extremo riesgo, existe una zona de penumbra entre el riesgo y la actividad normal en la que los jueces deberán establecer los límites, quedando obligados a la fundamentación respectiva. Resulta evidente que si se expande el concepto de riesgo, como lo parece sugerir la reiteración de "riesgoso o peligroso" del artículo 1970, la jurisprudencia puede encontrar aquí un camino hacia la objetivación de la responsabilidad.

525. *La responsabilidad estatal por animales y edificios.* La responsabilidad por daño causado por animal y la causada por la caida de un edificio se aplican al Estado en la misma forma que a los particulares, cuando el dueño del animal o del edificio es el Estado.

526. *Los distintos patrimonios del Estado.* ¿Cabe distinguir entre las entidades del Sector Público y el Estado como sujetos de responsabilidad extracontractual?

Pensamos que, en la medida en la que algunas entidades del Sector Público gocen de autonomía administrativa y económica, son ellas quienes responden directamente por los daños que causen; en estos casos, la víctima no puede demandar a la Hacienda Pública sino a la entidad causante. Este es el principio que ya fuera sentado por la Ejecutoria recaida en el juicio seguido por Dina Vidal Flores de Moore contra ENATRU-PERU y el Concejo Provincial de Lima [757bis] cuyo razonamiento parece también aplicable no sólo a los casos de entidades autónomas del área municipal sino también a las del área del Gobierno central.

Sin embargo, como consecuencia de esta desvinculación del Gobierno central respecto de las responsabilidades de sus entes autónomos, cabe señalar que lógicamente estos entes no pueden beneficiarse con el precepto que establece que contra el Estado y los gobiernos locales no hay acción ejecutiva (art. 17 del D. L. 20236, que modificó el Código de Procedimientos Civiles) Dado que sostenemos que esos entes autónomos no son el Estado para efectos que éste no responda frente a las víctimas por los daños que ellos causen, por razones de coherencia también tenemos que sostener que no son el Estado para el efecto de la ejecución: contra los entes autónomos cabe acción ejecutiva y sus bienes son susceptibles de embargo.

757bis Vid. *supra*, No. 510.

527. *La responsabilidad vicaria del estado.* La responsabilidad del Estado por los actos de sus servidores, presenta algunas dificultades.

El Consejo de Estado francés ha hecho una distinción entre la conducta dañina del funcionario dentro del alcance de sus funciones (*faute de service*) o extralimitándose en sus funciones (*faute personnelle*). En el primer caso, la víctima tiene acción contra el Estado en el fuero administrativo, mientras que el funcionario carece de responsabilidad, en el segundo caso, la víctima tiene acción contra el funcionario en el fuero civil, mientras que el Estado es irresponsable [758].

Nuestro ordenamiento positivo carece de la distinción entre una responsabilidad administrativa y una responsabilidad civil, que se tramitan en fueros distintos. Y consideramos que esto es acertado en materia de responsabilidad —precisamente si se admite la tesis francesa de que el estado no siempre sea responsable conjuntamente con el funcionario— porque la existencia de dos jurisdicciones complica innecesariamente las decisiones de la víctima sobre las acciones a seguir para lograr la reparación de sus daños: la víctima piensa que el funcionario no se extralimitó y que, por consiguiente, el Estado es responsable. Sin embargo, si se presenta ante el fuero administrativo, sólo puede demandar al Estado; y si en este procedimiento se resuelve que el funcionario se extralimitó, la víctima tiene que reiniciar su peregrinaje jurídico, esta vez ante el fuero civil.

Pero, de otro lado siempre conforme a nuestro ordenamiento jurídico, tampoco hay posibilidad de que el Estado pueda descargarse de responsabilidad en la persona del funcionario: la responsabilidad del empleador es siempre objetiva, conforme al artículo 1981 [759]. En consecuencia, establecido que existe un daño reparable, la discusión sólo se encuentra al nivel de la responsabilidad del funcionario, quien puede o no ser responsable conjuntamente con el Estado. Pero el estado lo es de todas maneras.

Podría todavía plantearse que aun dentro de nuestro Código que atribuye una responsabilidad objetiva al empleador, existe la limitación de que el daño se produzca en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. Por consiguiente, el acto dañino del funcionario que se extrali-

---

758. Julio I. ALTAMIRA GIGENA: *Op. cit.*, pp. 65-72.

759. Cf. *supra*, No. 292.

mita de sus funciones no está dentro del marco del ejercicio del cargo, de lo que se deduce que el Estado no responde por sus consecuencias. Como puede apreciarse, esta es una forma de replantear la distinción entre la *faute de service* y la *faute personnelle*, con la ayuda del texto del artículo 1981.

Esta interpretación tiene una base de verdad, pero debe tomarse *cum grano salis*. Si se trata de un acto manifiestamente fuera del alcance de la función pública, no cabe duda de que la responsabilidad incumbe exclusivamente al funcionario. Sin embargo, la gran mayoría de los casos tendrán un carácter *border-line*: desde una cierta perspectiva, pueden ser vistos como extralimitaciones, pero, desde otra, son actos de servicio ejecutados groseramente o prepotentemente. Pensamos que el Estado no puede escudarse detrás de sus funcionarios para evadir sus responsabilidades. Por eso creemos que los jueces deben aplicar el principio *in dubio pro víctima* y entender las extralimitaciones como excepciones que deben ser apreciadas de manera rigurosa y estricta.

528. *El abandono del cargo o función.* Es Manuel Toribio URETA quien nos plantea una pregunta fundamental: los daños producidos por actos del servidor del Estado que abandona su puesto, ¿deben ser indemnizados por el Estado? ¿Estamos todavía ante actos de servicio?

La pregunta puede ser ejemplificada con el caso del soldado que abandona su puesto y se pasa al bando de los amotinados: ¿sigue siendo servidor del Estado para los efectos de determinar quien debe reparar los daños que cause? Parecería que la respuesta es negativa; ese hombre abandonó el servicio y quebró el vínculo de dependencia que lo ligaba al Estado. Consiguientemente, dado que ese vehículo era el fundamento de la responsabilidad vicaria, el Estado no responde (vicariamente) por los daños que cause en tanto que amotinado; quien responde es el propio ex-servidor directamente.

Puede ser que el Estado responda todavía por otras causas directas (negligencia en el control de la sedición o la repartición de las pérdidas, según sea que aceptemos la teoría de la culpa o de la difusión de los riesgos sociales); pero no se le puede considerar como principal de ese soldado amotinado. Con relación a los actos de éste posteriores a su deserción, no hay responsabilidad vicaria del estado.

Sin embargo, la solución no es perfectamente nítida y clara (como nada lo puede ser en Derecho que siempre trata con materia probable y

opinable). Cabe la posibilidad de que el daño no se produzca por hechos posteriores del servidor sino por el hecho del apartamiento mismo del servicio. Por ejemplo, si la única patrulla policial disponible en la zona en vez de detener las turbas que están dedicadas al pillaje se suma a ellas, hay un daño que se produce por la simple ausencia de vigilancia y de protección policial; independientemente de los daños que esos ex-policías causen al dedicarse personalmente al pillaje. Ahora bien, el deber de brindar vigilancia y protección a través de la Policía, incumbe al Estado. Por consiguiente, el Estado sería responsable de los daños que resulten de este abandono del puesto por los policías que estaban a cargo de tal servicio público.

Evidentemente, la responsabilidad del Estado resulta indudable, considerada bajo estas premisas, cuando simplemente el funcionario abandona el puesto y no presta el servicio sin por ello renunciar al cargo: estamos ante un caso clamoroso de servicio público realizado defectuosamente, lo que deviene en una responsabilidad para el Estado; sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario. Este sería el caso si la patrulla no abandona su carácter policial y se dedica al pillaje sino que simplemente se mantiene inactiva o se retira del lugar, abandonando la plaza a las turbas. Recordemos que ésta es la situación en el caso que antes hemos mencionado del Prefecto del Callao durante la Revolución Restauradora de 1865 que, asustado, huye y se refugia en uno de los barcos del puerto, dejando la ciudad sin autoridad que organice la protección de vidas y propiedades [760]. También es de alguna manera el supuesto de hecho que da lugar a indemnización en los casos que hemos reseñado de daños a Editora Peruana S. A. [761] a José Calero Paz [762] y a Luis Paredes Salinas [763]

529. *Vía administrativa y vía judicial.* Todo aquél que tiene una reclamación contra la Administración puede presentarla directamente y exigir el pago a través del procedimiento administrativo. Esto es igualmente válido para la reclamación de daños y perjuicios.

¿Cuáles son las relaciones entre la vía administrativa y la vía civil para exigir del Poder Ejecutivo la indemnización por los daños y perjuicios?

---

760. Vid. *supra*, No. 498.

761. *Supra*, No. 507, nota 725.

762. *Supra*, no. 507, nota 726.

763. *Supra*, No. 507, nota 727.

Pensamos que la reclamación administrativa no es necesaria como requisito previo para la interposición de una demanda de daños y perjuicios contra el Estado. La obligación de indemnizar es eminentemente civil y, por tanto, no exige una previa vía administrativa. Sin embargo, no hay tampoco inconveniente para comenzar a hacer el valer el derecho en la vía administrativa a fin de intentar un arreglo extrajudicial de la indemnización; y, sólo si ese camino no es productivo, iniciar una acción judicial civil.

530. *Vía administrativa y prescripción.* Pero, si se instaura previamente un proceso administrativo, ¿desde cuándo se cuenta la prescripción? ¿Desde la fecha en que se produjo el daño o desde la fecha en que terminó la vía administrativa?

La vía administrativa no es obligatoria: es simplemente un medio de discutir directamente el problema sin ir directamente a un pleito. Sin embargo, una vez iniciada, la vía administrativa no puede desconocerse: el Poder Judicial, ante una demanda de daños y perjuicios contra el Estado que ha sido precedida de una reclamación administrativa, podría decidir que la vía administrativa aún no está concluida y que, por tanto, no procede la acción judicial. Ahora bien, podría también suceder que, una vez terminada la vía administrativa desfavorablemente para el reclamante, después de que el Estado la ha logrado prolongar durante varios años, el Poder Judicial declarara que la obligación de indemnizar ha prescrito; y la víctima encontraría que no sólo ha perdido el tiempo en la vía administrativa sino que incluso ha perjudicado su propio derecho. Una tal interpretación llevaría a las víctimas a evitar la vía administrativa y a lanzarse de inmediato a la vía judicial.

Creemos que la conversación entre las partes es un paso recomendable ante todo juicio. Este es el efecto de la reclamación de la administrativa: una suerte de negociación entre el responsable-Estado y la víctima para intentar solucionar el problema de la indemnización sin ir hasta el Poder Judicial. Consideramos que esta válvula de escape debe ser mantenida. Pero no será posible si, a diferencia de las conversaciones entre dos partes privadas y dado el carácter vinculante del procedimiento administrativo, instaurar tal procedimiento de solución de conflicto implica renunciar indirectamente a la posibilidad de una acción civil.

Existe un precedente sobre este punto en nuestra jurisprudencia, aún bajo el imperio del Código Civil de 1936. Cabe recordar que ese Código hacía correr la prescripción explícitamente desde el día en que se produjo el

daño (inc. 6° del art. 1168). Sin embargo, en el juicio seguido por Loero Hermanos y Compañía y por Industrias Vínicas Patria S. A. de Chile contra el Estado peruano por los daños que les fueron causados por personal de la Aduana al impedir el embarque de semilla cuya exportación se había autorizado, la Corte Suprema por Resolución de 9 de junio de 1958 resolvió que, debido a la reclamación administrativa iniciada sobre reembolso de soles, "la mencionada firma no podía ejercitar judicialmente su derecho, en tanto no se hubiera agotado la vía administrativa" y consecuentemente declaró haber nulidad en la sentencia de vista que declaraba fundada la excepción de prescripción [764].

El inciso 6to. del artículo 1168 del Código Civil de 1936 tenía una formulación categórica que hacía prescribir la acción de responsabilidad a los dos años de producido el daño y, a pesar de la buena voluntad de la jurisprudencia antes mencionada, podía prestarse a una interpretación restrictiva. Es por ello que la fundamentación del Anteproyecto de Responsabilidad Extracontractual presentado a la Comisión Reformadora del Código Civil, el autor de este trabajo propuso que se modificara esa regla en el sentido de que el plazo comenzara a correr a partir de la fecha en que la víctima conociera la existencia del daño; presumiéndose que la conocía el día en que éste se había producido, salvo prueba en contrario. El doctor Fernando VIDAL, autor del Proyecto sobre Prescripción, encontró una solución mejor al eliminar la referencia al día de la producción del daño y referir todos los plazos de prescripción (incluyendo el de la acción de daños y perjuicios) al día en que pueda ejercitarse la acción (art. 1993 del Código Civil de 1984). Esta fórmula soluciona los problemas de desconocimiento del daño (daños con efectos retardados al día en que se cometieron, particularmente en el campo de la salud) como el problema que venimos tratando.

Pero todavía puede surgir alguna duda en la medida en que aceptemos la tesis de que la vía administrativa no es obligatoria. Si la reclamación administrativa fuera obligatoria, la situación sería más clara: la víctima no estaría en aptitud de ejercer la acción hasta que quede agotada la vía administrativa y, por tanto, es a partir de ese momento que comenzaría a correr la prescripción. Pero, si pensamos que la vía administrativa no es obligatoria, ¿no podría concluirse que la víctima estuvo en posibilidad de ejercer la acción desde que se produjo el daño?

---

764. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1959. No. 174, pp. 751-752.

En nuestra opinión, estamos ante un caso de interrupción de la prescripción contemplado en el inciso 3 del artículo 1966 del Código Civil, aun cuando la vía administrativa no sea obligatoria. Optar por un punto de vista distinto equivaldría a eliminar totalmente la vía administrativa como posible camino previo en los casos de daños producidos por el Estado, según se ha dicho antes.

El nuevo Código Civil peruano de 1984 contiene una solución acertada para esta situación al haber incorporado como causa de interrupción de la prescripción en el inciso 3 del artículo 1966 a todo "acto que instaure el acreedor en la vía judicial o administrativa, que lleve consigo notificación al deudor" [765]. Esta ampliación de la causal de interrupción, que en el Código anterior estaba limitada a la citación judicial con la demanda (inc. 6 del art 1163), ha permitido superar este aparente callejón sin salida. De esta forma, el inciso de la vía administrativa interrumpe el plazo de prescripción y hace irrelevante el tiempo transcurrido hasta ese momento. Agotada la vía administrativa, comienza a correr nuevamente el plazo normal de dos años conforme lo dispone el artículo 1998 del Código. Evidentemente, la reclamación administrativa debe haber sido planteada antes de que venza el plazo de prescripción, ya que la simple interposición de esa reclamación no puede revitalizar un derecho prescrito.

531. *La responsabilidad por acto legislativo.* Al hablar de la responsabilidad del Estado, lo hemos hecho hasta el momento considerando sólo los actos del Poder Ejecutivo. Pero, ¿pueden los actos del Poder Legislativo dar origen a responsabilidad?

Hay quienes niegan absolutamente la responsabilidad del Estado como legislador porque sostienen que atentaría contra el principio de soberanía de la Nación. Sin embargo, la democracia se caracteriza no solamente porque las leyes se voten democráticamente sino porque, además, el contenido mismo de las leyes sea democrático. En otras palabras, la mayoría legislativa no lo puede todo: está encuadrada por la Constitución y por los principios que rigen el Estado democrático.

Esto significa que, dentro de un gobierno de las mayorías, existen derechos que no pueden ser atropellados ni aun por las mayorías. Por ejemplo,

765. Fernando VIDAL: *La Prescripción y la Caducidad en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. S.A. Lima, 1985, p. 144.

las mayorías no pueden decidir "democráticamente" que determinadas minorías se convierten en esclavos o que son expulsados del país o que sus bienes les son despojados.

No cabe duda de que, en ciertas ocasiones, el Estado tiene que afectar intereses particulares. Y, entonces, se pregunta León DUGUIT, "Cuando el Estado hace una ley cuya aplicación tendrá por consecuencia ocasionar un perjuicio a cierta categoría de personas, ¿está obligado por el derecho a consagrar expresamente en esta ley el principio de una indemnización a satisfacer a las personas víctimas de este perjuicio? Nosotros respondemos en principio: sí..." [766]. Pero de ello se sigue una segunda cuestión aún más grave: "la de saber si, habiendo el legislador guardado silencio en una ley en la que habría debido consagrar el principio de la responsabilidad del Estado, pueden los tribunales conceder una indemnización a las personas lesionadas por la aplicación de dicha ley" [767].

Hasta principios de siglo, esta posibilidad era inconcebible porque se creía en la soberanía absoluta del Poder Legislativo y en la presencia de la culpa para determinar la existencia de responsabilidad: siendo la ley un acto del Poder Legislativo y no habiendo dicho Poder incurrido en negligencia, se rechazaba toda idea de obligación del estado a pagar una indemnización. Sin embargo, "estas dos ideas se hallan hoy singularmente en baja" [768], dice el mismo DUGUIT. Aun cuando quizá no coincidamos con las razones para "dar de baja " estas ideas, no cabe duda de que DUGUIT estaba comprobando un acontecer histórico: la actividad del estado es, cada vez más, vista como una forma de organizar adecuadamente la vida social y la responsabilidad se ha desvinculado de la culpa hasta permitir el pago de una indemnización aunque no exista propiamente un acto ilícito. Es por ello que "Con esta noción amplificada de la responsabilidad, pueden darse casos en que el patrimonio del Estado se halle obligado a reparar el perjuicio ocasionado por la aplicación de una ley" [769].

---

766. León DUGUIT: *Manual de Derecho Constitucional*. 2a. ed. española. Francisco Beltrán, editor. Madrid, 1926. No. 78a, p. 287.

767. León DUGUIT: *Loc. cit.*

768. León DUGUIT: *Ibidem*, p. 288.

769. León DUGUIT: *Loc. cit.*

Planteadas así las cosas, DUGUIT procede a una distinción que puede dar lugar a múltiples dificultades.

Según este jurista, la indemnización sólo corresponde cuando la nueva ley afecta intereses privados por razones de mera conveniencia o de política; pero no hay lugar a indemnización cuando tal afectación se realiza por considerar el estado que la actividad o interés en cuestión es nocivo. Notemos que ese interés o actividad privados eran perfectamente lícitos hasta entonces. A pesar de ello, dice DUGUIT, no procede indemnización alguna si la razón de suprimirla está en su carácter antisocial. En cambio, la indemnización debe ser establecida por la ley —o, en caso contrario, puede ser otorgada por los tribunales— si se trata de restringir o prohibir una actividad que no era nociva ni antisocial pero se piensa que funcionará mejor como monopolio estatal o como servicio público [770].

DUGUIT es muy cuidadoso en su distinción, para evitar que el Estado alegue que es conveniente ir a un monopolio estatal o a un servicio público de una determinada actividad porque el sistema anterior era antisocial y nocivo; con lo que nunca habría derecho a pedir una indemnización y la responsabilidad del Estado por acto legislativo quedaría convertida en mera teoría. DUGUIT sostiene que sólo puede decirse que la actividad era nociva y antisocial cuando en sí misma tenía esas condiciones y, por tanto, no debe ser ejercida en adelante por nadie: ni por los particulares ni por el Estado, bajo ninguna forma. Por ejemplo, si se descubre que los humos que arrojan ciertas fábricas son definitivamente cancerígenos y ponen en peligro la población, el Estado puede prohibir, mediante una ley, la producción (o la tecnología de producción, según el caso) que da origen a tales humos. En este caso, nadie producirá en el futuro de esa manera.

Pero si una ley reserva la actividad de producción y comercialización farmacéutica para el Estado (aunque no expropie ninguna fábrica o botica, sino únicamente prohiba que las empresas privadas se dediquen a este tipo de producción y comercialización), la ley deberá establecer la correspondiente indemnización; y si la ley no lo hecho, los tribunales pueden ordenarla. En palabras de DUGUIT, en esa hipótesis, "la actividad prohibida no es, en manera alguna y en sí misma, contraria al derecho, puesto que va a continuar siendo ejercida. La actividad cambia de sujeto, no de objeto. El indi-

770. León DUGUIT: *Op. cit.*, No. 78a, pp. 288-297.

viduo cuyos intereses resultan lesionados por esta prohibición, se hallaba en una situación perfectamente lícita, completamente jurídica. Se le priva de una fuente de riqueza de todo en todo legítima, sacrificando su interés particular al interés de la colectividad. Es, por lo tanto, de toda lógica y de toda justicia que el patrimonio colectivo, acrecentado por esta verdadera expropiación, soporte definitivamente el perjuicio ocasionado a algunos en interés de todos" [771].

El mismo razonamiento sería aplicable a una ley que condone los arrendamientos pendientes de todos los inquilinos del país o en general, a toda ley que recorte el derecho de unos en beneficio de otros o de la colectividad.

Obviamente, es preciso distinguir entre los verdaderos intereses y las meras expectativas afectadas, con todas las dificultades que ello conlleva. Dentro de ese orden de ideas, una ley que prohiba que se construyan edificios en una determinada zona de la ciudad no puede dar lugar a una indemnización en favor de todos los propietarios de casas y terrenos que en el futuro tendrán el uso de su propiedad recortado en tal sentido. En ese caso, estamos ante una mera expectativa de tales propietarios que no se encontraba materializada. distinta sería la situación si una de esas personas había comenzado ya la construcción de un edificio y es obligado a paralizar la obra o a destruirla: en esta hipótesis, dicho propietario tiene —¡qué duda cabe!— derecho a una indemnización del Estado.

El caso más flagrante de indemnización lo constituye, a nuestro juicio, la ley inconstitucional.

El razonamiento que antecede se refería a aquellas leyes que, siendo constitucionales, afectan legítimos derechos. Por ejemplo, el artículo 124 de la Constitución establece que la propiedad debe usarse en armonía con el interés social; y el segundo párrafo de esa norma prescribe que la ley señala las limitaciones del derecho de propiedad. Por tanto, una ley que recorta alguno de los atributos de la propiedad es constitucional si lo hace en nombre del interés social; pero el estado deberá pagar a los propietarios afectados los daños que implique el interés social: nadie —ni siquiera la mayoría— puede beneficiarse a costa de otro. Estamos, pues, ante un acto lícito (permitido por la Constitución) que, sin embargo, causa daños. La responsabili-

771. León DUGUIT: *Op. cit.*, No. 78a, p. 291.

dad es aquí de alguna forma similar a la del automovilista que, aun cuando se encuentre conduciendo en forma regular su vehículo, tiene que reparar los daños que cause a quien atropelle incluso sin culpa o de aquel propietario que está autorizado por el Código para causar perjuicios al propietario vecino si es la única forma de evitar un peligro para su propio dominio, pero tiene que indemnizar tales daños (artículo 959): los actos lícitos también dan lugar a responsabilidad, conforme antes se ha visto.

En cambio, la ley inconstitucional que causa daños es un acto directamente ilícito del Estado, aunque provenga del Poder Legislativo (que sólo es soberano, dentro del marco de la Constitución). Por consiguiente, declarada su constitucionalidad por el Tribunal correspondiente, el Poder Judicial común puede, con mayor razón aún, conocer las causas sobre indemnización por los daños causados en su aplicación. Y acreditados estos, procede la fijación de una indemnización, la que comprenderá tanto el daño emergente como el lucro cesante, como en cualquier caso de responsabilidad extracontractual.

En este punto, DUGUIT —que ha fundamentado tan inteligentemente la responsabilidad por acto legislativo constitucional cuando no obstante afecta a particulares— paradójicamente niega la responsabilidad del Estado por acto legislativo inconstitucional. En su opinión, si la ley es inconstitucional, el particular tiene medios jurídicos para impedir su aplicación; y si a pesar de ello se aplica, la responsabilidad no será por acto legislativo sino por acto administrativo o jurisdiccional[772]. Discrepamos de esta opinión porque pensamos que, sin perjuicio de que se creen nuevas responsabilidades por acto administrativo o jurisdiccional al aplicar la ley inconstitucional, ello no elimina la responsabilidad de su dación como ley inconstitucional con efectos dañinos. Sin embargo, esta discusión puede llegar a tener un sentido solamente académico, en la mayor parte de los casos; porque, ya sea por acto legislativo de aprobación de la ley inconstitucional o por acto administrativo de aplicación, es siempre el Estado como tal quien responde en cualquiera de las dos hipótesis: la responsabilidad del Estado no está en sí misma cuestionada.

532. *La responsabilidad del Estado por acto jurisdiccional.* En doctrina se discute mucho sobre la existencia de una responsabilidad del Estado

772. León DUGUIT: *Ibidem*, p. 287.

por actos cometidos por el Poder Judicial en el ejercicio de sus funciones[772bis].

El código de Procedimientos Civiles peruano contenía normas específicas para demandar una indemnización al juez que actuó con dolo, culpa y negligencia o ignorancia inexcusables (arts. 1061 a 1067). Sin embargo, el 12 de mayo de 1987 la ley 24670 derogó esos artículos e instauró un régimen bastante más severo, lo que originó una enérgica protesta de muchos sectores porque se temía que, por la vía de los juicios de responsabilidad civil, se pudiera ejercer presión sobre los jueces. Y es así como dos meses más tarde, el 30 de junio de 1987, se aprobó la ley 24712 que derogó la flamante ley 24670. Sin embargo, como consecuencia de este vacilante andar legislativo, el ordenamiento jurídico peruano quedó sin norma alguna en materia de responsabilidad de los jueces: de conformidad con el último párrafo del artículo I del Título Preliminar del Código Civil, por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado; de manera que los artículos 1061 a 1067 del Código de Procedimientos Civiles quedaron en el cementerio de las leyes derogadas, aun cuando la ley que se había encargado de darles muerte a su vez había sufrido al poco tiempo el mismo sino. Actualmente existe aparentemente un proyecto presentado para llenar este vacío que los legisladores han dejado involuntariamente.

Sin embargo, la responsabilidad personal de los jueces es una institución que, por lo menos, da lugar a múltiples suspicacias y que debe ser objeto de profunda meditación. No cabe duda de que la posibilidad de que el juez pueda ser responsabilizado económicamente por sus sentencias puede llevarlo a resolver con una cierta lenidad cuando sus fallos involucran poderosos intereses patrimoniales, como una medida de preservar su propia integridad económica. ¿Qué juez se atreverá a ordenar la paralización de una fábrica contaminante si corre el riesgo de que, ante una acción de responsabilidad instaurada por la empresa propietaria, otro juez disponga que la medida era equivocada y que, consecuentemente, el juez que la ordenó debe abonar una suma millonaria por los daños y perjuicios causados por tal medida? ¿Qué Tribunal se atreverá a declarar fundado un amparo contra una medida del Gobierno, si después éste puede demandarlo para que pague de su

---

772bis. Una exposición interesante y actualizada del tema puede leerse en la obra de Jorge MOSSET ITURRASPE, Aída Kemelmajer de CARLUCCI y Carlos A. PARELLADA: *Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial*, Rubinzal-Culzoni, Editores. Santa Fe (Argentina), 1986.

peculio los daños pretendidamente causados al país por impedir la ejecución de una disposición administrativa que se considera fundada en el bien social? Se trata de riesgos muy graves que gravitarán indudablemente en el razonamiento del juez y en su apreciación de las circunstancias.

Es por ello que la tradición anglosajona es opuesta a la responsabilidad de los magistrados [772ter]. En el derecho francés, el principio de la irresponsabilidad de los jueces salvo en casos excepcionales, se remonta a la Alta Edad Media [772quater]. Sin embargo, ello no quiere decir que el *Estado* como tal no sea responsable: los jueces son funcionarios del Estado y, consecuentemente, existe responsabilidad vicaria del empleador por los actos de sus funcionarios. En la práctica, la responsabilidad del estado por los actos jurisdiccionales, unida a una irresponsabilidad o a una responsabilidad verdaderamente excepcional del juez, es "la solución a la que tienden la mayoría de las modernas legislaciones que establecen la responsabilidad estatal por el error judicial, fundadas en que de tal modo se protege, más que al magistrado, a los propios usuarios del servicio, cuyo interés radica en que los jueces resuelvan libremente sin presiones ni miedos" [772quinquies]. En nuestra opinión, para ejercitar una tal acción de responsabilidad contra el estado no se requiere de ningún texto expreso: si hemos llegado en las páginas anteriores a la conclusión de que el Estado está sujeto — como todo el mundo— a las reglas de responsabilidad extracontractual del Código Civil entre las que se incluye la responsabilidad vicaria del artículo 1981, basta aplicar estos textos normativos para hacer efectiva tal responsabilidad en el caso de "daños judiciales".

Ahora bien, establecida la posibilidad de responsabilizar al Estado por acto jurisdiccional, cabe preguntarse por los casos en que tal responsabilidad se actualiza.

Hay quienes han sostenido que el error judicial sólo es indemnizable cuando se trata de sentencias penales, porque pueden ser revisadas. En cambio, la sentencia civil que ha quedado consentida o contra la cual se han agotado todos los recursos impugnatorios, es *res iudicata* y no puede ser

---

772ter. Jorge MOSSET ITURRASPE, Aída Kemelmajer de CARLUCCI y Carlos A. PARELLADA: *Op. cit.*, pp. 40 y 104.

772quater. *Ibidem*, p. 106.

772quinquies. *Ibidem*, p. 105.

cuestionada en forma alguna. Sin embargo, éste no parece ser un enfoque adecuado del problema porque confunde la indemnización del daño causado con la revisión del contenido de la sentencia. No cabe duda de que la revisión de una sentencia civil no es posible cuando ha quedado firme; pero precisamente es esto lo que hace el daño más grave: si por error o dolo la sentencia otorga un derecho a quien manifiestamente no le corresponde, en perjuicio de otro, el daño causado a éste último es irreversible y sólo puede ser reparado mediante una indemnización.

Sin embargo, la responsabilidad por acto jurisdiccional plantea problemas de otro orden que no pueden ser desconocidos. Si el "daño judicial" obedece a dolo del juez o a la aplicación de la norma directa y manifiestamente *contra legem*, no cabe duda de que hay un "error" que da lugar a responsabilidad. Pero, salvo estos casos patentes, es muy difícil —y quizá deberíamos decir que no es legítimo— hablar de error judicial. Ya hemos mencionado antes [772sexties] que las leyes admiten diversas interpretaciones, razón por la que los abogados de las partes pueden ser ambos competentes y honestos y, sin embargo, sostener posiciones diversas. El juez tendrá que optar por una de tales interpretaciones, la que quedará convertida en Derecho sólo a partir de ese momento. Esto significa que, en el campo de la interpretación jurídica, la "verdad" surge sólo como resultado de la interpretación: no existe previa a ella. En otras palabras, la verdad no es comprobada sino construida por el juez, obviamente dentro de los marcos normativos. Por consiguiente, si no hay una verdad con la cual comparar la decisión del juez, tampoco puede haber error. En realidad, el error judicial solamente se presenta cuando el juzgador rebasa manifiestamente los marcos normativos de la interpretación; pero estos solamente son casos tan excepcionales como los antes señalados. Por consiguiente, la responsabilidad del Estado por acto jurisdiccional tiene siempre un carácter extraordinario.

Finalmente, dentro de la tesis que es el Estado y no el juez quien debe ser responsable ante las partes para salvaguardar la independencia del juzgador, cabe todavía preguntarse si el Estado podría a su vez repetir contra el juez.

En principio, debemos pensar que, como la responsabilidad se constituye sólo por dolo o por grave negligencia, el Estado puede efectivamente

---

772sexties. Vid. *supra*, Nos. 467-491.

repetir contra el juzgador que incurrió en tan serias causales y produjo el daño. Sin embargo, debemos tener en cuenta que existen siempre recursos impugnatorios que pueden impedir la ejecución de la resolución presuntamente errónea y dañina, dando lugar a que se ventile en otra instancia la legalidad de su fundamentación. Por consiguiente, el juzgador contra quien el Estado puede repetir será normalmente la instancia superior, *i.e.* la Sala de la Corte Superior o la Sala de la Corte Suprema que deja ejecutoriada la resolución. Evidentemente, si la resolución dañina y errónea queda consentida porque el afectado no interpuso los recursos impugnatorios a los que tenía legalmente acceso, no cabe que reclame posteriormente daños y perjuicios por una situación que pudo haber impedido y que no lo hizo, ya que habría sido de alguna manera causante de su propio daño en razón de su negligencia procesal.

Cuando el juez impone una medida cautelar de emergencia que se ejecuta primero y se discute después, existe la posibilidad de que el propio juez —y no la instancia superior, en este caso— incurra en responsabilidad y pueda ser objeto de la acción de repetición ejercitable por el Estado contra su funcionario que causó el daño. Sin embargo, es preciso tener en cuenta también que cuando tales medidas cautelares han sido decretadas por cuenta y riesgo del solicitante, ni el Estado ni el juez podrían ser responsabilizados, salvo que hubieren sido decretadas sin ninguna base legal: usualmente, el injustamente perjudicado deberá exigir la correspondiente indemnización a quien solicitó la medida y asumió la responsabilidad de la misma.

Por último, la acción de repetición puede dirigirse contra el mismo juez de primera instancia cuando el perjudicado es un tercero que no es parte en el juicio y que, por consiguiente, no tenía posibilidad legal de hacer uso de un recurso impugnatorio que suspendiera su ejecución.

CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

Sección I: Antecedentes legislativos

533. *La Comisión Reformadora.* El Proyecto de la Comisión Reformadora, redactado por el autor de este libro, incluía una norma destinada a regular las condiciones en que los daños causados por un producto defectuoso deben ser reparados.

Es así como el artículo 2036 de dicho Proyecto establecía como principio general que el fabricante de un producto defectuoso responde por los daños que éste cause. Asimismo, se incluía total o parcialmente en esta responsabilidad a quien hubiere modificado o reparado defectuosamente el producto, si el fabricante demostrara que esa reparación o modificación era causa total o parcial del daño ocurrido. Dado que es preciso desalentar la venta de tales productos defectuosos, el Proyecto prescribía también que el vendedor resultaba solidariamente responsable con el fabricante y/o con el que lo hubiera reparado o modificado, si conocía que ese producto tenía un defecto.

Evidentemente, la responsabilidad contemplada en estas normas quedaba exonerada si podía demostrarse que la víctima conocía la existencia del defecto (y, por tanto, del riesgo) y a pesar de ello usaba el producto; éste es el caso de imprudencia de la víctima o de asunción del riesgo. Finalmente, el Proyecto regulaba el mecanismo para liberar al fabricante respecto de la responsabilidad derivada de un producto que sólo después de vendido se advertía que tenía un defecto: (1) debía realizar un anuncio público de la existencia del defecto; y (2) debía ofrecer el reembolso de su valor a cambio de la devolución del producto o la sustitución de ese producto por otro sin defecto, a todos los que la hubieren adquirido y que así lo solicitaren.

534. *El principio de responsabilidad del Proyecto.* El principio utilizado en el Proyecto de la Comisión Reformadora para responsabilizar al fabricante era objetivo, con miras a la distribución social de los riesgos.

Es así como se consideraba que el fabricante es el que en mejor posición se encuentra para distribuir el peso económico de los daños causados por productos defectuosos entre la totalidad de consumidores de ese producto, a través del sistema de precios. En esta forma, los daños producidos por defectos de fabricación estadísticamente inevitables, resultarían absorbidos por el mercado. Dado que este riesgo estadísticamente inevitable afecta a todos los industriales del ramo, el mayor costo tendría que ser incorporado al precio por todos los fabricantes; y así esta política no perjudicaría a ningún industrial en particular ni lo colocaría fuera de la competencia.

De otro lado, si un fabricante en particular comienza a tener mayores costos que los demás del ramo debido a que sus productos son más defectuosos que lo normal por negligencia o por otras causas no genéricas, el principio propuesto también resultaba conveniente: la lucha competitiva lo obligaría a cuidar más sus productos a fin de bajar sus costos, hasta llegar a niveles normales de calidad del producto y, consecuentemente, de riesgo y costo. De esta manera, la responsabilidad objetiva habría tenido un efecto de *deterrence* respecto de lo que es anómalo dentro de ese mercado. La internalización por el fabricante de los costos derivados de los daños a terceros que causen los productos defectuosos, resulta siempre sana dentro de una sociedad de mercado.

535. *La Comisión Revisora.* Nada de esto ha quedado en el Código bajo forma explícita. La Comisión Revisora desechó el artículo *in toto*, aun cuando no rechazó la idea de fondo. En el seno de la Comisión primaron dos tesis, ambas enemigas del artículo: la primera sostenía que la responsabilidad por productos defectuosos no era extracontractual sino contractual, porque el medio por el cual el fabricante lo introducía en el mercado era siempre un contrato; la segunda sostuvo que, en el mejor de los casos, si se trataba de responsabilidad extracontractual, este tipo de daños estaba comprendido en los artículos 1969 o 1970 del Código, según el caso.

Como resulta evidente, ambas posiciones estaban basadas en un error: la primera, en un error de comprehensión del problema que, si bien tuvo una cierta influencia en los albores de este tipo de responsabilidad —allá por los principios del siglo— se encuentra definitivamente superado en la doctrina; la segunda, en un error de técnica legislativa.

En efecto, afirmar que la responsabilidad derivada de los productos defectuosos debe ser enmarcada dentro de la esfera contractual, es ignorar los mecanismos más elementales de distribución de los bienes dentro de la economía contemporánea. claro que si el usuario fuera siempre directamente el primer comprador del bien y si sólo éste pudiera sufrir un daño a causa del defecto, podríamos quizá (queda todavía alguna duda de la que no trataremos) hablar de responsabilidad contractual: el producto no satisfacería las condiciones del contrato de venta y el fabricante-vendedor sería responsable de los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento. Pero la teoría de la responsabilidad por productos defectuosos que ha merecido un importantísimo desarrollo en los últimos 50 años se instala en la atmósfera de una sociedad de mercado. Ahí los productos son comprados y vendidos muchas veces a través de cadenas de intermediarios antes de que sean definitivamente utilizados. Además, hay un gran número de productos que se fabrican para ser usados en otros productos y cuya potencialidad dañina sólo será completamente apreciada por el usuario del producto final. En estas condiciones, es absolutamente irreal hablar de responsabilidad contractual ya que en la inmensa mayoría de los casos no existe contrato alguno entre el fabricante y ese usuario final.

De otro lado, pretender que no es necesario legislar en particular sobre daños de productos defectuosos porque estos ya se encuentran comprendidos en los artículos generales de responsabilidad extracontractual, es llevar la economía legislativa hasta la avaricia; y además no es coherente con la actitud adoptada en otros casos. En última instancia, si no vale la pena establecer la responsabilidad en una norma específica cuando ésta resulta de la aplicación de los principios generales sobre la materia, entonces quizá toda la Sección sobre Responsabilidad Extracontractual del nuevo Código casi podría haberse reducido a dos artículos: el 1969 y el 1970.

Parecería más bien que el legislador no quiso exponer directamente a los fabricantes a las iras de los consumidores y prefirió mantenerlos detrás del biombo de los principios generales (dentro de la misma política de escudo que adoptó con relación a la responsabilidad del Estado): así, la responsabilidad por productos defectuosos está presente en el Código, pero no se nota tanto.

Sin embargo, esta estrategia no parece ser la más adecuada desde ningún punto de vista: ni en defensa de los consumidores ni en defensa de los fabricantes.

La responsabilidad por productos defectuosos ha adquirido un auge extraordinario en los países con mayor conciencia de su propio desarrollo industrial; y ciertamente lo mismo sucederá tarde o temprano en el Perú. Pero los jueces se encuentran en cada caso *sub índice* ante el hecho ineluctable de que los principios generales no pueden aplicarse en este campo sin ayuda de reflexiones adicionales que, fundadas en el equilibrio y la mesura, permitan fijar criterios seguros y equitativos. La situación creada por los productos defectuosos es tan particular que una aplicación irreflexiva o vaga de los principios generales de la responsabilidad extracontractual puede conducir, en unos casos, a que las víctimas queden desamparadas y, en otros casos, a que los industriales sean acosados hasta el punto del desaliento. Por consiguiente, ante la ausencia de una creación legislativa sobre la materia que proporcione pautas más precisas, son los jueces quienes deberán ponderar las circunstancias, hacer jugar los principios y desarrollar así una teoría minuciosa de este tipo de responsabilidad, que conjuge la necesidad de que las víctimas encuentren satisfacción con la necesidad de evitar el desaliento de nuestra incipiente industria nacional.

Sección II: La experiencia de los Estados Unidos

536. *Posibilidades y dificultades.* La historia de la responsabilidad por los daños causados por productos en los Estados Unidos es particularmente interesante, porque muestra las posibilidades y también las viscisitudes jurídicas y las dificultades de esta institución.

537. *Responsabilidad contractual: La cláusula de garantía.* Inicialmente, la responsabilidad derivada de daños causados por productos se desarrolla en ese país dentro del marco del Derecho Contractual.

Ya desde principios de siglo hubo interés en el tema, pero las Cortes consideraron que el camino de hacer efectiva tal responsabilidad era analizando las estipulaciones de los contratos de venta: de acuerdo a varias sentencias judiciales de la época, los contratos de venta celebrados por un fabricante contienen implícitamente una cláusula de garantía sobre la idoneidad del producto. De esta manera, si el producto no opera como es de esperarse y produce daños, el vendedor-fabricante puede ser demandado por daños y perjuicios contractuales.

Nótese que esa respuesta aún incipiente al problema, a través de la responsabilidad contractual, tenía ya un carácter objetivo porque su ejecu-

ción no exigía demostrar la culpa del fabricante bajo la forma de negligencia o imprudencia en el proceso de fabricación, tampoco podía el fabricante liberarse con la demostración de que había aplicado una diligencia razonable en la fabricación de productos. Bastaba con que el producto no correspondiera a las especificaciones esperadas (sin investigar si esta falta de correspondencia era resultado de una culpa), para que los daños producidos por tal circunstancia fueran reparables. En otras palabras, la acción de daños basada en la garantía implícita "era objetiva en el sentido de que lo que tenía que ser apreciado era la condición del producto y no la conducta del fabricante" [773].

538. *Responsabilidad extracontractual: la culpa.* Sin embargo, esta conceptualización jurídica de la responsabilidad derivada de productos pronto reveló sus deficiencias.

Dado que se trataba de una responsabilidad contractual, sólo podía ser invocada por la otra parte contratante (*rule of privity*). Evidentemente, este requisito limitaba extraordinariamente la responsabilidad derivada de productos y la hacía en la práctica casi inoperante. Es por ello que ya en 1916 los Tribunales norteamericanos comprendieron la necesidad de buscar nuevos caminos para asegurar el pago de indemnización por daños derivados del uso de productos industriales. El eminente jurista Benjamín CARDOZO es el vocal ponente de una famosa sentencia de la Corte de Apelaciones de Nueva York recaida en 1916 en el juicio seguido por MacPherson con Buick Motor Co., en la que sostiene que es aplicable la responsabilidad extracontractual a estos casos si el producto fue "manufacturado negligentemente introduciendo en él una potencialidad inherente de daño"; y la negligencia, en este caso, era una mera *culpa in vigilando* pues la Ejecutoria sostenía que Buick Motor Co. no eliminó el defecto sólo porque no adoptó la precaución elemental de una inspección simple del producto final que hubiera mostrado su condición defectuosa [774]. De esta manera, la responsabilidad por daños derivados de productos iniciaba su camino extracontractual, aunque bajo el signo de la culpa, que era la única forma de concebir tal vía en los principios del siglo.

---

773. Andrew Carl SPACONE: "*The Emergence of Strict Liability: A Historical Perspective and Other Considerations, Including Senate 100, en Journal of Products Liability.* Vol 8. Pergamon Press U.S.A., 1985, p. 3.

774. *Mac Pherson v. Buick Motor Co.* 1217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916).

539. *Una polémica académica.* Pero el tema generó pronto una intensa actividad académica, en la que destacaron Fleming JAMES y Friedrich KESSLER.

El primero, a partir de 1929, desplegó en numerosos artículos una nueva teoría de la responsabilidad extracontractual, desarrollando una línea esbozada por HOLMES y otros: la repartición social de los riesgos de la vida en común a través del sistema de precios y de los seguros; lo que originalmente fue planteado por JAMES sólo con respecto de los accidentes, pero que en 1957 extendió a los productos.

El segundo, KESSLER, permaneció en el campo de la responsabilidad contractual. Pero sostuvo que dentro de la vida comercial moderna que se desenvuelve a través de relaciones masivas, el consumidor había perdido su capacidad de negociación contractual con el fabricante, lo que causaba una desigualdad insuperable que falseaba los principios del Derecho Contractual y que tenía que ser compensada de alguna manera. Es así como planteó que, en un mundo perfectamente interconectado, la doctrina de la *res inter alios acta allis praeiudicare non potest* era obsoleta y esencialmente inequitativa si se la aplicaba para liberar al fabricante de su responsabilidad frente al tercero consumidor [775].

540. *La respuesta de los jueces: responsabilidad objetiva.* Como respuesta a estos llamados de la comunidad universitaria jurídica, los jueces comenzaron a introducir en sus decisiones algunas tesis que planteaban la responsabilidad extracontractual objetiva.

Una de las Ejecutorias más influyentes en tal sentido fue la de la Corte Suprema de California en 1944, recaida en el juicio seguido por Escola con Coca Cola Bottling Co., en la que el Vocal Roger TRAYNOR desarrolló las bases de la responsabilidad objetiva por daños de productos (*strict product liability*) a través de un voto singular [776]. Y el giro definitivo en tal sentido fue en 1963 cuando el mismo Vocal TRAYNOR, esta vez como ponente y hablando en nombre de la Corte en pleno, logró que por primera vez el Poder Judicial aceptara el principio de la responsabilidad extracon-

775. Andrew C. SPACONE: *Op. cit.*, p. 21.

776. *Escola v. Coca Cola Bottling Co.* 24 Cal. 2d. 453, 150 P. 2d. 436 (1944).

tractual objetiva para estos casos como fundamento de una sentencia, en el juicio seguido por Greenman contra Yuba Power Co. [777].

541. *El Torts Restatenent de 1965.* La campaña de los profesores de Derecho, unida a la aceptación del principio por la corte Suprema de California llevó al Decano PROSSER en 1965 —quien ya se había pronunciado abiertamente en favor de la responsabilidad objetiva en 1941 [778]— a incluir, como ponente del *Second Torts Restatement* preparado por el American Law Institute, la regla de la responsabilidad objetiva en el caso de productos cuyo defecto sea "peligroso, más allá de lo razonable" [779].

Indudablemente, éste era un hito muy importante en la historia de la responsabilidad por productos defectuosos porque, por primera vez, se otorgaba carta de ciudadanía jurídica a la responsabilidad extracontractual por daños producidos por productos defectuosos; y esto dentro de la regla de la responsabilidad objetiva o estricta.

542. *Los movimientos de defensa del consumidor.* Durante esa década del 60 surgen además los movimientos de defensa de los derechos del consumidor, que utilizan la responsabilidad extracontractual como instrumento de protección contra los abusos de los fabricantes.

Esta es la época de Ralph NADER y su famoso pleito contra General Motors. En noviembre de 1965, NADER publica su libro *Unsafe at any speed* en el que sostiene que los automóviles son diseñados sin tener en cuenta la protección física de sus ocupantes, lo que producía 45,000 muertes anuales en la carretera y más de un millón de heridos. Por eso, concluía, "Un gran problema de la vida contemporánea es como controlar el poder de los intereses económicos que no toman en cuenta los efectos dañinos de su ciencia aplicada y de su tecnología". En particular, NADER centró su ataque en los modelos 1960 a 1963 del automóvil Corvair producido por General Motors, al que consideró un vehículo mortal. Esta campaña, después de múltiples y variados incidentes [780], fue ganada por NADER y en 1969 Gene-

---

777. *Greenman v. Yuba Power Co.* 59 Cal. 2d. 57,377 P. 2d. 897, Cal Rptr.

778. Andrew C. SPACONE: *Op. cit.*, p.21.

779. Gary T. SCHWARTZ: *Foreword: Understanding Products Liability.* 67 California Law Review 438 (1979).

780. Vid. Thomas WHITESIDE: *The Investigation of Raplh Nader, General Motors vs. One Determined Man.* Pocket. New York, 1972.

ral Motors tuvo que recoger más de dos millones de automóviles ya vendidos para hacerles algunas correcciones de diseño.

En razón de este escándalo, el público norteamericano quedó sensibilizado a la idea de que cualquiera podía ser víctima de un daño grave si no se adoptaban medidas legales para controlar y responsabilizar la producción masiva. Por otra parte, el mismo Ralph NADER decide extender su cruzada y promueve una nueva forma de activismo estudiantil —basado en la organización de *Public Interest Research Groups* (PIRGS)— que se propone fundamentalmente usar el derecho para defender al público contra los abusos de partes contratantes que han devenido omnímodas como consecuencia de la economía de masas [781]. Una de las armas legales más utilizadas en tal sentido era la responsabilidad extracontractual, que pronto fue asumida también por los ecologistas para desarrollar una verdadera "guerrilla" judicial en pro del público en general y del medio ambiente.

543. *El simple defecto.* En 1972 se produce otro hito importante en la historia norteamericana de la responsabilidad derivada de daños causados por productos.

Nuevamente la Corte Suprema de California marca un paso más en la evolución de esta responsabilidad. Es así como, en un juicio seguido por Cronin contra J.B.E. Olson Corp. [782], modifica dos criterios fundamentales para la aplicación de esta responsabilidad. En primer lugar, se abandona el principio de que el fabricante responde por los daños que cause el producto siempre que éste hubiere sido usado para los fines que dieron lugar a su fabricación; en adelante, basta que el producto haya sido usado en forma que razonablemente podía ser prevista por el fabricante, aunque no fuera su uso propio, para que el fabricante sea responsable por los daños que cause. En segundo lugar, se abandona también la exigencia de que el defecto del producto sea "peligroso más allá de lo razonable" (*unreasonably dangerous defect*) para basar la responsabilidad en la simple existencia de un defecto.

A partir de entonces, la responsabilidad por daños causados por productos se ha regido por el principio de responsabilidad objetiva. Algunas

---

781. Vid Ralph NADER y Donald ROSS: *Action for a change. A Student's Manual for Public Interest Organizing.* Grossman Publishers. New York, 1971.

782. *Cronin v. J:B:E Olson Corp,* 8 Cal. 3d 121, 501 P. 2d 1153, 104 Cal Rptr. 433 (1972).

Ejecutorias han precisado la definición de "defecto" y han invertido dramáticamente la carga de la prueba: si el demandante prueba que el diseño del producto le causó el daño, corresponde al fabricante probar que ese diseño no era dañino en sí mismo o que no existe otra alternativa tecnología posible [783]. Otras han establecido las bases de un equilibrio justo entre industriales y consumidores precisando que los primeros responden en menor proporción cuando, aun existiendo un defecto en el producto, se comprueba que la conducta no razonable de la víctima contribuyó decisivamente a la producción del daño [784].

544. *Los nuevos vientos.* Sin embargo, la evolución no ha terminado y soplan vientos en todas direcciones que pretenden orientar la futura responsabilidad por daños de productos.

545. *Los vientos conservadores.* De un lado, hay quienes quisieran regresar a la antigua responsabilidad por culpa.

En este sentido el Senador Robert KASTEN, por Wisconsin, aparentemente preocupado por los efectos que la tendencia dominante de la jurisprudencia norteamericana puede tener sobre la industria de ese país y sobre la imagen de sus productos tanto en Estados Unidos como en el exterior, ha presentado un proyecto de ley de orientación conservadora [785]. La propuesta persigue regresar al criterio de "peligro más allá de lo razonable" —que había sido eliminado por *Cronin v. J.B.E Olson Corp.*— y atribuye este carácter sólo a los efectos de diseño cuyo peligro "el fabricante conocía de antemano o que, a través del ejercicio razonable, debía haber conocido o que una persona razonable en circunstancias similares no habrá manufacturado tal producto o usado tal diseño" [786].

El proyecto ha sido duramente criticado por quienes continuan la tradición norteamericana de la responsabilidad objetiva en los casos de daños causados por productos. Así algunos han sostenido que el proyecto no beneficia a nadie porque los fabricantes tampoco verán mejorada su situación

---

783. Vid *Barker v. Lull Engineering Co.* 20 Cal. 3d 413, 573 P. 2d 443, 143 Cal. Rptr. 225.

784. *Daly v. General Motors Corp.* 20 Cal. 3d 725, 575 P. 2d 1162, 144 Cal. Rptr. 380 (1978).

785. *Senate 100*, 3 de Enero de 1985.

786. *Loc. cit.* Sección 5.

con un texto legal que inevitablemente deja espacio para muchas ambigüedades: "Elegantes definiciones no pueden definir lo que es indefinible en la práctica" [787]. Asimismo, se arguye que, sin dejar beneficio para nadie, se altera en cambio el balance de poderes entre el Gobierno Federal y los Estados, al imponerse una ley nacional (federal) sobre esta materia [788]. Otros sostienen que el proyecto de ley usurpa el campo que tradicionalmente ha pertenecido a los Tribunales (*common law*) [789].

546. *Los vientos radicales.* Pero por otro lado, algunas Cortes y algunos juristas con una versión radical de la responsabilidad objetiva y pretenden convencer de su efectividad al medio jurídico norteamericano.

Esta posición sostiene que la actual responsabilidad objetiva no lo es tanto, porque exige la probanza del defecto (o, cuando menos, permite liberar al fabricante si prueba que no hay defecto). Esto da lugar a una intensa actividad litigosa que prolonga durante meses y quizá años el pago de indemnización a la víctima: todos los fabricantes sostienen que sus productos no tiene defectos, y, aun cuando la carga de la prueba en algunos Estados (como California) incumbe al fabricante, la víctima se encuentra obligada a gastar sumas enormes en peritajes, análisis, etc. destinados a contrarrestar técnicamente las pretendidas pruebas de descargo del fabricante demandado. En cambio, afirman, que existe la posibilidad de avanzar hacia una "genuina" responsabilidad objetiva según la cual los fabricantes serían responsables automáticamente por todos los accidentes que causen o sean ocasionados por el uso de sus productos.

Este planteamiento no es tan absurdo como parece a primera vista, sino que simplemente se inspira en una filosofía jurídica y económica distinta (más capitalista de la que estamos acostumbrados en nuestros países de "medio-capitalismo").

Como señala SCHWARTZ, en principio se trata de una postura análoga a la de la responsabilidad por accidentes de trabajo en el Derecho norteamericano, donde el empleador responde por los daños independiente-

---

787. Zigurds L: ZILE: *Kasten's product liatility bill is of benefit of nobody.* The Capital Times, Other Voices, Madison, Wisc., 15 de Mayo de 1985.

788. *Loc. cit.*

789. Andrew S. SPACONE: *Op. cit.*, p. 37, nota.

mente de culpa o defecto alguno de su actividad o en las máquinas de su propiedad que son la causa del daño [790]. En esta forma, una "genuina" responsabilidad objetiva permitirá el resarcimiento de la víctima sin dilaciones, promoverá la adopción de las mayores seguridades por los fabricantes (efecto *deterrence*) y, aquellos daños que sean inevitables, serán diluidos entre la sociedad a través del sistema de precios. En el fondo, esta responsabilidad ultraobjetiva juega un papel de seguro generalizado de accidentes sin caer en la estatización, sino aprovechando los mecanismos del mercado.

Hay ya algunos intentos de aplicar esta responsabilidad objetiva absolutamente estricta. Recientemente, una Corte norteamericana ha establecido la responsabilidad del fabricante de una marca de revólveres por el asalto sufrido por una pareja con la ayuda de una de las armas que esa firma fabrica [790bis]. Aparentemente, se trata de revólveres que no tienen mayor valor defensivo ni tienen una puntería adecuada, sino que parecieran haber sido diseñados para su utilización a muy corta distancia: el uso fundamental de un revólver con esas características sería el del asaltante que, a la salida del teatro, coloca el arma en el costado de un espectador, sin que los demás puedan advertirlo dada la cercanía, y le exige la entrega discreta de sus valores. Es por ello que este revólver es conocido humorísticamente como el *Saturday Night Especial*, porque es un revólver fabricado para emplearse el sábado en la noche, a la salida del teatro. Los partidarios de la teoría de la responsabilidad objetiva "genuina" han aplaudido esta decisión judicial porque consideran que la obligación de pagar una indemnización a las víctimas de asaltos desalentará al fabricante para seguir produciendo tales revólveres, en la medida en que su principal utilización sean los asaltos.

Sin embargo, a pesar de que el autor de este trabajo es partidario de la responsabilidad objetiva (como sustituto *second best* para la distribución social del daño, en los casos de accidentes) y de la utilización de los mecanismos de mercado para diluir socialmente el peso económico de los daños de accidentes, debemos reconocer que esta extensión de las funciones de la responsabilidad extracontractual parece excesiva y sobresimplificada. Un método tan *grosso modo* de repartición de los riesgos del vivir en común desco-

---

790. Gary T. SCHWARTZ: *Op. cit.*, pp. 441-2.

790bis. *Olen J. Kelley et vx. v. R. G. Industries, Inc. et. al.* 497 A2d 1143 (Md. 1985).

noce las sutilezas y complejidades de la vida real y no permite hacer distingos aparentemente indispensables. Dentro de ese orden de ideas, la firma Toyota sería responsable por los daños causados por todos los automóviles Toyota que circulan por el mundo; el fabricante de martillos sería responsable por los daños derivados del crimen cometido mediante un golpe en la cabeza con uno de tales martillos. Este no es el caso todavía de la decisión sobre el *Saturday Night Special* donde pareciera haber influido una cierta presunción de que el fabricante había concebido tales revólveres para un uso delictivo y, en consecuencia, aunque no hay un "defecto" del producto, quizá podría hablarse de una cierta "culpa" del fabricante. Pero quienes sostienen la tesis de la "genuina" responsabilidad objetiva en materia de daños causados por productos, van indudablemente más lejos y pretenden en buen cuenta que todo accidente sea reparado por las empresas productoras, a fin de que incorporen el costo social de los accidentes dentro del precio que la sociedad paga, con absoluta independencia de la culpa o de un "defecto" del producto.

Nos parece que, a pesar de las ventajas señaladas por los defensores de esta teoría, su aplicación resulta desconcertante desde la perspectiva económica e incluso desde la del sentido común (que indudablemente no es uniforme ni común, por lo que puede modificarse con los cambios culturales y sociales). Por ello, aun cuando tal teoría merece una atención seria y una reflexión desprejuiciada, no puede por el momento considerarse como una propuesta válida dentro de las actuales circunstancias.

Sin embargo, esta teoría puede conducir a la determinación de ciertas categorías de bienes que son en sí mismos dañinos y respecto de los cuales no es necesario probar un "defecto": el caso de los revólveres *Saturday Night Special*. En ese caso, no se plantea que todos los bienes acarreen responsabilidad por los daños que pudieran producirse mediante su utilización, sino que ciertos bienes (categorizables mediante la jurisprudencia) tienen un "defecto" implícito (que no requiere demostrarse en cada caso) que genera una responsabilidad de su fabricante y/o su comerciante. Esta tesis de una responsabilidad "genuinamente" estricta por tipos de bienes previamente determinados en las primeras ejecutorias, es perfectamente viable dentro de nuestro Código, porque se trataría simplemente de definir productos que son en sí mismos peligrosos (art. 1970).

Sección III: La jurisprudencia peruana del Código de 1936

547. *Desidia para litigar.* Lamentablemente, la jurisprudencia peruana en esta materia no es muy rica.

Las víctimas de daños ocasionados por productos defectuosos han sido judicialmente más perezosas que las víctimas de accidentes de automóviles y no han provocado muchos casos sobre la materia. Ignoramos la razón de esta desidia especializada; pero, en todo caso, no pensamos que los productos que se consumen en el Perú sean tan extraordinariamente bien manufacturados que no den lugar a daños. Lo más probable es que aún no se haya desarrollado la conciencia cívica de que los problemas derivados de un producto defectuoso son daños reparables. Consecuentemente, las víctimas no acuden donde un abogado para que las ayude a reclamar una indemnización; y es posible que los propios abogados no consideren este tipo de situaciones como plenamente juridizables, por lo que tienden a desalentar en sus clientes la intención de interponer demandas de este tipo.

Por una razón o por otra, los casos son raros y ello ha dado como resultado que los jueces peruanos no hayan tenido que plantearse la variedad de problemas de interpretación y de construcción jurídica derivados de los productos defectuosos, como sucede con los jueces norteamericanos. Aun cuando los diferentes tipos de defectos y sus consecuencias hubieran podido ser alegados y discutidos dentro del marco del artículo 1136 del antiguo Código, poco es lo que se ha avanzado jurisprudencialmente. Reseñaremos los pocos casos judiciales sobre lo que hemos obtenido alguna información.

548. *Los casos judiciales publicados.* En 1945, don Pedro Clavel demanda a Química Bayer S.A. para el pago de una indemnización "por la muerte de una hija, a consecuencia de un error en la confección de una droga", según señala el Fiscal supremo, doctor PALACIOS. La situación debió ser grave porque la sentencia de Primera Instancia le otorga una indemnización de S/. 100,000.

Desafortunadamente, no nos ha sido posible ubicar el expediente a fin de aclarar las circunstancias en que se produjo el daño y el resultado de la acción judicial, pues la *Revista de Jurisprudencia Peruana* no publicó la Ejecutoria Suprema sobre el fondo del asunto sino solamente la relativa a un auto. En efecto, Química Bayer S.A. era una empresa alemana y, como tal, se encontraba afecta a las disposiciones especiales *ratione belli* de la

Conferencia de Río de Janeiro que fueron materia en el Perú de las leyes 9586 y 9592, de acuerdo a las cuales se establecía la intervención, administración, depósito y expropiación de los bienes de personas de nacionalidad enemiga. El demandante había seguido el juicio directamente contra Química Bayer S.A., la que se encontraba administrada por la Superintendencia de Economía por tratarse de una firma que representaba intereses comerciales del Eje. Establecida en la sentencia la responsabilidad de la empresa, el Procurador General de la República sale a juicio deduciendo la nulidad de todo lo actuado porque no se le había notificado con la demanda a pesar de que la empresa estaba administrada por el Estado. El Juez declara sin lugar tal nulidad, la Corte Superior confirma el auto del Juez, el Fiscal Supremo opina que no hay nulidad, pero la Corte Suprema declara haber nulidad porque, dado que la empresa había sido expropiada, se estaba litigando sobre bienes del Estado y éste debía ser defendido por el Procurador; además y con una línea de argumentación aparentemente contradictoria con la anterior. la Corte sostiene que la ley 10306 ha otorgado un derecho preferencial al Estado sobre los bienes de las empresas afectadas para indemnizarse de los perjuicios que haya sufrido el país por razón de la Guerra Mundial de 1939-45, por lo que el Procurador debió intervenir en el juicio para cautelar los intereses del Estado. Por tales razones, declara nulo todo lo actuado y ordena que se reinicie el juicio notificándose con la demanda al Procurador [791]. Como antes se ha dicho, la *Revista de Jurisprudencia Peruana* no ha publicado la Ejecutoria que finalmente puso término a este juicio.

Un caso interesante es el protagonizado por el menor Oscar Arrunátegui Lara quien el 14 de marzo de 1952 fue a comprar sulfato de soda para usarlo como purgante, en la Botica de Cinco Esquinas. Sin embargo, el dependiente de la Botica se equivocó y le entregó ácido oxálico, lo que ocasionó la muerte del menor. La madre, doña Esperanza Lara vda. de Arrunátegui interpuso demanda de daños y perjuicios contra don Benjamín Zignago Ormeño, propietario de la Botica. Aun cuando el demandado sostuvo que su empleado se limitó a vender ácido oxálico y que el error había sido del menor fallecido o de la madre que se lo administró como purgante, el Juez declaró fundada en parte la demanda y ordenó el pago de S/. 15,000 como reparación por los daños materiales y morales sufridos por la madre demandante. La Corte Superior redujo la indemnización a S/. 10,000 y la Corte Suprema, por Ejecutoria de 19 de abril de 1956, declaró no haber nu-

791. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Marzo-Abril de 1946. Nos. 26-27, pp. 194-196.

lidad; con lo que quedó establecido la responsabilidad del propietario de la Botica [792].

Aparentemente, el defecto de este producto no estuvo en su fabricación misma sino en el hecho de corresponder a lo solicitado y de haber sido vendido bajo diferente etiqueta o nombre. El ácido oxálico había sido preparado en la forma normal; no había, pues, un defecto en el producto en sí. Pero fue presentado por el vendedor como si fuera el purgante sulfato de soda. En la siguiente sección analizaremos la forma como se configura esta categoría de situaciones de responsabilidad por productos, que podríamos calificar como defecto de avisaje o de presentación.

Similar al caso anterior pero aún más interesante por la diversidad de demandados es la acción judicial interpuesta por doña Leonor Fajardo viuda de Cahuas contra los Laboratorios Socolán S.A., la Agencia de Transportes Fosca y don Eusebio Ascazuso, propietario de la Botica "El Pueblo" de la ciudad de Huaral. La demandante compró el 30 de setiembre de 1950 en la Botica "El Pueblo" una dosis de sulfato de magnesia para administrarla como purgante a su hija Alicia Cahuas Fajardo. El día siguiente, le dio el producto a la niña, la que murió en pocos minutos. Efectuadas las investigaciones, se comprobó que la Botica no le había entregado sulfato de magnesia sino ácido oxálico. El trágico error estaba basado en varios precedentes de otras personas. En efecto, una semana antes la firma J. Ludowieg y Compañía S.A., con domicilio en Lima, entregó a la Agencia de Transportes Fosca una bolsa de papel conteniendo 50 kgs. de sulfato de magnesia, para que fuera enviada a la Botica "El Pueblo" de Huaral. Dos días después, los Laboratorios Socolán S.A entregaron a la misma Agencia, entre otros productos químicos, una bolsa de 50 kgs. de ácido oxálico; este ácido estaba destinado a la Curtiembre de Tang Chávez de Huacho. La negligencia de un empleado de la Agencia de Transportes hizo que se entregara la bolsa de ácido oxálico a la Botica, la que procedió a venderlo como magnesia en pequeños paquetes. La sentencia de vista establece que los tres demandados son responsables solidarios. Laboratorios Socolán S.A por falta de previsión al omitir indicar que el contenido de la bolsa que remitió era veneno, como lo obliga además el Reglamento de Farmacias; la Agencia de Transportes por entregar equivocadamente las bolsas; y la Botica por falta de precaución al recibir una bolsa con la anotación "ácido" y vender su contenido como

792. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1956. No. 150, pp. 941-943.

sulfato de magnesia. El Fiscal GARCIA ARRESE comparte esta opinión y se pronuncia por la no nulidad de la sentencia. Sin embargo, la Corte Suprema, en Ejecutoria de 16 de setiembre de 1953, exonera de responsabilidad a Laboratorios Socolán aduciendo que el simple envío de una bolsa no la hace causante del daño, en cambio, mantiene la responsabilidad solidaria de la Agencia de Transportes y la Botica[793].

Como puede apreciarse, la Corte orienta su pronunciamiento sobre la base de la responsabilidad por culpa y trata de encontrar una negligencia o error culpable en cada responsable. Sin embargo, presume —y casi podríamos afirmar que con carácter *iuris et de iure*— que hubo negligencia en el error de la Botica y en el de la Agencia de Transportes; por lo que, habiéndose probado el error y el daño, el caso queda convertido en uno de responsabilidad *prima facie*. Es poco probable que la Corte hubiera liberado de responsabilidad a la Botica, aun cuando su propietario hubiera probado que los laboratorios acostumbran enviar las bolsas sin mayores indicaciones, que el sulfato de magnesia es muy semejante al ácido oxálico y que la botica carece de medios y técnicas para verificar la diferencia. Por consiguiente, debemos pensar que la prueba de la liberación de la culpa hubiera tenido que ser muy rigurosa; lo que constituye una de las vías de objetivar la responsabilidad. Sin embargo, aun dentro de las premisas de culpa, llama la atención que el laboratorio haya sido liberado de responsabilidad a pesar de que la indicación de la bolsa era insuficiente e incluso no cumplía con una disposición reglamentaria.

El caso más complejo que conocemos es el que fue materia de la acción judicial planteada por don Luis Dibós Cauvi, doña María Amelia Dibós Cauvi, doña Blanca Susana Dibós Cauvi de del Solar, doña María Luzmila Dibós Cauvi de Miranda, doña María Lucila Dibós Cauvi de Moore, doña Guillermina Dibós Cauvi y doña María Nelly Dibós Cauvi de Castro, todos ellos propietarios del establo San Isidro, contra la firma Casablanca S.A.

Los hechos fueron los siguientes. Con fecha 1° y 2 de junio de 1956, el Establo San Isidro, de propiedad de la familia Dibós Cauvi, adquirió por compra a la firma Casablanca S.A. la cantidad de 14,342 kilos de hojas de camote para forraje de su ganado lechero. Es importante señalar que la ven-

793. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1953. No. 117, pp. 1238-1240.

dedora conocía que las hojas de camote serían utilizadas como forraje por la compradora. La operación fue concertada con el señor Gonzalo Parodi, Administrador del fundo que la firma demandada tenía en el valle de Cañete y donde se habían producido dichas hojas de camote. Luego de consumidas las primeras raciones de ese forraje, el mismo día 2 de junio se notaron síntomas de intoxicación en los animales de propiedad del establo San Isidro. Efectuados los diagnósticos, averiguaciones y análisis, se llegó a la conclusión de que la intoxicación del ganado lechero tenía su origen en el forraje que se encontraba contaminado. En efecto, pudo acreditarse que las hojas de camote provenían del campo de "Media Luna No. 10" que había sido severamente atacado por el Gusano de Hoja. Para combatir esta plaga, la Hacienda Casablanca había administrado a dicho campo hasta 6 aplicaciones de arseniato de calcio. Es este insecticida que permaneció en las hojas y dio lugar a la muerte del ganado lechero que ingirió el forraje. A pesar de los cuidados veterinarios realizados por el Establo San Isidro, la intoxicación afectó a 188 vacas, de las cuales murieron 90 y una ternera. En razón de ello, dicho Establo demandó el pago del valor del ganado muerto, más una indemnización por lucro cesante por el paro de ordeño durante 28 días y el reembolso del valor de las medicinas administradas, todo lo cual totalizaba un monto demandado de S/. 1'277,453.90.

La firma demandada asumió varias líneas de defensa. De un lado sostuvo que la aplicación de arseniato era una práctica habitual y que este insecticida se descompone naturalmente con el tiempo y pierde su toxicidad, por lo que el daño no podía haber sido causado directamente por el insecticida; y que, en cualquier caso, no existía negligencia alguna de su parte. De otro lado arguyó que, aun en el negado caso de que el arseniato fuera responsable de la intoxicación, el Establo —en este caso, la víctima— había contribuido a causar y acrecentar el daño por no haber aplicado el tratamiento veterinario adecuado a las vacas enfermas. Por último, sostuvo que la acción era en realidad una por vicio oculto y que, consiguientemente, había prescrito por haberse interpuesto después de vencidos los seis meses establecidos por los artículos 1358 y 1359 del Código Civil (de 1936).

Las tres sentencias —Primera Instancia, Corte Superior y Corte Suprema— son concordantes en el tratamiento jurídico del caso, declarando todas ellas que la demanda es fundada. La única variación entre ellas se refiere al monto de la suma que la firma demandada debe pagar: el Juez, doctor Artemio ALVAREZ BENAVIDES, fija la indemnización en S/.

1'235,201 [794]; la Corte Superior rebaja ese monto a S/. 1'000,000 aduciendo que la prueba pericial se ha actuado en forma subjetiva y que "el monto de la indemnización debe fijarse con criterio racional", pero sin explicitar las razones objetivas que sustentan la nueva cifra [795]; y la corte Suprema objeta la valorización efectuada por el informe pericial del Contador Público Humberto Schenone Olcese sostiene que la apreciación debe efectuarse tomando en cuenta la valorización oficial de la Dirección de ganadería del Ministerio de Agricultura y fija la indemnización en S/. 750,000 [796].

El Juez rechazó la pretendida conceptualización de responsabilidad contractual (vicio oculto) que intentó la demanda considerando que "la presente acción no constituye una acción redhibitoria para deshacer un contrato por razón de vicios ocultos, pues se ha demandado la reparación o indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la comisión de un acto ilícito". Por otra parte, sostiene que la responsabilidad extracontractual está fundada en que la firma demandada "incurrió en grave imprudencia y descuido al vender el forraje (arseniatado) para el consumo de ganado lechero" y agrega "que este descuido e imprudencia son inexcusables en el caso de la firma demandada que se dedica a actividades agrícolas...y, por consiguiente, estaba en aptitud de prever los peligros de contaminación del forraje por los efectos de seis aplicaciones de arseniato de calcio". Sin embargo, después de haber planteado la responsabilidad en términos de culpa, a renglón seguido declara —y es muy importante esta declaración—que el artículo 1136 (del antiguo Código) establece "la responsabilidad objetiva que es inherente a toda actividad o empresa que necesariamente supone ciertos y determinados riesgos". El argumento esgrimido por la demandada sobre la contribución de la víctima al daño por haberle aplicado un tratamiento veterinario inadecuado a los animales se encontró apoyado por la opinión del perito Médico Veterinario, Dr. Saldaña nombrado por el Juzgado, quien sostuvo que no se administró oportunamente a las reses la droga Bal, que hubiera sido necesaria. Sin embargo, el Juez rechazó este planetamiento porque se comprobó que tal droga no existía en el país y ni siquiera estaba inscrita en

---

794. Sentencia de 3 de Octubre de 1959, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1964. No. 242, pp. 318-322.

795. Sentencia de la Corte Superior de 19 de Noviembre de 1960, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1964. No. 242, p. 323.

796. Ejecutoria Suprema de 20 de Noviembre de 1963, *Revista de jurisprudencia Peruana*, año de 1964. No. 242, pp. 326-327.

el registro de Especialidades Farmacéuticas para Uso Veterinario del Ministerio de Salud.

El razonamiento del Juez fue acogido por las dos instancias superiores y por el Fiscal Supremo, doctor L. FEBRES. La única opinión discordante fue la del Vocal Supremo GARMENDIA quien, en un voto singular, se pronuncia porque se declare infundada la demanda aduciendo que el empleado de la demandada explicó a los compradores que las hojas de camote habían sido arseniatadas y que, aunque también sostuvo que los efectos del arseniato no duran más de 60 días, este hecho es científicamente correcto e incluso se había demostrado que las aplicaciones de arseniato se efectuaron más de 100 días antes de la venta. También insiste en que el tratamiento que se dio a los animales por la demandante no fue adecuado. De esta manera, el doctor GARMENDIA negaba el vínculo de causalidad adecuada entre la aplicación del arseniato y el daño y planteaba una contribución de la víctima al daño. Sin embargo, estas dos argumentaciones parecen contradictorias: si el arseniato no fue causa de la intoxicación, ¿por qué se enfermaron los animales?; y si fueron intoxicados por circunstancias ajenas a la demanda, ¿cómo podría sostenerse que la víctima contribuyó a un daño que no le fue causado?

Hemos encontrado también un caso de responsabilidad extracontractual por defecto de diseño, aunque se encuentra de alguna forma contaminado con responsabilidad contractual [796bis].

Don Octavio Seminario tuvo un accidente automovilístico el 2 de junio de 1948 al pasar, conduciendo el camión de su propiedad que se encontraba cargado de mercadería, por el puente Ñacara sobre el río Piura: el puente se dobló y ocasionó la volcadura del camión. En estas circunstancias, el mencionado señor Seminario interpuso una acción judicial por daños y perjuicios contra don Vicente Palacios, constructor de dicho puente: y en el juicio quedó demostrado que la falla del puente se debió a su deficiente construcción. El Fiscal GARCIA ARRESE se pronunció a favor del demandante y la corte suprema, en Ejecutoria de 1o. de octubre de 1952, ordenó que el constructor pagara una indemnización al propietario del camión accidentado [796ter]. Coincidentemente, el demandado estaba además encargado de

---

796bis. Con relación a las dificultades que ofrece la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, *vid infra*, Nos. 655-663.

796ter. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Noviembre de 1952. No. 106, pp. 2962-2963.

la conservación del puente en buen estado y cobraba en compensación la suma de tres soles por el pase de cada vehículo. Esta situación configura una relación contractual entre el propietario del vehículo que pasa y el concesionario del puente. Sin embargo, aun cuando esta circunstancia es mencionada innecesariamente por el Fiscal, el daño no se produce dentro de ese contexto contractual ya que la causa del accidente no es un defecto de conservación sino un defecto de diseño en la construcción misma del puente; hecho que es ajeno a la relación de peaje.

549. *Las grandes líneas de la jurisprudencia.* Los casos reseñados demuestran varios puntos.

En primer lugar, la jurisprudencia peruana no ha tenido problema para involucrar los daños por productos defectuosos dentro de la responsabilidad extracontractual. Y cabe destacar que se ha amparado tal responsabilidad extracontractual aun cuando existía entre las partes un contrato: venta de un producto farmacéutico, venta de forraje.

En segundo lugar, si bien la jurisprudencia parece apoyarse fundamentalmente en la idea de culpa o negligencia, la responsabilidad objetiva por daños ocasionados por productos defectuosos no ha sido ajena a la mente de nuestros jueces durante la aplicación de las reglas del Código de 1936. De un lado, encontramos que, probado el defecto, invierten la carga de la prueba y convierten el caso en uno de culpa *prima facie*, y pensamos que la prueba liberatoria de culpa ha sido apreciada tan rigurosamente que difícilmente era posible exonerarse de la responsabilidad si estaba acreditado el defecto y el daño. De otro lado, la sentencia sobre el caso de forraje contaminado se refiere directamente a una responsabilidad objetiva sin ambages, fundándola en el riesgo de la empresa. Por consiguiente, las Cortes que aplicarán el Código Civil de 1984 podrán con aún mayor dificultad configurar una responsabilidad objetiva por productos defectuosos, dado que ahora existe una regla explícita sobre daños causados con bienes peligrosos, o en el ejercicio de actividades riesgosas.

En tercer lugar, todos los casos reseñados —salvo el último— constituyen ejemplos de defectos por avisaje o presentación inadecuada. En los dos casos de envenenamiento, el ácido oxálico es bueno y está bien fabricado; pero fue presentado como purgante, para lo que resultaba inadecuado o defectuoso. En el caso del forraje, las hojas de camote fueron presentadas

como adecuadas para su consumo por el ganado lechero cuando para ese uso eran inadecuadas debido al arseniato recibido.

Sección IV: Bases para el tratamiento sistemático de este tipo de responsabilidad

550. *Las normas del Código Civil de 1984.* Colocados así en la "atmósfera" de lo que se entiende actualmente por responsabilidad derivada de productos. ¿qué es lo que puede hacerse en el Perú en esta materia, a la luz de las normas del Código Civil de 1984?

Como antes se ha dicho, la Comisión Revisora suprimió el artículo del Proyecto original, pero no necesariamente condenó la idea, simplemente la remitió a la responsabilidad contractual en unos casos y a los principios generales de la responsabilidad extracontractual en otros casos.

Es claro que las posibilidades de utilizar la responsabilidad contractual para amparar a las víctimas de daños causados son muy limitadas en la medida en que respetemos —y no vemos ni la razón ni la forma de no hacerlo— el principio de *res inter alios acta allis praeiudicare non potest.* Este principio parecería que sólo puede ser afectado por ley (como en el caso de la responsabilidad del contratista de seguro, que el artículo 1877 extiende en favor de la víctima), no por decisiones jurisprudenciales. Pero, ¿los principios generales de la responsabilidad extracontractual no nos permiten movernos por este campo aunque no exista una regla expresa?

551. *El Derecho Civil y los ideales democráticos.* Cabe advertir que el asunto es de la mayor importancia porque se encuentra en la base de una verdadera democracia.

No hay democracia sin los medios para que el individuo haga sentir su voz, sin que pueda protestar por lo que considera incorrecto y, si tiene razón, pueda lograr un efecto con su protesta.

Dentro de países de tradición estatista como el nuestro —estatismo de derecha, estatismo de izquierda o estatismo de centro— problemas como los daños causados por productos defectuosos parecen corresponder a la esfera del derecho Administrativo: el ciudadano común y corriente espera que sea el Estado quien intervenga con multas, prohibiciones u otras medidas simi-

lares frente a quien produce bienes defectuosos que crean un riesgo para el consumidor o que simplemente lo engañan sobre las propiedades del producto con fines comerciales. Y también el industrial, el fabricante, prefiere que sea el Estado quien lo controle (porque, en última instancia, siempre hay amigos en el Gobierno) antes que someterse a un control ejercido directamente por el ciudadano común y corriente a través de acciones judiciales que lo incomodan y que pueden escaparse de su control: encuentra que el Estado es más "razonable" que el simple ciudadano a quien se le ha puesto en la mano la espada desenvainada de la justicia.

Pero un país no es verdaderamente democrático sino cuando sus ciudadanos, individualmente o en grupo, son capaces y tienen caminos legales abiertos para *exigir* lo que consideran su derecho. La acción privada ciudadana es un síntoma de salud democrática y de madurez cívica: el ciudadano se siente adulto y reclama por sí mismo, sin tener que sea el papá-Estado —entendido, además, sólo como Poder Ejecutivo— quien castigue al hermano que se portó mal. Dice Ralph NADER: "El nuevo tipo de trabajo es una nueva forma de ciudadanía. La palabra 'ciudadano' tiene una connotación gris y estúpida; lo que no es de comprender si se compara la forma como es tratado en los libros de Educación Cívica y la forma como en la práctica ha sido dejado de lado. Pero el papel del ciudadano es obviamente central en una democracia, y es tiempo de que nos enfrentemos con la carga y con las liberaciones de la ciudadanía" [797].

Esta defensa ciudadana de sus derechos y esta lucha por una vida adecuada, por la vía judicial, es aún más importante en el mundo de hoy en el que, por diversas razones, el Estado se ha convertido en uno de los más importantes productores de bienes y servicios. Por consiguiente, si sólo confiamos en la actividad administrativa del Estado para poner coto a los abusos y a los intereses anti-sociales de algunos fabricantes, ¿quién se encargará de vigilar y garantizar al propio Estado en tanto que fabricante?

Estamos ante una nueva versión del viejo problema: *Quis custodet custodes*? No es necesario ser muy imaginativo para suponer que el Estado, actuando como empresario, no tendrá ninguna simpatía por las medidas de control impuestas por el estado actuando como administrador del bien co-

---

797. Ralph NADER y Donald ROSE: *Action for a change. A Student's Manual for Public Interest Organizing*. Grossman Publishers. New York, 1971, p. 5.

mún. Esta superposición de funciones llevará a un relajamiento de la función de control administrativo argumentando la necesidad de las empresas estatales de abaratar sus costos, de competir con la empresa privada aun a costa de la seguridad de los consumidores, de no recargar el Presupuesto del Gobierno, etc. En ninguna parte el gato ha sido buen despensero, ni el Estado será controlador del propio Estado.

552. *El "seguro social de mercado"*. No parece que nuestro país estuviera preparado para sustituir en la práctica toda la responsabilidad extracontractual por una suerte de "seguro social de mercado" en virtud del cual la responsabilidad civil recaería siempre (salvo dolo o culpa inexcusable) en el fabricante del artículo utilizado en la producción del daño.

Hemos mencionado que en Estados Unidos pugna por salir adelante una tendencia en tal sentido, basada en la responsabilidad estrictamente objetiva (llamada "genuina") del fabricante, sin referencia a la existencia de un defecto. Pensamos que una tal teoría no se ajusta todavía a nuestra realidad socio-económica (donde el sistema de mercado no ha logrado una penetración completa). Tampoco guarda concordancia con la letra del Código, y si se pretendiera insuflar dicha teoría con nuevo espíritu dentro de ese cuerpo normativo, podría ocurrir un colapso jurídico.

Particularmente, debe tenerse en cuenta que la simple existencia o uso de un bien no es suficiente para producir un daño y por tanto, no podría considerarse como la causalidad adecuada prescrita en el artículo 1985. Para que el daño se produzca con ese producto (que no tiene defecto) hace falta la realización de otras acciones más próximas y directas que la de mera fabricación del instrumento del daño; estas últimas son, pues, las que se encuentran propiamente en " una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido". En cambio, si el producto tiene un defecto, ese defecto es precisamente la causa (adecuada) de que se produzca el daño.

553. *El defecto*. Conservamos, entonces, la idea de "defecto" como elemento central para que se configure la responsabilidad del fabricante, y, a partir de ahí, intentaremos delimitar las posibilidades del articulado actual para admitir una acción más decidida y efectiva contra los productos defectuosos.

Es verdad que esta posición implica admitir que las víctimas no podrán obtener fácil y rápidamente una indemnización porque tendrán previamente que probar que existía un defecto en el producto; y ésta es una prueba

difícil y costosa que tiene que ventilarse en un largo juicio. Sin embargo, el remedio a esta situación no parece encontrarse en la eliminación del requisito del defecto sino en la facilitación de vías procesales que permitan agrupar a las víctimas a fin de que compartan el costo de los peritajes y otros gastos judiciales y en aligerar los juicios, como se sugiere más adelante [798].

554. *La catalogación de los defectos.* En primer lugar, debemos levantar un inventario tentativo de lo que puede considerarse como producto defectuoso.

En el Perú no existen todavía suficientes precedentes ya que se ha tratado de un campo judicial particularmente inactivo. Prácticamente, el único tipo de defecto invocado por los demandantes es el de presentación o avisaje. En cambio, la jurisprudencia norteamericana, con una mucho mayor experiencia en la materia, intentó establecer un mapa del área en la Ejecutoria recaida en el juicio seguido por Barker contra Lull Engineering Co. en la corte suprema de California[799]. La clasificación que fue formulada en esa ocasión y que perfectamente puede tener un carácter universal porque se refiere a las características de las cosas y no a la aplicación de un determinado sistema legal, distinguió los productos defectuosos en tres tipos: aquellos con defectos de fabricación, aquellos con defecto de diseño y aquellos con defectos relativos a una inadecuada presentación de sus características y usos.

555. *Defectos de fabricación.* Los productos con defectos de fabricación son aquellos que, siendo su diseño normal y no defectuoso, han sufrido una desviación en su fabricación: el producto no tiene las características *standard* sino que peca por omisión o exceso.

Imaginemos una preparación farmacéutica que contiene un ingrediente que en pequeñas dosis es terapéutico, pero que en grandes dosis es venenoso. Ahora bien, aun cuando la composición del remedio estaba correctamente establecida, en ciertos pomos, por un defecto de fabricación, el fabricante (sus operarios) colocó el ingrediente venenoso en exceso produciendo la muerte de varias personas. Estamos ante un defecto de fabricación.

Otro caso similar es el de la gata hidráulica diseñada adecuadamente para soportar determinado peso; pero que, por razones particulares que inci-

---

798. *Infra*, Parte Tercera, Título III, Capítulo III.

799. *Barker v. Lull Engineering Co.* 20 Cal. 3d 413,573 P. 2d 443,143 Cal. Rptr. 225 (1978).

dieron en la fabricación (por ejemplo, una fuga en el líquido, que vino como defecto de fábrica), una de esas gatas no resultó apta para esa carga, dando lugar a un accidente al desplomarse.

También sería un defecto de fabricación el caso de una bebida embotellada que cause intoxicación a los consumidores debido a que en los tanques de almacenamiento en fábrica cayó un obrero que se ahogó y su cadáver se descompuso dentro del refresco antes de que fuera advertido el accidente.

556. *Defecto de diseño.* Los productos con defecto de diseño son aquellos que fueron *concebidos* inadecuadamente, dando lugar a riesgos innecesarios.

Evidentemente, la presencia de este tipo de defectos es muy difícil de establecer en la práctica.

Hay algunos casos obvios. La Talidomida era un producto orientado en buena parte a las madres gestantes; sin embargo, una investigación química y médica insuficiente antes de su comercialización no permitió advertir que se trataba de un producto capaz de crear graves anormalidades en el feto. Hay aquí un 'defecto de diseño' químico-farmacéutico. Es también sobre esta base que Ralph NADER atacó a la General Motors Co. aduciendo que determinados modelos de Corvair tenían defectos de diseño que generaban un alto riesgo para la integridad corporal y la vida de sus ocupantes.

Pero en otros casos, la situación no es tan evidente. Puede suceder que el diseño riesgoso sea lo más avanzado que puede crear la tecnología: no se conoce la forma de obtener la ventaja del producto sin traer aparejado el riesgo. En este caso, mal podría imputarse a un fabricante la existencia de un defecto de diseño cuando no hay otro posible; todo lo que puede exigírsele es que informe adecuadamente la existencia del riesgo, a fin de evitar incurrir en el tercer tipo de producto defectuoso que mencionaremos a continuación, salvo que la existencia del riesgo sea notoria y de amplio dominio público.

Para ver más clara esta situación, podemos colocar un ejemplo grueso. No cabe duda de que los automóviles son generadores de daño en función de su diseño (masa, velocidad, etc); pero no se conoce otra forma de aprovechar las ventajas de la velocidad sin incurrir en tales riesgos. No pueden, entonces, imputarse al fabricante todos los accidentes automovilísticos, bajo el pretexto de que tiene un defecto de diseño al no haberse eliminado su peligrosidad. Una acción contra el fabricante sólo sería posible si pone en cir-

culación un modelo que no utiliza todos los medios tecnológicos a su alcance para contrarrestar o atenuar el riesgo: por ejemplo, si coloca en el mercado un automóvil que tiene frenos muy débiles en proporción al peso de ese automóvil y a sus capacidades de desarrollar altas velocidades. Sólo en esta hipótesis reencontramos el defecto de diseño. Pero, incluso después de adoptadas todas las precauciones razonables en el diseño, queda un riesgo residual cuya existencia no es posible aún de controlar tecnológicamente; éste no podría ser imputado al fabricante. Para tal caso, nuestro código ha previsto el artículo 1970: si el fabricante ha señalado claramente el peligro o éste es de dominio público, queda liberado de la responsabilidad; pero el usuario responde objetivamente por tratarse de un bien riesgoso o peligroso.

Debe destacarse que la provincia de los productos con defecto de diseño no es claramente demarcable porque, no sólo hay un aspecto técnico que debe ser establecido previamente, sino que además pueden influir otros factores. Es así como los aspectos económicos pueden ser igualmente condicionantes de la decisión de producir un determinado producto. Bien puede suceder que la eliminación de un determinado riesgo de diseño sea tecnológicamente posible; pero que el costo de tal cambio de diseño fuera tan alto que quedaría más allá de las posibilidades económicas de los consumidores. En este caso, si el producto es socialmente importante (es decir, si el producto es necesario o conveniente para la vida en común), tendría que ser fabricado con ese diseño técnicamente inferior pero que económicamente constituye la única alternativa posible.

Por eso, en vez de hablar de factores específicos (tecnológicos, económicos, morales, etc.) es preferible decir que el producto con defecto de diseño es aquél que genera riesgo por no haberse adoptado las precauciones "razonables" en su concepción o diseño. El criterio de razonabilidad es suficientemente abierto como para que el juez tenga que contemplar todas las variables culturales, tecnológicas, económicas, etc., que intervienen en el caso específico. Pero, al mismo tiempo, ese criterio es suficientemente operativo como para que un juez decidido, teniendo en cuenta todos los factores necesarios, resuelva que un determinado producto ha sido diseñado de manera no razonable, con el único objeto de que el fabricante pudiera hacer una mayor ganancia sobre la base de reducir indebidamente los costos de fabricación hasta poner en riesgo la seguridad de los consumidores.

En última instancia, hay siempre que tomarle el peso a la ventaja de contar con el producto y a las desventajas y riesgos del mismo; y decidir en

favor de lo que sea más significativo. Sin embargo, esta significación no puede ser entendida desde el punto de vista individual y subjetivo del fabricante (para quien puede ser lucrativamente "razonable" no aumentar el costo con un diseño tecnológicamente más avanzado y más seguro) o del consumidor (quien puede ser suficientemente irresponsable como para considerar "razonable" ahorrar a costa de su seguridad y/o —lo que es peor— de la seguridad de terceros), sino desde el punto de vista de la sociedad. Así, si un determinado insecticida es la única alternativa económicamente razonable para un país en vías de desarrollo con el objeto de combatir el paludismo, no se puede responsabilizar al fabricante por los daños que inevitablemente tal producto cause a ciertos sembríos. Pero si en un país en vías de desarrollo se vende un producto con riesgo de diseño cuya comercialización está prohibida en su país de origen únicamente porque se quiere hacer negocio explotando la tendencia natural del consumidor de un país pobre para comprar lo que sea más barato aun cuando hubiera podido adquirir algo más seguro, en ese caso el defecto de diseño vuelve a adquirir relevancia.

En este campo, los jueces peruanos tendrán por delante una delicada función de evaluación, como sucede con los jueces norteamericanos. Y su labor al decidir casos de responsabilidad extracontractual no será facilitada por los reglamentos existentes que regulan la comercialización de productos; porque podría suceder que la entidad administrativa correspondiente autorice la venta de un producto con riesgo de diseño, pero ello no exonera de responsabilidad civil al fabricante si el riesgo involucrado en el producto se cumple y causa daño.

557. *Defecto de advertencia.* El tercer grupo de productos defectuosos es el que corresponde a los artículos que resultan peligrosos por defecto de advertencia por el fabricante sobre la manera razonable de usarlos o sobre su riesgo implícito (suponiendo, en este último caso, que sus ventajas sociales sean superiores a la desventaja social de la existencia del riesgo y, por tanto, no estén incluidos en el grupo de defectos de diseño).

La falta de correspondencia entre lo que el fabricante dice que un productor es y lo que realmente es, puede ser en algunos casos un "defecto" del producto capaz de dar lugar a la producción de daños por usos indebidos pero acordes con las expectativas abiertas por el fabricante.

Sí, por ejemplo, un fabricante anuncia que sus gatas hidráulicas soportan dos toneladas pero se comprueba que tales gatas sólo soportan una tone-

lada (sin necesidad de que exista defecto de fabricación ni de diseño) ese fabricante sería responsable por los accidentes que causen tales gatas al ser usadas para cargas superiores a una tonelada e inferiores a dos. Es interesante señalar que aquí no hay defecto de fabricación: las gatas han salido al mercado con las características *standard* previstas; la gata del accidente no es una desviación del patrón de producción. Tampoco hay un defecto de diseño: la gata estaba bien diseñada para la carga originalmente prevista. Todo lo que hay es un defecto de avisaje: fue presentada como capaz de hacer más de aquello para lo que había sido diseñada y fabricada.

Dentro de este grupo de productos defectuosos por defecto de presentación al público se encuentran también, por ejemplo, las preparaciones medicinales cuyas contraindicaciones no han sido señaladas en los folletos respectivos; o los artículos peligrosos (pero cuya producción y comercialización es socialmente conveniente) respecto de los cuales el fabricante no ha advertido de manera clara y expresa la existencia del riesgo o peligro. También están dentro de este grupo aquellos productos cuyas instrucciones de uso son manifiestamente equivocadas o insuficientes, llevando al consumidor a usarlos de manera que podría ser considerada razonable si no se cuenta con la información correspondiente, pero que en realidad es riesgosa.

La jurisprudencia peruana que hemos reseñado, nos muestra varios elementos importantes en este tipo de defectos. En primer lugar, la presentación defectuosa del producto al público no requiere haber sido hecha por escrito ni estar expresada de manera más o menos formal: puede ser oral y consistir simplemente entre la conversación entre el vendedor y el comprador. Habrá indudablemente en estos casos una dificultad de probanza; pero ello no altera la naturaleza de la situación jurídica. En segundo lugar, la presentación defectuosa no requiere haber estado motivada en un deseo del fabricante de vender a toda costa el producto: puede no haber habido engaño ni exageración intencional sobre las cualidades del producto; hubo un simple error respecto de lo que era el producto vendido. Por consiguiente, la responsabilidad extracontractual se configura sin necesidad de que haya mediado conciencia en el fabricante: si pensamos que todo producto mal presentado (con defecto de advertencia) es peligroso, se aplica el artículo 1970 del Código Civil y el fabricante no se libera probando ausencia de culpa sino únicamente si demuestra una de las fracturas causales contenidas en el artículo 1972.

558. *La intención dañina del producto.* Todavía habría que agregar el "defecto" resultante de una intención dañina del producto.

Este sería el caso de los productos que se fabrican y venden para causar daño, situación en la que probablemente existe una culpa criminal pero además una responsabilidad extracontractual. El ejemplo más claro sería el del boticario que prepara un veneno para que sea utilizado criminalmente por un cliente: el producto es "defectuoso" porque es fabricado para una actividad dañina...aunque el veneno sea muy eficiente y "libre de defectos" en relación con el propósito de matar a alguien. Por consiguiente, aquí el defecto no se califica por una inadecuación del producto a su finalidad intrínseca, sino por el hecho de que ese producto tiene una orientación de causar daño.

De alguna manera, ésta parece ser también la situación del revólver denominado *Saturday Night Special*, al que antes nos hemos referido, que es fabricado con características que evidentemente demuestran que está destinado a un comprador criminal. Eventualmente, podría ser también la situación de quien recarga clandestinamente casquillos para vender las municiones a los asaltantes o del comerciante que vende a sabiendas armas o municiones a delincuentes.

559. *Los productos defectuosos y la responsabilidad extracontractual.* ¿Existe alguna forma de que la víctima de un producto defectuoso —calificado de acuerdo a las categorías antes descritas— pueda reclamar una indemnización contra el fabricante aun cuando haya adquirido el producto de un tercero? En otras palabras, sin perjuicio de la responsabilidad *contractual* que puede exigirle al fabricante aquél que compró directamente el producto a éste, ¿es posible dentro del sistema del Código Civil peruano de 1984 instaurar también una acción contra el fabricante por responsabilidad *extracontractual*?

Creemos que la respuesta debe ser afirmativa: hay una relación de causalidad adecuada entre el defecto y el daño causado por tal defecto; luego procede la responsabilidad extracontractual.

560. *¿Culpa o riesgo?* Pero, ¿sobre qué artículo del Código se basa tal responsabilidad? No existiendo ningún artículo específico —como en el caso del empleador o del dueño del animal o del dueño del edificio— el sustento legal sólo puede encontrarse en uno de los dos artículos que establecen los principios generales: el artículo 1969 o el artículo 1970.

En nuestra opinión, está en la naturaleza del defecto el hecho de ser riesgoso o peligroso: todo defecto es una fuente potencial de daños, es decir, es capaz de generar riesgos. Si no lo genera, los daños no se producirán y no tenemos que preocuparnos al respecto. Pero si el daño se produce *a consecuencia* de un defecto, entonces es que tal defecto origina una "contingencia o proximidad de daño"; y ésta es precisamente la definición de riesgo que da el *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia.* Por consiguiente, un producto defectuoso es un bien riesgoso.

Si esa conclusión es adoptada como premisa de hecho y confrontada a la premisa legal constituida por el texto del artículo 1970, la conclusión lógica es que nos encontramos ante un caso de responsabilidad objetiva. A ello se suma que la actividad de fabricación es evidentemente una actividad riesgosa: su capacidad de producir artículos defectuosos que (según se ha visto) son riesgosos, la convierte en actividad riesgosa. De esta manera, siempre en aplicación del artículo 1970, el fabricante debe responder objetivamente por los daños que cause mediante su actividad riesgosa.

561. *Defensas del fabricante.* Como puede apreciarse, el fabricante es responsable objetivamente porque incurre en los dos presupuestos (que, a mayor abundamiento, no son necesariamente conjuntivos) del artículo 1970: daño producido mediante bien riesgoso y daño producido por el ejercicio de una *actividad* riesgosa.

Sin embargo, este fabricante se puede liberar sobre la base de los casos previstos en el artículo 1972.

Así, si puede demostrar que, aunque produjo un automóvil cuyos frenos no eran adecuados, el accidente obedeció a un terremoto que hizo caer el vehículo desde el octavo piso de una playa de estacionamiento muriendo el conductor, ese fabricante no estaría obligado a reparar. En realidad, la prueba fundamental en tal caso consistirá en demostrar que, aun cuando el automóvil hubiera estado provisto con frenos mejores, no se hubiera podido evitar el accidente porque la causa determinante fue el terremoto. De la misma manera el fabricante quedaría liberado si prueba que la causa del accidente no fue el defecto (que efectivamente tenía el producto) sino el hecho determinante de un tercero. Por ejemplo, si alguien perfora criminalmente las tuberías de los frenos, el accidente se hubiera producido aunque los frenos de fábrica no hubieran sido defectuosos. Finalmente, el fabricante queda liberado si demuestra que la causa del daño no es el defecto sino la impru-

dencia de la víctima. Esta es la situación de ese fabricante que produce gatas capaces de cargar una tonelada, pero que la anuncia con capacidad de carga de dos toneladas: si el accidente se produce porque el usuario intentó levantar tres toneladas, el fabricante no puede ser responsable aun cuando hubiere existido el defecto de presentación mencionado, porque no fue ese defecto sino la imprudencia de la víctima de usar esa gata para cargas aún superiores de las anunciadas, lo que causó el daño.

562. *Razonabilidad y responsabilidad objetiva.* Hemos señalado en varias oportunidades que, en esta materia, hay un criterio de razonabilidad que debe ser aplicado para juzgar la existencia del defecto.

Los defectos de fabricación no presentan esta duda: basta con que el producto no responda a sus patrones ordinarios de fabricación para que podamos hablar de defecto, independientemente de si ese defecto ha sido introducido de manera que el fabricante pudo razonablemente haberlo evitado o no. En cambio, los efectos de diseño suponen que no se haya adoptado las precauciones "razonables" en su concepción; y los defectos de advertencia suponen que no se haya puesto de manifiesto razonablemente los riesgos del producto. ¿Quiere decir esto que regresamos al campo de la culpa a través de un análisis de lo que es razonable?

De primera intención, parecería que efectivamente estamos ante un análisis de culpa en el fabricante: juzgamos si ha tenido una cierta negligencia en cumplimiento de su deber en diseñar adecuadamente un producto o de advertir sus riesgos.

Sin embargo, el examen del defecto tiene que realizarse objetivamente, es decir, con absoluta independencia de las circunstancias subjetivas en que el fabricante produjo el bien defectuoso. No nos interesa saber si fue consciente o no, si pudo haber evitado el defecto o no dentro de su circunstancia específica (una vez demostrado que era razonable evitarlo). Es posible que ese fabricante no tuviera acceso a una nueva tecnología que evitaba el elemento riesgoso o defectuoso del producto, debido a que ésta se encontraba patentada por otro fabricante. Pero, desde el momento en que ese tipo de producto podía ser razonablemente fabricado sin defectos, el hecho de producirlo con la tecnología antigua es incurrir en un defecto de diseño; y el fabricante tiene que soportar objetivamente las consecuencias dañinas que se deriven del uso del producto defectuoso.

En todo caso, la idea de razonabilidad acerca la concepción del defecto de diseño y del defecto de advertencia de alguna manera da la idea de la "culpa objetiva" [800], mientras que el defecto de fabricación se mantiene más seguramente dentro del campo de la responsabilidad objetiva. Sin embargo, se trata de una "culpa objetiva" en la que se ha acentuado la objetivación.

Cabe señalar que existe actualmente la tendencia de suprimir la idea de razonabilidad como criterio del defecto, de manera que éste sea apreciado de la manera más objetiva: siempre que un bien produzca un daño a su usuario, se considera que tiene objetivamente un defecto y el fabricante debe asumir la responsabilidad correspondiente.

Esto significa que puede ser que, al momento de fabricarse el producto, no se podría prever que daría lugar a un daño. o que, sabiendo que produciría un daño, no había otro diseño tecnológicamente disponible en ese entonces porque la alternativa sólo fue inventada posteriormente; o que, sabiendo que produciría un daño y conociéndose una alternativa de diseño, ésta era demasiado onerosa y consiguientemente poco razonable. En todos esos casos, el fabricante respondería objetivamente, salvo que pruebe una fractura causal entre el producto y el daño: caso fortuito, hecho determinante de tercero o imprudencia de la víctima.

Quienes defienden esta tesis sostienen que el fabricante no está prohibido de fabricar tal producto por ninguna disposición reglamentaria (*specific deterrence*); pero ello no lo exonera de su responsabilidad como fabricante. Puede fabricar cualquier cosa que no esté directamente prohibida... pero asume sus consecuencias.

Esta posición encuentra su lógica en la teoría de la distribución social de los riesgos: el fabricante no responde porque sea culpable ni porque deba ser sancionado por razón alguna, sino únicamente porque se encuentra en mejor aptitud de diluir el peso económico de ese daño entre la sociedad toda.

563. *La distribución social del riesgo.* Una vez más encontramos que la idea de una distribución social del peso económico del daño es la que mejor explica la razón de tal responsabilidad objetiva; unida a un factor de erradicación del daño (*deterrence*).

---

800. *Supra*, No. 12 y Nos. 50-56.

No se trata de "castigar" al fabricante ni a nadie (si no ha mediado dolo ni culpa inexcusable). Puede que el fabricante no haya tenido personalmente forma alguna de elegir mejor a sus trabajadores ni de vigilar mejor el proceso de producción para que no se presente el defecto dañino en sus productos. Pero, independientemente de su culpa, el fabricante es quien se encuentra en mejor aptitud para disolver a través del sistema de precios el costo de tales daños que sufren los consumidores. De alguna manera, el cálculo del precio —en el que se ha internalizado el costo del riesgo por el uso del producto— es una suerte de seguro que toman todos los consumidores: la "prima" resulta pagada por el consumidor al comprar el producto, porque el fabricante le ha agregado un porcentaje por los riesgos consiguientes; la indemnización la cobra al fabricante (que es quien actúa como una suerte de asegurador) por la vía de la responsabilidad extracontractual objetiva.

Evidentemente, este rol de "asegurador" que cumple el fabricante no deja de representar un problema: si sus productos tienen muchos defectos y tiene que pagar muchas indemnizaciones, deberá aumentar sus precios de tal manera que quedará fuera de mercado. Pero ése es un segundo propósito de la responsabilidad objetiva: erradicar los productos con más defectos que el promedio, haciendo salir del mercado a ese fabricante ineficiente o irresponsable por la vía limpia e inobjetable del propio mercado. Por consiguiente, cuando una eventual negligencia del fabricante comienza a tomar importancia, éste ya no puede diluir su responsabilidad entre los consumidores: el mercado mismo se lo impide. En esta forma, la culpa del fabricante juega todavía un papel en el sistema; pero sólo cuando realmente lo debe hacer y por la vía automática de su sanción por el mercado, sin necesidad de que sea establecida judicialmente. Esa culpa del fabricante ya no es una condición para la indemnización a la víctima, sino que genera una sanción automática contra el fabricante (la erradicación de su producto) sin afectar el derecho de la víctima.

Evidentemente, si toda una industria se pone de acuerdo para producir sin correr el riesgo (porque, por ejemplo, los dispositivos necesarios para evitar el defecto son muy costosos), entonces la competencia no tendrá estos sanos efectos de *deterrence*: cada fabricante sabe que no tiene el peligro de que su vecino pueda vender menos caro, reduciendo la magnitud de incidencia de las indemnizaciones por responsabilidad civil mediante la corrección tecnológica del defecto. Sin embargo, si los jueces cumplen con su papel y otorgan regularmente indemnizaciones significativas a las víctimas del defecto, a la larga la ley del mercado todavía actuará como control; aunque

cada fabricante no tema al otro fabricante, sucederá que todos los fabricantes tendrán que aumentar considerablemente sus precios para absorber el monto de las indemnizaciones a pagar; y puede llegar un momento en que el producto tenga un precio tan elevado que ocasione una reducción dramática del número de consumidores, haciendo que su producción sea antieconómica. Por otro camino, habremos llegado también a una "sanción" de mercado que contribuye a erradicar una causa de daño al público.

Sin embargo, dentro de la situación descrita en el párrafo anterior, se justificaría la intervención de la Administración Pública, en nombre de la sociedad, para aplicar medidas específicas de control (multas, comisos y eventualmente la clausura de establecimientos industriales) si el producto defectuoso crea un verdadero riesgo social. Utilizando la terminología de CALABRESI [801], éste sería el caso en el que habría que agregar una *specific deterrence* administrativa al efecto de *general deterrence* que surge por la vía del mercado como resultado de la aplicación de la responsabilidad extracontractual a los daños resultantes de productos defectuosos.

564. *Las reparaciones.* Lo dicho respecto del fabricante es también aplicable con relación a quien repara o modifica el bien.

De alguna manera, el reparador o quien realiza una modificación es un "fabricante" respecto de lo que ha hecho con su trabajo. Por consiguiente, si es él quien incorpora el defecto al producto, es también él quien debe responder por los daños por las mismas razones.

Esto significa que un taller de reparaciones de automóviles que realiza una reparación defectuosa de los frenos de un vehículo, puede ser demandado tanto por el conductor o pasajeros de ese vehículo como por los terceros que han sido víctimas de ese defecto. Esta responsabilidad no desaparece necesariamente sino que puede únicamente disminuir si se comprueba que también el conductor incurrió en responsabilidad. Si admitimos que los accidentes de tránsito están sujetos a la responsabilidad objetiva del artículo 1970, el tercero víctima siempre puede obtener reparación del chofer; pero éste podría a su vez repetir, por el todo o por parte de la indemnización pagada, contra el fabricante o contra el taller de reparaciones si demuestra que el accidente se debió exclusivamente o parcialmente a un defecto del auto-

801. Cf. *supra*, No 31.

móvil. E incluso el propio tercero víctima podría haber demandado solidariamente al chofer del vehículo y al fabricante o reparador, en aplicación del artículo 1983, si el argumento de la demanda se funda en un defecto de los frenos del vehículo que causó el accidente.

565. *La responsabilidad por inspección.* Es interesante examinar también a este respecto la responsabilidad de las Compañías dedicadas, mediante concesión del Estado, a la revisión técnica oficial de los vehículos automotores.

Como es conocido, esta revisión debe realizarse periódicamente en forma obligatoria. Sin embargo, frecuentemente se leen en los periódicos sobre los accidentes causados por vehículos —particularmente de servicio público— en condiciones lamentables de dirección y frenos que, sin embargo, pasaron la revisión técnica. En estos casos, indudablemente las víctimas podrían demandar también a las empresas dedicadas a esta función para reclamar por los daños sufridos. En realidad, en esta situación estamos ante un caso de responsabilidad del estado: no cabe duda de que, tanto el Estado como la empresa que tiene a su cargo la revisión responden por negligencia, es decir, de acuerdo al artículo 1969.

566. *El vendedor de productos defectuosos.* Una situación más compleja es la del vendedor de un producto defectuoso.

En el mundo moderno, existen numerosos intermediarios entre el fabricante y el usuario o consumidor final de un producto: ¿cuál es la responsabilidad de estos intermediarios por la venta de un producto defectuoso? En el caso del intermediario final, con relación a aquel que vendió el producto defectuoso (léase dañino) a la víctima, es posible que pudiéramos hablar de una responsabilidad contractual: el vendedor no habría entregado el producto materia del contrato de venta sino un producto con vicio oculto. En este caso, el vendedor respondería por los daños y perjuicios en que hubiera incurrido por dolo o culpa respecto de la existencia del vicio o defecto (inciso 5 del artículo 1512).

En materia contractual, la expresión "culpa" debe entenderse que se extiende hasta la *culpa leve*, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1321. Por consiguiente, dicho vendedor respondería por los daños de la víctima causados por el defecto si: (a) conocía la existencia del defecto y le vendió así el producto a la víctima con el propósito de que le causara daño (dolo); (b) el vendedor conocía la existencia del defecto y, aun cuando no tenía intención

de causar daño a la víctima, le vendió el producto sin importarle que le causara daño (culpa inexcusable); (c) el vendedor no conocía la existencia del defecto, pero no adoptó las precauciones más elementales y usuales en el negocio para verificar si lo que estaba vendiendo estaba libre de defecto (culpa grave); y (d) el vendedor no conocía la existencia del defecto porque no adoptó medidas que todo comerciante prudente habría tomado para verificar el producto, considerando la idiosincrasia del medio y los usos y costumbres del negocio (culpa leve). Evidentemente, ésta última engloba a las anteriores: si se responde por culpa leve no hay la menor duda de que se responde también por culpa grave, por culpa inexcusable y por el dolo.

Pero, ¿qué sucede con los demás intermediarios, aquellos que no vendieron directamente a la víctima sino a otro intermediario? ¿Puede la víctima reclamar contra ellos? No siendo la víctima la parte en los contratos de compra venta que éstos celebraron, no tiene acción por responsabilidad contractual. ¿Tendrá, entonces, acción por responsabilidad extracontractual?

Creemos que sí. Pero, no habiendo sido la "causa" del defecto, no pueden ser tratados en la misma forma que el fabricante: no están sujetos *prima facie* a la responsabilidad del artículo 1970.

Para tratar adecuadamente esta situación, pensamos que es preciso establecer varias categorías de productos, que dan origen a responsabilidades diferentes. Dentro de ese orden de ideas, debemos primero distinguir entre los productos en sí mismos peligrosos o riesgosos y los que no lo son. Estos últimos a su vez pueden convertirse en productos riesgosos si contienen un defecto (de cualquiera de los tres tipos que antes hemos mencionado) que los hace fuentes generadoras de daño.

Comencemos por la venta de productos que no son en sí mismos riesgosos o peligrosos. En este caso, los daños que causen sus defectos sólo pueden ser materia de responsabilidad para el vendedor si la situación está incursa en el artículo 1969, es decir, si hubo dolo o culpa en éste. Ahora bien, si se comprueba que el vendedor conocía la existencia del defecto, ese producto se había convertido en peligroso y lo sabía; por consiguiente, debe ser responsabilizado objetivamente conforme al artículo 1970. Notemos que, en este caso, hay dos defectos que se presentan en relación con el producto: uno, de fabricación o diseño, introducido por el fabricante; y otro, de advertencia, introducido por el comerciante. Si el mayorista sabía que la harina se había mezclado en el molino con un producto químico y que podía producir

muerte o intoxicación de quienes la ingirieran, su responsabilidad es solidaria con el fabricante: el que vende una harina envenenada con insecticida a un panadero es tan responsable como el molinero por los daños que cause al público consumidor de pan, si sabía que la harina estaba envenenada. Si el mayorista advirtió al panadero, la responsabilidad se hace múltiple, pero basada en razones distintas. El molinero será responsable por haber introducido el defecto de fabricación en la harina; el mayorista será responsable por haber vendido un producto (la harina) que podía causar daños al público consumidor, aunque lo hubiera advertido al panadero (éste último puede haber aceptado el producto con defecto a cambio de un descuento a fin de hacer un mayor margen de utilidad); y el panadero será responsable por haber vendido un producto un defecto de fabricación en su propio producto (pan) y eventualmente también por defecto de advertencia, al no haber señalado a los consumidores que ese pan podía ser riesgoso (puede haber colocado a la venta un pan algo más barato, sin decir que tenía un riesgo implícito). Todo ellos —molinero, mayorista y panadero— son objetivamente y solidariamente responsables.

Si el vendedor no fabricante (es decir, que no introdujo el defecto en el producto) desconocía la existencia del defecto, aún podría tener responsabilidad en el caso de que no hubiera adoptado las precauciones razonables y usuales dentro del negocio para verificar el estado del producto que vende: habría incurrido en negligencia y estaría incurso en el artículo 1969; en cuyo caso, podría argumentar una ausencia de culpa como defensa.

Ahora bien, si el producto vendido es en sí mismo peligroso no se requiere ni siquiera negligencia del vendedor: basta el hecho del daño, en aplicación del artículo 1970. Dicho en otras palabras, cuando se trata de la venta de un producto peligroso, aun cuando el vendedor demostrara ausencia de culpa (es decir, que el defecto no era congnoscible aun adoptando las precauciones regulares y usuales), su responsabilidad es plena porque se encuentra sometido al principio objetivo derivado de la naturaleza riesgosa del bien que comercia y de la actividad que realiza (comerciar con bienes riesgosos).

Es interesante notar que, tratándose de defectos de advertencia, éstos pueden ser introducidos directamente por el vendedor, con lo que éste se convierte en el "fabricante" de un producto defectuoso. El ejemplo muy claro —y que lamentablemente lo hemos visto presente con frecuencia en la jurisprudencia peruana— es el de la persona que va a la botica a comprar

un purgante y recibe un veneno por error. Aquí hay un defecto de advertencia o presentación porque se ha vendido un producto presentándolo (sin dolo) como otro. Ese comerciante-boticario debe ser considerado como fabricante y su acto dañino tiene que ser evaluado conforme a las reglas de la responsabilidad objetiva: aun cuando pudiera probar que el error se produjo a pesar de haberse adoptado todas las precauciones razonables en el etiquetado y almacenaje de los productos dentro de la Botica, tendría que pagar por el daño.

Sin embargo, debemos señalar que también aquí podría aplicarse una responsabilidad objetiva general: todo bien con un defecto capaz de causar un daño, es de por sí peligroso; por consiguiente, quien vende un producto peligroso está incurso en responsabilidad objetiva, haya o no conocido la existencia del defecto. La posibilidad de que uno de los productos que se venden sea defectuoso es uno de los riesgos del negocio y tiene que ser asumido por el que realiza la venta.

Claro está que podría objetarse que, en esta situación, el riesgo de que un producto sea defectuoso está presente tanto en la venta como en la compra: vendedor y comprador estarían afectos a ese riesgo que, en última instancia, es un azar para ambos, pues ninguno de los dos conocía la existencia del defecto. En esas condiciones, ¿por qué atribuirle las consecuencias de ese riesgo exclusivamente al vendedor y no al comprador? ¿Qué razón hay para que el vendedor soporte por sí solo el azar y no el comprador?

Si aplicamos la teoría de la distribución del riesgo, habría que analizar cual de los dos está en mejor disposición para diluir el costo del daño a través del sistema de precios o de un seguro. Desde esa perspectiva, generalmente será el vendedor quien puede recurrir a esos mecanismos de difusión mejor que el comprador: el vendedor es usualmente una empresa, mientras que el consumidor final es una persona natural en quien termina el proceso económico de tal producto.

567. *El todo y las partes como causa del defecto.* El esbozo de análisis que hemos hecho con relación al vendedor es también aplicable para determinar las relaciones de responsabilidad entre el fabricante "general" del artículo y los diversos fabricantes de las partes del mismo. En ambos casos, tenemos planos de responsabilidad que se entrecruzan, cada uno de los cuales aporta sus principios y su propia lógica.

Es usual en la industria moderna que el fabricante de un producto final no produzca todos los elementos del mismo, sino que adquiera de otros fabricantes diferentes piezas y partes. En el caso de que el fabricante de la pieza o parte haga un producto (parte) defectuoso, el fabricante del "todo" es solidariamente responsable si, aplicando las precauciones ordinarias, hubiera podido comprobar el defecto antes de incorporar esa pieza a su producto final.

Pensemos, por ejemplo, en el fabricante de automóviles que incorpora a los vehículos que produce un sistema de dirección adquirido a otro fabricante; y que tal sistema de dirección tiene un defecto de diseño o de fabricación. ¿En qué medida el fabricante de automóviles responde por los defectos de las piezas y equipos que incorpora? Si ese fabricante de automóviles conocía el defecto del sistema de dirección adquirido de un tercero, responde por los daños causados por ese defecto por culpa inexcusable o por el artículo 1970; si no conocía el defecto, todavía puede ser responsable si no ha realizado las verificaciones usuales antes de incorporar tal equipo en su propia fabricación del automóvil de su marca (*culpa levis*).

Pero aquí nuevamente es posible reformular el análisis desde una perspectiva absolutamente objetiva, con la ayuda de la teoría de la distribución social del riesgo.

En principio, dado que el producto vendido al usuario final es defectuoso y consiguientemente peligroso, no hay razón alguna para excluir al fabricante de ese producto final de responsabilidad frente al consumidor: de conformidad con el artículo 1970, tanto el fabricante de la parte defectuosa como el fabricante del todo (obviamente, también defectuoso) son ambos solidariamente responsables frente al "consumidor-víctima". El fabricante del producto final no puede ponerse de perfil entre el fabricante de la parte defectuosa y el consumidor y eludir toda responsabilidad, aunque no hubiera conocido la existencia del defecto. En consecuencia, ese fabricante debe indemnizar al consumidor, sin perjuicio de repetir contra el fabricante de la parte defectuosa, al amparo del artículo 1983.

Incluso desde el punto de vista operativo, parecería poco serio exigirle al "consumidor-víctima" —como única opción para cobrar una indemnización— que haga un estudio técnico de la parte del producto que encerraba el defecto, investigue sobre su fabricante y que demande a tal fabricante de la parte defectuosa, que puede incluso residir en el otro lado del mundo.

568. *La futura jurisprudencia peruana sobre productos defectuosos.* Pensamos que la jurisprudencia peruana que resulte de la aplicación del Código Civil de 1984 al problema que venimos tratando será mucho más dinámica que la que hemos reseñado con relación al Código de 1936 [802].

Los defectos de fabricación son los que tienen un tratamiento jurídico relativamente más fácil. En consecuencia, teniendo en cuenta además la importancia del reconocimiento judicial de esta categoría de daños en todo el mundo, pensamos que los tribunales peruanos no tendrán inconveniente en abrir las oportunidades de obtener una indemnización sobre la base de las posibilidades objetivistas que se encuentran (mal que bien) entre las disposiciones del Código Civil de 1984.

Por otra parte, hemos visto que los defectos de advertencia han sido los más usualmente tratados por la jurisprudencia peruana, aunque su construcción teórica jurisprudencial aún aguarda al magistrado que la enuncie claramente. Esto significa que la jurisprudencia futura no debe tener dificultades en aceptar esta categoría de defectos, pues ya existen precedentes; sin perjuicio de tener que afinar muy cuidadosamente los criterios.

Queda aún por observar la posición que asumirán nuestros jueces respecto a los defectos de diseño que, en algunas situaciones específicas, pueden ofrecer dificultades muy serias de conceptualización y tratamiento efectivo y, al mismo tiempo, ponderado.

802. *Supra*, Sección III del presente Capítulo.

CAPITULO III

LOS DAÑOS INTOLERABLES

Sección I: La noción de daño socialmente intolerable

569. *¿Qué es un daño socialmente intolerable?* El Proyecto de la Comisión Reformadora contenía un artículo referente a los daños derivados del incumplimiento de las normas legales o que involucren un efecto de contaminación ambiental o que, en general, sean socialmente intolerables. Este artículo fue suprimido por la Comisión Revisora, por considerar que la categoría de "daños intolerables" no tenía justificación doctrinaria.

Sin embargo, aun cuando en principio el orden jurídico persigue siempre tanto la reparación del daño como su erradicación, no cabe duda de que existen daños que la sociedad tolera, respecto de los cuales persigue fundamentalmente el resarcimiento de la víctima antes que la erradicación absoluta del riesgo a través de una prohibición directa. Hay, en cambio, otros daños que la sociedad no puede aceptar de ninguna manera y respecto de los cuales persigue evitar su producción de la manera más tajante posible, sin perjuicio de prever además el resarcimiento de las víctimas resultantes de los actos violatorios de las prohibiciones correspondientes. En otras palabras, la sociedad no pretende desterrar todos los daños posibles *a cualquier costo*. Más bien realiza una evaluación de las ventajas que traería su erradicación comparativamente con las desventajas que ocasionarían las medidas destinadas a la erradicación del riesgo que es fuente del daño: si las desventajas de la erradicación absoluta son mayores que las ventajas que pudieran obtenerse con tal prohibición, la sociedad se limita a aplicar medidas que erradiquen los casos extremos, pero tolera —lo que es una forma atenuada de consentir— que el daño se produzca; sin perjuicio, en uno y en otro caso, como hemos dicho, de la indemnización para quienes resulten víctimas [803].

---

803. *Vid infra.* Hacia una teoría jurídica del accidente. Parte Cuarta, Título II, Capítulo I.

Dicho de otra manera, la sociedad pretende siempre la erradicación del riesgo en cada caso individual (*v.g* el conductor negligente o imperito será sancionado); pero tolera ciertos riesgos en forma genérica (*v.g.* permite que circulen automóviles sabiendo que habrán siempre conductores imperitos o negligentes). Sin embargo, hay riesgos que no tolera ni en forma individual ni en forma genérica (*v.g.* jugar fútbol con bombas atómicas, conducir a velocidades superiores al reglamento, arrojar sustancias contaminantes al río, etc.).

570. *Categorías de daños intolerables.* Existen indudablemente muchas categorías de daños intolerables. La noción puede ser desplegada en diversos grupos de conducta respecto de las cuales la sociedad quiere fundamentalmente impedir que se produzcan y sólo subsidiariamente —si a pesar de todo se producen y causan daño— indemnizar a las víctimas.

Nos ocuparemos solamente de algunas de las categorías más importantes, dejando a la doctrina posterior el descubrimiento de nuevas constelaciones y nebulosas en este sector del firmamento del Derecho.

571. *Los daños intencionales y la negligencia inexcusable.* Dentro de este orden de ideas, una primera categoría de daños "intolerables" son los que de alguna manera han sido causados intencionalmente; la sociedad no puede permitir que alguien persiga directamente el mal de otro.

Notemos, sin embargo, que la sociedad no reprueba todos los males que se pueden causar los hombres unos a otros, ni aún intencionalmente. Hay algunos daños intencionales que se consideran como parte de juego de la vida social y que, consecuentemente, no son reprobados. En algunos casos, por el contrario, reciben hasta un reconocimiento social. Por ejemplo, dentro de una sociedad de mercado, los daños derivados de la competencia económica, aunque sean intencionales, no son prohibidos ni dan lugar a reparación civil [804]. Un comerciante hábil puede desarrollar una estrategia minuciosamente consciente e intencional para llevar a la quiebra a su competidor, ya sea introduciendo al mercado productos de mejor calidad que hagan que el consumidor deje de comprar el producto de la competencia, ya sea reduciendo los precios, ya sea utilizando cualquiera de los medios del juego económico (siempre que no exceda de los parámetros de tolerancia de ese

804. Para mayor desarrollo de esta última idea, *vid. loc. cit.*

mismo juego e incurra en competencia desleal). En ese caso, nadie reprochará a tal comerciante haber actuado "dolosamente" contra su competidor, porque causar un daño de este tipo no es malo dentro de la sociedad de mercado; por el contrario, se reconocerá la habilidad de este hombre de negocios para operar económicamente y se le admirará como una persona poderosa.

Existen, en cambio, un sinnúmero de otros daños que la sociedad no acepta que se cometan intencionalmente; la muerte de otra persona, la lesión a su honor o a su patrimonio, etc. En estos casos, la sociedad persigue y castiga el acto dañino a través de diversos medios legales: sanciones penales, sanciones administrativas, medidas de prevención. En muchos de estos casos —cuando un interés patrimonial ha sido afectado— exige además una reparación material en favor de la víctima.

Dentro de este orden de ideas, podemos decir que pertenecen a la categoría de daños intencionales socialmente intolerables los daños dolosos incursos en el artículo 1969. Pero la culpa inexcusable presenta también un cierto grado de intencionalidad, en la medida que, aunque no pretende el daño, tampoco le importa causarlo[805]. No cabe duda de que la sociedad debe reprobar estas formas de irresponsabilidad consciente que atentan contra la vida social.

572. *Los daños causados como resultado de la infracción de normas legales.* Una segunda categoría corresponde a los casos de daños causados en infracción de normas legales destinadas precisamente a impedir la conducta generadora de riesgo.

En realidad, la norma legal reglamentaria es uno de los medios mediante los cuales el Estado intenta erradicar un riesgo o limitarlo en términos razonables. Por ejemplo, no cabe duda de que mientras existan automóviles, habrán accidentes que producirán víctimas entre los conductores, pasajeros y transeúntes. La sociedad no quiere eliminar totalmente tal riesgo para la vida y la integridad corporal de sus miembros prohibiendo el uso de automóviles, porque el costo social de la medida de erradicación del riesgo sería muy alto: perderíamos la ventaja de la velocidad y otras derivadas de la moderna tecnología automovilística. Sin embargo, tampoco está dispuesta

805. Respecto de la noción de "culpa inexcusable", *vide supra* No. 122.

a aceptar el riesgo de manera indiscriminada: exige que los automóviles se conduzcan prudentemente e incluso fija *objetivamente*, a través de una norma legal, ciertos parámetros de conducta. Así, el reglamento correspondiente establece— entre otras medidas de seguridad (relativa)— velocidades máximas para la circulación de vehículos, según las circunstancias de uso: el riesgo existe siempre por debajo de tales velocidades y puede dar lugar a accidentes; pero por encima de ellas el riesgo es demasiado alto y por eso resulta socialmente intolerable. Por consiguiente, a aquél que ocasiona un daño conduciendo por las calles céntricas de la ciudad a la velocidad obviamente antirreglamentaria de 100 kms. por hora, debe aplicársele las medidas más severas orientadas a la erradicación del riesgo; además de obligarlo a la reparación del daño.

573. *Los daños resultantes de la afectación de derechos de la personalidad.* Hemos señalado anteriormente que no parece conceptualmente justificable la creación de una categoría de "daños a la persona" como forma específica de lesión, distinta del daño moral, pero igualmente de carácter extrapatrimonial [806].

Sin embargo, no cabe duda de que existe una categoría jurídica de los derechos de la personalidad (o de la persona), cuya violación puede dar origen a daños tanto patrimoniales como extrapatrimoniales (o morales). Desde esta perspectiva —de la especificidad del derecho lesionado antes que de la especificidad del tipo de lesión— el ingrediente personal adquiere significación jurídica a la luz de los conceptos y distinciones que estamos formulando para reorganizar la responsabilidad extracontractual.

Aun cuando todo derecho se refiere siempre a la persona —natural o jurídica— como centro de imputación de derechos y obligaciones, todos son "derechos de la persona", es posible discernir algunos derechos (cuya conceptualización rigurosa ofrece muchas dificultades, pero que es posible intuir con una cierta certeza) que están más íntimamente vinculados a la persona misma. Ahora bien, estos derechos de la personalidad son de tal importancia que la sociedad no puede tolerar que sean afectados: respecto de ellos, la sociedad no sólo quiere que se reparen materialmente los daños resultantes de su violación (en nuestra opinión, solamente cuando tengan una expresión material) y que se reparen inmaterialmente los daños inmateriales

806. *Supra*, No. 404-405.

(cuando ello sea posible) [807], sino que además quiere evitar en forma absoluta que sean afectados porque las conductas productoras del daño —a diferencia del hecho de conducir un automóvil —no aportan beneficio social alguno.

Ahora bien, hay situaciones en las que estos derechos entran en conflicto con otros derechos o ventajas que la sociedad quiere igualmente garantizar. En esos casos, será preciso llegar a un compromiso entre ellos; y este compromiso afectará inevitablemente estos derechos de la personalidad en alguna medida: la garantía de estos derechos no será absoluta sino condicionada o limitada a ciertas circunstancias. Este es el caso que hemos mencionado en repetidas oportunidades del derecho a la vida y a la integridad corporal. No cabe duda de que se trata de uno de los más importantes derechos de la personalidad. Sin embargo, ya hemos dicho que, tratándose de accidentes de tránsito (y podríamos decir lo mismo en el caso de los accidentes de trabajo con máquinas peligrosas), la sociedad no protege este derecho con toda la fuerza que tiene a su alcance. Si la velocidad es la causa de un gran número de estos accidentes (la falla o negligencia humana que pone en acción el riesgo de la velocidad es un hecho estadísticamente ineluctable), para garantizar plenamente a la persona su vida y su integridad corporal haría falta prohibir la circulación de automóviles o permitirla solamente a velocidades irrisorias (*v.g* 10 kms. por hora). Pero la sociedad quiere aprovechar las ventajas de la velocidad y entonces establece un compromiso: los automóviles pueden circular hasta una velocidad de 60 kms. dentro de las ciudades, aun cuando ello acarreará inevitablemente un cierto número de muertos y heridos; pero no son tolerables los daños resultantes de la conducción a velocidades superiores.

Otro ejemplo de conciliación de los derechos de la personalidad con otros intereses sociales es el del honor en relación con el valor de la información, particularmente en lo que se refiere a los medios de comunicación masiva. La sociedad quiere proteger el honor de las personas; pero también quiere facilitar la libertad de información e impedir que, por la vía de la salvaguarda del honor privado, se recorte la libertad de prensa. Esto lleva a permitir que los medios de comunicación masiva, en cumplimiento de su función informativa y dentro de ciertos parámetros, puedan referirse a aspectos que afectan el honor de las personas de una manera que no sería admisible en quien no tiene tal misión social de información.

---

807. *Vid, supra*, No. 408.

Notemos que este compromiso no siempre se expresa a través de un reglamento, como en la hipótesis del tránsito; muchas veces, tendrá que ser explicitado caso por caso por la jurisprudencia de los tribunales.

Por todo ello, la violación de los derechos de la personalidad constituye un daño socialmente intolerable, cuando no existen circunstancias que la autorizan (*v.g.* la información pública) o que, al menos, la toleran sujeta a la indemnización correspondiente (*v.g* los accidentes).

574. *El abuso del derecho.* Otra categoría o tipo de daño socialmente intolerable es el que se deriva del abuso del derecho.

En esta hipótesis, tampoco nos encontramos ante un resultado accidental y relativamente inevitable de la vida en común. No se trata de un daño que tiene el carácter de subproducto negativo de una ventaja social, sino de un daño que es el resultado de un acto antisocial, que no representa ventaja alguna para la sociedad.

El orden jurídico otorga derecho a los individuos, quienes pueden usarlos libremente; pero no quiere que se usen tales derechos fuera de sus límites propios para causar daños no autorizados bajo el disfraz de un derecho individual. En estos casos de abuso, los "derechos" han dejado de ser derechos para convertirse en conductas arbitrarias; consecuentemente, los daños que originan no tiene justificación y deben ser no solamente reparados sino también erradicados sin contemplaciones.

575. *La jurisprudencia peruana del daño intolerable.* Los casos de daños intolerables que más frecuentemente se advierten en la jurisprudencia peruana son los relativos a los daños causados como resultado de la infracción a una norma legal. Aun cuando la categoría de daños socialmente intolerables no ha sido conocida por los Tribunales peruanos, en la práctica observamos que la jurisprudencia trata de manera más dura a quienes han cometido daños en estas circunstancias. Esto significa que, si bien no se había desarrollado todavía una conceptualización teórica, existía ya una conciencia intuitiva de que este tipo de daños merecen un tratamiento especial.

En general, la infracción de las normas legales es considerada como una suerte de "culpa objetiva": si ha habido infracción de una norma legal, no cabe duda de que ha habido negligencia; por consiguiente, sin necesidad de llevar más lejos la investigación de responsabilidad, ese "culpable" debe pagar una indemnización a la víctima.

El 21 de febrero de 1950, un ómnibus de propiedad de la Empresa de Transportes Pacífico sufre un accidente de tránsito y muere don César Gabriel Porras Borletti, empleado de la Casa Wiese S.A., quien era pasajero de dicho ómnibus. Los padres del fallecido demandan a la empresa propietaria del vehículo y empleadora del chofer que lo conducía, para que se les indemnice por los daños y perjuicios derivados de la muerte de su hijo. En el dictamén del Fiscal GARCIA ARRESE se establece la responsabilidad vicaria de la propietaria debido a que el ómnibus era conducido a excesiva velocidad y sin conservar su derecha. De modo que la responsabilidad se deriva de la infracción del Reglamento de Tránsito. Este hecho *per se* constituye "culpa" que obliga a una reparación, sin necesidad de demostrar si a su vez la infracción a las normas de tránsito era culpable; y sin siquiera demostrar si tal infracción fue efectivamente causa del accidente. No hay una investigación subjetiva de la culpa a fin de analizar si, en las circunstancias concretas, esas infracciones eran realmente negligencias que dieron origen a los daños. Basta que se hayan producido las infracciones para que *objetivamente* se establezca una presunción de culpa que parece haber funcionado *iuris et de iure*. Es verdad que la Ejecutoria Suprema de 24 de marzo de 1953 reduce algo de la indemnización fijada por el Juez y en la que estaba de acuerdo el Fiscal. Pero ello no altera la visualización de la infracción reglamentaria como una culpa en sí misma [808].

El lunes 3 de mayo de 1954, en la madrugada, cuando conducía ganado de Chosica a Lima, caminando por la pista, la pastora Mercedes Chávez Salazar advirtió que uno de sus asnos se disponía a atravesar la carretera en momentos en que se acercaba a gran velocidad una camioneta. Dice el Fiscal GARCIA ARRESE que, sin reparar en el peligro, "llevada del celo natural para cuidar de la piara de asnos confiada a su cuidado...olvidando el instinto natural de precaución elemental", actuando por "un móvil humanitario (*sic*) o desinteresado o irreflexivo...avanza (para hacer salir al asno de la ruta de la camioneta) y muere atropellada por un vehículo que no logra éxito en su maniobra de desviarse del todo por la velocidad que llevaba en horas de la madrugada". El conviviente de la finada, don Marcos Godínez, en representación de los dos menores hijos de la pastora (que habían sido procreados por dicho demandante), demanda a la Compañía Bell & De Gasperi Drilling & Elasting Co. S.A. Contratistas, principal del chofer que conducía la camioneta.

---

808. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1953. No. 110, pp. 339-340.

El Fiscal señala que en esa zona de la carretera los vehículos "hacen caso omiso del Reglamento en lo que a velocidad se refiere". Y en este caso en particular, "El piloto, observando, como lo hace la generalidad, un desdén renovado por el cumplimiento del Reglamento de tránsito en lo tocante a velocidad, aprovecha las horas de madrugada para viajar a velocidad en pista peligrosa por su ancho y las neblinas, y advierte a destiempo en su línea de marcha un animal en la pista". Este hecho constituye para el Fiscal, de por sí, un principio de culpabilidad del chofer que debe ser trasladado al responsable vicario, la Compañía empleadora. La Corte Suprema, por Ejecutoria de 20 de agosto de 1957, se muestra de acuerdo con este temperamento [809].

De la misma manera, la Ejecutoria de 14 de agosto de 1958 encuentra responsabilidad en la Compañía Nacional de Tranvías S.A. como empleadora del motorista de un tranvía que causa la destrucción del vehículo de propiedad del Dr. Miguel Angel Cortez Paz, indicando en sus Considerandos que "la velocidad del tranvía era antirreglamentaria" [810].

Sección II: La contaminación ambiental

576. *Una categoría en sí misma.* Si bien es claro que los daños por contaminación deben ser considerados socialmente intolerables si se cometen intencionalmente o con culpa inexcusable o mediando infracción de las normas legales y reglamentarias correspondientes o abuso de derecho o violando los derechos de la personalidad como cualquier otro daño causado en esas circunstancias, pensamos que pueden también constituir *per se* una categoría independiente de daños socialmente intolerables.

Esto significa que, aun cuando no hubiera habido dolo ni culpa inexcusable ni infracción de norma alguna ni abuso del derecho ni, en general, hubiera mediado ilicitud alguna, los daños por contaminación en muchos casos son por su propia naturaleza intolerables, con las graves consecuencias jurídicas que esta calificación comporta y que se señalan en la Sección Tercera de este Capítulo.

---

809. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1957. No. 165, pp. 1232-1234.

810. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Setiembre de 1958. No. 176, pp. 988-989.

Dadas las circunstancias peculiares en que se presentan, la urgencia que tiene la sociedad contemporánea de afrontarlos de manera eficaz y el hecho de que su identidad jurídica se encuentra aún en proceso de formación, hemos considerado conveniente dedicar una Sección a discutir su ubicación dentro de la noción de daños socialmente intolerables.

577. *Importancia del tema.* La importancia de que estos daños reciban un tratamiento jurídico enérgico por el Derecho actual, no puede ser suficientemente enfatizada.

De alguna manera, es del eficaz control de estos daños que depende el futuro del hombre sobre la tierra. El mundo contemporáneo utiliza más intensamente y más eficazmente los recursos naturales; y ello ha dado lugar a una vida con más satisfacciones. Pero también es cierto que tal utilización ocasiona como subproducto un deterioro de las condiciones ambientales de vida; y que si ese deterioro no es controlado, se producirá a largo plazo —en algunos aspectos a mediano plazo, en otros a corto y en algunos ya se viene produciendo— un efecto degenerativo de las condiciones de vida que puede llevar al mundo de la abundancia a situaciones aún peores que la escasez.

Esta tendencia es gravísima en los países altamente industrializados debido a la aplicación de tecnologías productivas muy lejanas de los procedimientos naturales y, en consecuencia, eventualmente portadoras de efectos destructivos del medio ambiente. Sin embargo, el riesgo es también agudo en los países en vías de desarrollo donde, sufrientes de escasez y miseria y encandilados por los resultados cuantitativos de las tecnologías modernas, podemos adoptar con excesiva facilidad medios de producción inevitablemente nocivos para la vida humana; medios que muchas veces están ya prohibidos en los países desarrollados, pero que nos son vendidos aprovechando nuestra desesperación y nuestra irresponsabilidad.

Dado que el daño por contaminación es difícil de apreciar en el corto plazo, hay la tentación de menospreciarlo y considerar este tipo de preocupaciones simplemente como un caso de misofobia social. Esta actitud irresponsable puede combinarse con una ideología desarrollista —sea de derecha o de izquierda—que insiste en la necesidad de salir de la miseria como primer objetivo de la sociedad, sin tomar en cuenta el costo para las generaciones futuras de este propósito simplistamente concebido. Es verdad que hay un problema prioritario de supervivencia; pero no se trata sólo de sobrevivir sino también de las condiciones en las que queremos sobrevivir. ¿Cómo

queremos vivir? ¿Queremos hacerlo en un mundo antiestético, malsano, sucio de contaminación, donde la radiación nos produce hijos deformes, donde las paredes y los pulmones se encuentran negros de hollín, donde proliferan las alergias y otros males aún más graves? Y, por otra parte, la supervivencia a cualquier precio como prioridad indiscriminada, ¿no implica también un atentado contra la propia supervivencia a mediano y a largo plazo?

El egoísmo generacional puede llevarnos a intentar vivir ahora a costa de la vida de mañana. En algunos campos, el problema ni siquiera será de la generación siguiente sino de nosotros mismos en una etapa posterior de nuestra vida: lentamente e imperceptiblemente, la contaminación va erosionando nuestra salud y disminuyendo nuestras expectativas de vida. Por ello, es una muestra de ceguera —muchas veces no inocente— decir que en los países subdesarrollados la condición humana está ya tan degradada por la pobreza que es preciso primero superar esa degradación presente antes que preocuparse por los problemas un tanto "snob" de la contaminación. Esta reflexión no es otra cosa que escoger entre las degradaciones: en vez de estrellar nuestro barco contra el *Scylla* de la pobreza, lo estrellamos contra el *Carybdis* de la contaminación...pero, en ambos casos, el resultado es un naufragio. Debemos encontrar una vía distinta, que permita el desarrollo; pero un desarrollo limpio y sano, que asegure no sólo la vida sino también la calidad de vida.

Pensamos que la contaminación es un problema serio para cualquier estado del desarrollo social y económico; y que precisamente los países que aún no han alcanzado altos niveles de industrialización se encuentran en las mejores condiciones de evitar la adopción de tecnologías contaminantes. Es indudablemente más fácil e implica un menor costo social tomar las precauciones para no incurrir en daños ambientales que intentar reponer más tarde la cosas al estado original (es decir, incontaminado) cuando el daño ya ha tenido lugar y la sociedad está económicamente organizada para producir bajo un sistema contaminante.

578. *La definición del daño por contaminación.* Uno de los aspectos siempre delicados de este tema es el de definir jurídicamente lo que constituye el daño por contaminación.

En el Perú, la Constitución de 1979 nos proporciona en su artículo 123 los lineamientos legales dentro de los que deben enmarcarse nuestras preocupaciones. A la luz de este texto normativo de la mayor jerarquía, po-

demos decir que los daños por contaminación se producen cuando se afecta por cualquier medio: (I) la existencia y conservación de un ambiente saludable; (II) el equilibrio ecológico, tanto en sí mismo como en función de la vida humana; y (III) el paisaje y la naturaleza.

Esta orientación constitucional debe ser replanteada en términos operativos, a fin de precisar las alternativas de acción; pero esto no implica ninguna intención de restringir el alcance potencial de la norma ni de imposibilitar, mediante una definición tipo camisa-de-fuerza, las acciones que no son todavía previsibles y que, sin embargo, pueden estar contenidas dentro del marco constitucional.

Dentro de ese orden de ideas y con carácter provisional, podríamos decir que la preservación del medio ambiente debe comprender cuando menos los siguientes casos:

(1) la diseminación de radioactividad;

(2) la alteración nociva del aire y del agua por los gases y efluvios de fábricas u otras instalaciones, tales como emanaciones, relaves y otros;

(3) las prácticas agrícolas, extractivas o industriales, que afectan la calidad del ambiente y muy especialmente:

   (a) las derivadas del abuso de insecticidas, herbicidas y pesticidas que pongan en peligro la vida o la salud humana o la conservación equilibrada de especies animales o vegetales;
   (b) las que, en general, atentan contra los ciclos vitales de la naturaleza;

(4) la contaminación ocasionada por los vehículos automotores (incluyendo las naves o aeronaves e incluyendo no sólo la contaminación química sino también la acústica);

(5) el uso y venta de productos que causan daños a la salud y/o a la vida humana, tales como aquellos que contienen sustancias carcinógenas;

(6) las costumbres sociales que contaminan el ambiente y perjudican a terceros inocentes, como el fumar en los lugares públicos;

(7) las prácticas publicitarias, industriales o extractivas que afectan gravemente o innecesariamente el paisaje rural y urbano.

579. *Los límites de la tolerabilidad.* No cabe duda de que nuestra sociedad no pretende —ni puede pretender cuerdamente— preservar una pureza ambiental y paisajística prístina y absoluta a cualquier costo [811]. Por este motivo, no todo daño ambiental es antisocial, sino solamente aquél que la sociedad considere excesivo para su grado de conciencia del peligro.

La línea divisoria es evidentemente difícil de trazar. En algunos casos, será la ley misma quien señale aquello que la sociedad no está dispuesta a tolerar, prohibiendo directamente ciertas actividades o exigiendo su realización bajo ciertas condiciones-límite; lo que lleva a que en estos casos la contaminación intolerable —es decir, aquella que excede o no cumple los parámetros establecidos por norma legal— sea una subcategoría de los daños cometidos con infracción a una norma legal [812]. La sociedad puede, por ejemplo, reconocer que el trabajo en las minas en aire contaminado por el polvillo de la extracción produce silicosis en quienes están expuestos. Sin embargo, la sociedad piensa también que, sin perjuicio de idear un sistema de compensación a las víctimas, este riesgo es socialmente tolerable si se han adoptado ciertas precauciones mínimas que reduzcan el daño efectivo únicamente a casos excepcionales; porque la extracción minera produce a su vez ventajas sociales que no pueden desconocerse. No se prohibe, entonces, el trabajo en las mismas sino que los reglamentos de seguridad minera exigen que las empresas —estatales o privadas— proporcionen máscaras de protección a sus trabajadores y coloquen servicios médicos a su disposición. Cumplidas estas condiciones legales, el daño es un "accidente" y debe ser tratado como tal: incluso puede idearse (como efectivamente se ha hecho) un sistema de seguro que cubra los daños de las víctimas por accidentes de trabajo y enfermedad profesional sin gravar excesivamente al empleador con el íntegro de su peso económico. Pero si no se cumplen esas condiciones legales de seguridad, el daño es intolerable y no sólo debe repararse a las víctimas (como en el caso anterior) sino que además la empresa minera debe ser reprimida con la máxima severidad.

---

811. Frank MICHELMAN: *Pollution as a tort: a non-accidental perspective on Calabresi's costs.* 80 The Yale Law Review (1971) 667.

812. V. *supra*, No. 572.

Sin embargo, no sólo lo ilegal forma parte de la categoría de lo intolerable, tratándose de contaminación: en muchas situaciones no declaradas ilegales por reglamento alguno, el juez que conoce un caso de responsabilidad extracontractual por contaminación ambiental podría considerar que el riesgo creado es de tal naturaleza que resulta intolerable para la sociedad. Y, en tal caso, el daño producido no debería ser tratado suavemente como un accidente sino más bien sería necesario aplicarle el tratamiento más severo de daño intolerable que se desarrolla en la Sección siguiente.

580. *Los aspectos económicos de la contaminación.* Si se quiere ejercitar una intervención efectiva del Derecho en materia de contaminación, es indispensable entenderla también en función de sus características económicas.

Fundamentalmente, nos encontramos frente a una patología de la economía de mercado que desvirtúa su sentido y afecta gravemente los mecanismos de oferta y demanda para la asignación de recursos. En efecto, dentro del sistema de precios, el productor en situación de competencia tiende a bajar al máximo sus costos y a no hacer uso de la tecnología disponible para evitar los subproductos nocivos de los progresos tecnológicos a fin de ahorrarse un costo adicional. Pero al actuar de esta manera introduce una distorsión del propio sistema de precios e invalida el mecanismo porque crea "externalidades". Este término indica la situación en la cual el productor traslada algunos de sus costos a terceras personas por medios ajenos al precio y, de esa manera, no los contabiliza como propios. La actividad contaminante es una típica "externalidad" porque impone costos no compensados (daños) a terceras partes. En otras palabras, el costo no desaparece por el hecho de no hacer uso de la tecnología anticontaminante; simplemente es desplazado a aquél que sufre los daños consecuentes.

Por ejemplo, si las empresas cosechadoras y procesadoras de mariscos para la exportación arrojan los caparazones y la parte inservible de estos mariscos en cualquier terreno vacío público o privado en vez de disponer de lugares especiales para ello, están desplazando uno de los costos de la industria (el costo de eliminación de su propia basura) hacia los propietarios de los terrenos, hacia la vecindad (que va a sufrir los malos olores y eventualmente algunas epidemias) y hacia el Municipio. De esta manera, en razón de esa conducta contaminante, el Gobierno municipal y una serie de ciudadanos están en la práctica subvencionando (forzadamente) a las empresas mencionadas.

Otro ejemplo. Si una fábrica contamina los pastos de las haciendas o de las comunidades vecinas con los humos de sus chimeneas, está en realidad vendiendo por debajo del precio porque no ha calculado esos daños como costos de la producción. De otro lado, el dueño de los pastos tiene que emplear medios especiales para proteger o para rescatar estos pastos; y estos medios le suben sus costos por causas ajenas a su producción misma. Como resultado, la fábrica venderá sus productos por debajo del costo propio y el dueño del campo deberá vender su ganado a un precio superior al que habría resultado del funcionamiento normal del mercado (ya que tiene que agregar al precio los costos derivados de la contaminación que le han sido "deslizados" por la fábrica vecina).

Esto produce una ineficiente asignación de los recursos sociales a través de un mercado falseado, porque el precio que paga el consumidor por el bien que desea no corresponde a su verdadero costo de producción: la masa de consumidores se encuentra alentada para comprar más productos de la fábrica (de precio bajo en relación a su costo) y menos de la ganadería (de precio alto en relación a su costo); o, dicho en otras palabras, el producto de la fábrica se encuentra indebidamente subsidiado por los ganaderos.

581. *Los efectos sociales de la externalización.* Pero los efectos económicos de la contaminación no se presentan exclusivamente en términos interindividuales, en donde el que desplaza el costo y el que recibe el costo son perfectamente identificables. En muchos casos, el desplazamiento o externalización del costo es difuso y abarca un gran número de personas.

Ya hemos mencionado el caso de los depósitos "informales" de desperdicios marinos que afectan la calidad de vida de todo un vecindario en razón del olor desagradable y de eventuales consecuencias para la salud, depreciando adicionalmente el paisaje, las posibilidades turísticas de una zona, etc. De la misma forma podríamos citar el caso de las emanaciones de las fábricas que contaminan el aire que es respirado por cientos de miles de personas. Las empresas contaminantes no sólo degradan la calidad de vida por el olor desagradable que imponen a la población sino que además originan un aumento de las afecciones bronquiales y alérgicas. Este incremento de las enfermedades tiene un costo en recursos que la sociedad debe disponer para curar esos males. La necesidad de esos recursos no está limitada a un solo damnificado (como en el caso de los pastos antes comentado) sino que se reparte entre un gran número de personas que tiene que pagar médicos, comprar medicinas, etc.

Como la distribución social de los recursos no es —y quizá nunca podrá ser— igualitaria, habrán algunas personas que no podrán afrontar los costos que les han sido desplazados por las empresas contaminantes (gastos médicos, etc) y su estado biológico continuará deteriorándose impunemente, salvo que se prevea una solución por la vía de la responsabilidad extracontractual. Pero aún en el caso de aquellos que tienen los recursos suficientes para poder curarse, se habrá producido un problema social: la sociedad habrá perdido horas de trabajo y además habrá tenido que invertir en medicinas en vez de hacerlo en otros bienes no destinados a remediar sino a hacer progresar la calidad de vida.

Alguien podría sostener que la inversión de recursos sociales en medicina dinamiza la economía y crea nuevos puestos de trabajo para los médicos; de modo que el desplazamiento de costos ocasionado porque las fábricas no instalaron a su propio costo dispositivos anticontaminantes en sus chimeneas, habría generado bienestar. Pero esto es una falacia similar a la incurrida por la Comuna de París cuando, para dar trabajo a la población y crear riqueza, contrató un grupo de cuadrillas que abrían una enorme zanja alrededor de esa ciudad y otro grupo de cuadrillas que pasaba detrás cerrando la zanja. No cabe duda de que de esta manera se dinamizaba la industria de lampas y posiblemente se creaban puestos de trabajo; pero parecería que hay formas más productivas de hacer lo mismo. En el caso de la contaminación, nos encontraríamos que unas industrias se encargan de contaminar el ambiente a fin de crear trabajo para que otras se encarguen de descontaminar...

582. *La lucha jurídica contra la contaminación.* Por estos motivos, creemos que es preciso contribuir desde todos los ángulos a esta lucha contra la contaminación.

Dentro de este orden de ideas, el Derecho puede colaborar restableciendo la lógica del sistema de precios y permitiendo así un control de la contaminación compatible con una economía de mercado. Este resultado se puede lograr por alguna de las dos vías siguientes.

De un lado, el Derecho puede implementar medidas administrativas. Puede, por ejemplo, obligar a colocar dispositivos anticontaminantes en las chimeneas de las fábricas que degradan los pastos circundantes y los hacen inaptos para la ganadería. Esto aumenta el costo de los productos de tales fábricas, pero nótese que no aumenta los costos globales de producción desde el punto de vista de la sociedad de mercado como un todo. Todo lo que

hace es regresar estos costos del ganadero al industrial; obliga al dueño de la fábrica a internalizar en su contabilidad estos costos suyos que había externalizado (es decir, que había desplazado indebidamente a la contabilidad del ganadero).

De otro lado, el Derecho puede actuar por la vía civil, obligando a la fábrica a pagar los daños que cause a terceros por no haber colocado los dispositivos anticontaminantes: ésta es la colaboración que puede prestar la responsabilidad extracontractual [813]. En los Estados Unidos e Inglaterra, las acciones por *nuisance* —una de las categorías de daños en virtud de la cual se puede accionar en responsabilidad extracontractual—han sido utilizadas como un medio eficacísimo para que el público directamente pueda controlar a los agentes contaminantes.

583. *Las medidas administrativas.* Es verdad que la contaminación es usualmente controlada con medidas reglamentarias y administrativas.

Sin embargo, desarrollar la lucha anticontaminante exclusivamente con medidas administrativas no es suficiente. Si bien es exacto que éstas permiten regular las fuentes de contaminación de manera más barata y drástica (prohibición de ciertas actividades, exigencia de ciertos requisitos de seguridad, etc.), ello no basta por las siguientes razones.

De un lado, muchas actividades contaminantes no son plenamente predictibles por el Estado reglamentador; la capacidad de inventiva del ser humano es ilimitada; y, paralelamente a las invenciones convenientes para la vida social, se van desarrollando las posibilidades contaminantes como un subproducto de ellas. Esto significa que en muchos casos no podemos actuar sino a contragolpe. Pero si sólo confiamos en la acción administrativa y dado que la maquinaria burocrática es lenta en su reacción, el control de la contaminación puede venir muy retrasado. Producido un nuevo factor contaminante, haría falta gestionar la dación de un reglamento (quizá una ley, quizá la modificación de un probable Código del Medio Ambiente si queremos que todo esté contenido en esa norma), para poder actuar sobre el nuevo peligro; y, mientras tanto, ese nuevo factor puede causar un daño irreparable.

---

813. A.I. OGUS y G.M. RICHARDSON: *Economics and the environment: a study of private nuisance*. Cambridge Law Journal, 36(2), November 1977. Cambridge, England, p. 290.

De otro lado, aun si la acción administrativa pudiera funcionar con gran rapidez, sus medidas están siempre orientadas hacia el futuro, hacia evitar en adelante los nuevos daños de contaminación; pero los que sufrieron tales daños inicialmente, quedarían sin reparación.

A estas dificultades se agrega que, en un mundo en el que Estado es en gran parte productor-contaminador, poco puede esperarse que sea el propio Estado quien se encargue directamente de controlarse a sí mismo. Es improbable que el Poder Ejecutivo ponga en vigencia un reglamento anticontaminante, cuando sus normas afectarán la operación de una empresa estatal y quizá alterarán sus resultados económicos: es probable que, adoptando la misma lógica que una empresa privada sus objetivos productivos fueran vistos como más urgentes que los objetivos sociales de prevención de la contaminación. En estas circunstancias, entonces, el control del Estado por la vía administrativa será un tanto desganado, si no manifiestamente negligente. Finalmente, es preciso tener en cuenta también que el Poder Ejecutivo puede ser objeto de presión por los grandes consorcios privados que realizan actividades contaminantes; lo que hará aún más lenta la puesta en marcha de medidas reglamentarias para controlar la contaminación.

584. *La acción de la responsabilidad extracontractual.* Frente a este panorama, la acción de responsabilidad extracontractual ofrece una estrategia intersticial (y, a veces, decisiva), porque considera como daño a los efectos nocivos de la contaminación sobre las personas y asegura a las víctimas una indemnización aunque todavía no exista reglamento alguno al respecto. Además, esta acción presenta una gran versatilidad debido a su utilización casuística. Adicionalmente, dado que esta acción es conducida por la persona afectada, tendrá un dinamismo proporcionado a la capacidad psicológica de reacción de la víctima (siempre que se faciliten los medios procesales, conforme se señalará en el Título siguiente).

El artículo 123 de la Constitución del Estado establece que "Todos tiene el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza". Otorgar un derecho significa otorgar una acción: un derecho sin acción para defenderse sería simplemente una declaración lírica. Por consiguiente, si la Constitución ha utilizado la palabra "derecho" y la ha referido a "todos" (es decir, a cada uno de los ciudadanos), debemos pensar que cualquier ciudadano afectado puede accionar contra quienes perturben su derecho, sean particulares o el propio Estado.

Es por ello que, análogamente a lo planteado en el caso de los productos defectuosos y sin menoscabo de la importancia de las disposiciones reglamentarias y las medidas administrativas como formas indispensables de control de la contaminación, el orden jurídico democrático otorga también al ciudadano común y corriente la posibilidad de hacer su propia guerra contra la contaminación con la ayuda de acciones judiciales. Así toda persona, ya sea individualmente o a través de asociaciones de protección del medio ambiente, puede luchar por la conservación del medio ambiente como correlato lógico de su derecho constitucional a gozar de él.

585. *Estrategias complementarias.* La posibilidad de recurrir a una lucha privada contra la contaminación a través de la responsabilidad extracontractual no significa que debamos dejar de lado la acción administrativa.

El mismo artículo constitucional citado, en su segundo párrafo, manda especialmente al Estado que vele por el medio ambiente. Y, de la misma forma como la responsabilidad extracontractual tiene posibilidades de acción que escapan al alcance de las medidas administrativas, éstas a su vez tienen posibilidades de acción que escapan a los alcances de la responsabilidad extracontractual.

De un lado, la dación de un reglamento tiene un carácter general inmediato, mientras que la sentencia judicial tiene un carácter inmediatamente particular y sólo mediatamente general. De otro lado, algunos de los efectos de la contaminación no son fácilmente monetarizables y, por consiguiente, no pueden incluirse dentro del concepto de daño reparable (salvo que se opte por la ficción del daño moral). En otros casos, aun cuando la cuantificación del daño es posible, puede ser difícil identificar a los agentes y determinar las proporciones en que han intervenido en la producción del daño: muchos de los daños específicos (problemas bronquiales, alergias, etc. por contaminación del aire, por ejemplo) son el resultado de la acumulación de muchas fuentes contaminantes (el conjunto de fábricas de harina de pescado o de fundiciones, por ejemplo). Frente a este tipo de dificultades, la acción administrativa fija pautas y coloca multas u otras sanciones, independientemente de que se puedan probar o no las relaciones de causalidad específicas que dan lugar a los daños de contaminación.

Por eso la acción administrativa y la acción de responsabilidad extracontractual son dos estrategias complementarias en la lucha contra la conta-

minación: la primera equivale a una guerra general; la segunda responde a una lógica de guerrillas.

586. *La contaminación y la jurisprudencia peruana.* En el Perú existen numerosos reglamentos y disposiciones administrativas orientados a controlar la contaminación. Empero, no se ha explotado todavía todas las posibilidades de la responsabilidad extracontractual en este sentido.

Sin embargo, es interesante destacar que muy tempranamente, al comienzo de la década del cuarenta, se abre la vía de la lucha judicial contra la contaminación con un caso con características muy similares al ejemplo de la fábrica y el ganadero que hemos puesto en los numerales precedentes y que tuvo particular relevancia tanto por la novedad del tema como por la calidad de los abogados que defendieron a una y otra parte.

Se trata de la demanda interpuesta por doña Elvira Santa María de Bazo, representante de la Testamentaria de don Juan Bazo Velarde, contra la Cerro de Pasco Corporation, para que le indemnice los daños que ésta le había causado con los humos de la Fundición de La Oroya, en su ganado lanar y vacuno que pastaba en la Hacienda Jatunhuasi. La demandante sostuvo que los efectos tóxicos se apreciaban en la disminución constante de la leche, en el aumento de la mortalidad del ganado, en la disminución del coeficiente de natalidad, en la pérdida progresiva de lana y en el desmejoramiento y el empobrecimiento fisiológico de los ganados. El abogado de la Testamentaria Bazo fue el doctor Manuel Augusto OLAECHEA y el abogado de la Cerro de Pasco Cooper Corporation fue el doctor Ernesto de la JARA y URETA. La demanda fue planteada por el doctor OLAECHEA fundándola sobre "la doble base legal de la culpa y del riesgo, agregando que la Corporation opera la Fundición y causa los humos por un acto deliberado y constante de libre determinación". La demanda se defendió con argumentos de hecho (los humos no causan daño) y también con un argumento productivo: "dicha solución (nociva) es inherente a la industria metalúrgica que no ha estado en sus manos remediar". Además se invocó la existencia de un pacto de irresponsabilidad que examinaremos más adelante [814].

814. *Infra*, No. 594. Un resumen del juicio puede leerse en el libro conmemorativo: *Estudio Olaechea 1878-1978*. Manuel P. Olaechea, editor. Lima, 1978, pp. 207-214.

Aun cuando en la discusión judicial no se hace un análisis económico-social de la contaminación, es interesante que, por Resolución Suprema de 1° de diciembre de 1942, la Corte Suprema condena a la Cerro de Pasco al pago de los daños; con lo cual se rechaza la pretendida inmunidad del agente contaminante basada en la argumentación de que la contaminación es una consecuencia inevitable y necesaria de la producción industrial, y se da de esta manera el primer paso hacia el control judicial de la contaminación [815].

Sección III: El tratamiento jurídico del daño intolerable

587. *Diferencias entre los accidentes y los daños intolerables.* Para proyectar una política jurídica adecuada respecto del daño intolerable es preciso distinguirlo claramente del accidente, ya que su diferente naturaleza debe conllevar un tratamiento jurídico distinto.

La primera característica que distingue a los daños intolerables de los accidentes es el hecho de que, mientras los accidentes son inevitables y de alguna manera obedecen a riesgos que benefician a la sociedad toda, los daños intolerables no implican ventaja social alguna y pueden ser controlados en mayor medida por el causante.

Este mayor control es evidente si existe dolo donde, por definición el causante produce el daño porque quiere producirlo: el acto doloso nunca es un accidente. Pero el control de la acción por el causante también es grande en los casos de daños causados con negligencia inexcusable, en los que no hay la intención directa de dañar pero el causante si quiere —tiene la intención— de colocarse en una situación de alto riesgo sin importarle el daño que pudiera causar. Esta situación se presenta también cuando el daño se comete en condiciones de infracción de normas legales: la empresa que no cumple los reglamentos de seguridad industrial, no es que quiera directamente el daño del trabajador lesionado (como sucede en el caso del dolo); pero asume la posibilidad de causar un daño al incumplir la norma orientada a evitarlo [816].

---

815. *Revista de los Tribunales*, T. XII, No. 493, 26 de Diciembre de 1942, p. 465.

816. Sobre la noción de "culpa inexcusable", conforme la define la doctrina francesa, *vide supra*, No. 122.

De otro lado, algunos de los daños socialmente intolerables resultan muchas veces, según ya se ha mencionado, de una acción acumulativa, como es el caso de los daños por contaminación: no estamos ante el accidente repentino, extraordinario, impremeditado, sino ante un acto repetido y continuado, ante una situación cuyos efectos dañinos se van plasmando día a día y cuyas consecuencias pueden ser observadas y calculadas. MICHELMAN dice que, dado que el daño por contaminación se produce en el tiempo, siempre es posible una cierta prevención; y el no prever cuando existe la posibilidad de hacerlo es de alguna manera un acto intencional [817]. Puede decirse que no hay posibilidad de control por el agente contaminante sólo en los casos en que el daño por contaminación se presenta de manera intempestiva por una falla inocente e imprevisible en los mecanismos de seguridad.

Una segunda característica del daño intolerable es su carácter difuso. De un lado, a diferencia del accidente rutinario en el que el número de víctimas es reducido (al punto que la doctrina jurídica clásica lo trata —equivocadamente, a nuestro juicio— como una simple relación interindividual entre las partes involucradas), el riesgo intolerable comprende a un gran número de víctimas potenciales: el chofer que conduce su vehículo a velocidades superiores a las reglamentarias se convierte en un peligro público, tanto por el hecho mismo de lanzar a las calles en condiciones de gran riesgo un aparato capaz de producir daños como también porque su actitud implica un menosprecio por las medidas de seguridad, lo que resulta en riesgo no para una persona o algunas personas perfectamente identificadas sino para un gran número de personas indeterminadas; de la misma manera, una fundición de plomo sin instalaciones adecuadas, que arroja directamente las emanaciones a la atmósfera, puede causar intoxicaciones severas e incluso la muerte de un número incalculable de las personas por absorción anormal de plomo por las vías respiratorias y digestiva. De otro lado, en el caso del daño intolerable por contaminación, esta naturaleza difusa no solamente se observa en los efectos resultantes sino también en la creación del riesgo. Si bien hay ocasiones en las que es posible identificar e individualizar al agente contaminante, en otros casos la identificación es posible pero no la individualización: el carácter acumulativo antes mencionado del daño conlleva que su producción sea la consecuencia de un gran número de agentes contaminantes. Si en el área existen varias fundiciones artesanales de plomo y se presentan casos de enfermedades por absorción anormal de este metal,

---

817. Frank MICHELMAN: *Op. cit.*, p. 667.

es probable que cada uno de los enfermos no sea víctima de ninguna de las fundiciones en particular sino en todas en conjunto.

Finalmente, una tercera característica de los daños intolerables es la presencia del interés social como ingrediente particularmente importante de la situación. Aun cuando todo en el Derecho se encuentra impregnado de interés social, los daños producidos en condiciones socialmente intolerables son fenómenos de naturaleza colectiva que —según se ha visto— sobrepasan el ámbito de cada individuo. Por una parte, se trata de daños que se producen contra la voluntad expresa de la sociedad de eliminarlos. Por otra parte, son daños que involucran a grandes sectores sociales: la existencia de su riesgo crea un problema de carácter general. Además, al lado de las víctimas que reclaman jurídicamente sus derechos, la contaminación produce un gran número de víctimas no identificadas que por diversas razones no están en capacidad de reclamar, pero cuyos intereses la sociedad debe también tomar en cuenta. A todo ello debe agregarse el hecho de que la sociedad tiene intereses comunes que no son simplemente la suma de los intereses de sus miembros: aun cuando todas las víctimas por contaminación de un determinado alimento fueran indemnizadas por el responsable del daño, ha habido un gasto social en médicos, medicinas, etc. que la sociedad hubiera preferido evitar. Los recursos orientados a reparar los efectos de la contaminación hubieran podido haber sido destinados a un fin socialmente productivo. En ese sentido, la sociedad tiene interés en evitar tal despilfarro social.

588. *La erradicación del riesgo intolerable: fin primordial del derecho.* Esta diferente naturaleza del daño intolerable frente al daño propiamente accidental exige un replanteamiento, respecto de este campo, de los propósitos que persigue el Derecho al poner a disposición de los ciudadanos el mecanismo de la responsabilidad extracontractual; cuando menos, la constelación de propósitos sociales presentes en toda la responsabilidad civil (reparación de la víctima, erradicación del riesgo, etc.) se combina en dosis diferentes cuando se trata de daños intolerables.

Así, a diferencia de lo que sucede con el accidente rutinario donde prima el criterio reparativo, en los casos de daños socialmente intolerables la preocupación fundamental del Derecho se orienta a la erradicación del riesgo (*deterrence*). En general, en todos los casos sometidos a la responsabilidad extracontractual la sociedad persigue tanto a reparar a la víctima como desalentar la producción de los daños. Pero, como ya se ha dicho, hay un gran número de situaciones en las que es inevitable que se cometan "negligencias": la posibilidad de ser siempre y totalmente diligente escapa

al ser humano. En cambio, cuando se trata de daños intolerables, el ingrediente voluntario en la producción del daño es mayor (puede llegar hasta el dolo clásico). Consecuentemente, la responsabilidad extracontractual aplicada a estos casos otorga una importancia enfatizada a las medidas erradicatorias; sin perjuicio siempre de la indemnización de la víctima.

Cuando hablamos de daños socialmente intolerables, ciertamente no estamos dentro de ese mundo de aquellos daños accidentales que son parte de la vida en común; al contrario, por definición, estamos ante daños que la sociedad no quiere que formen parte de los riesgos de la vida en común. En consecuencia, este tipo de daños se escapa del campo de aplicación del principio de distribución social del riesgo. Aquí la sociedad considera que no existe una responsabilidad social implícita, porque no hay tolerancia alguna al acto eventualmente generador de daños: la sociedad no se beneficia con tal acto y no quiere que se produzca; por tanto, los daños resultantes de esos actos no deben ser distribuidos socialmente sino que su peso económico debe recaer íntegramente en el causante.

589. *El daño intolerable y los seguros.* Lo dicho anteriormente significa que la responsabilidad debe atribuirse íntegramente al causante y que es necesario evitar que este recurra a tácticas individuales de difusión del costo económico del daño mediante la contratación de seguros: es preciso que sienta en carne propia los efectos de su conducta antisocial.

Mientras que tratándose de accidentes hemos abogado por una solución en la que intervienen preponderantemente los seguros, creemos que los daños intolerables no deben beneficiarse con la posibilidad de diluir su impacto sobre el causante; y, si bien es verdad que resulta difícil impedir que estos causantes indeseables se aprovechen del sistema de precios, cuando menos debe evitarse que utilicen el sistema de seguros. Si el agente contaminante, por ejemplo, sabe que su seguro lo cubre, no le importará contaminar en la medida de que, si tiene una reclamación, el seguro asumirá este costo y lo distribuirá entre la totalidad de asegurados. De esta manera, el efecto *deterrence* no se habrá logrado. En estos casos, la ley debe establecer que la Compañía de Seguros puede siempre repetir por lo pagado por el siniestro contra el causante del daño: por un principio similar al que inspira la costumbre de que en las pólizas se establezca que el seguro no cubre los daños causados en estado de ebriedad o con automóviles asegurados que estaban siendo conducidos por conductores sin brevete, no debe ser posible que nadie se proteja vía seguro por los riesgos intolerables que origine y por los

daños que pueda causar de esta manera (*exempli gratia*: atropellar a una persona mientras conducía en estado de ebriedad o contaminar el agua o la atmósfera).

Evidentemente, esto hace inoperantes los seguros voluntarios de responsabilidad civil por daños socialmente intolerables: nadie se asegurará por estos daños si su asegurador le va a cobrar de todas maneras lo pagado por el siniestro. Pero, dado que los seguros muchas veces no sólo alivian al causante sino también constituyen una garantía de cobranza para las víctimas, es preciso facilitar esta última función sin componer el propósito erradicante: por ello, aun en los sistemas de seguros obligatorios que pudieran crearse en el futuro, será conveniente establecer —incluso en los de tipo *no-fault*— que, si bien el seguro abona la indemnización a la víctima, tratándose de daños intolerables la Compañía aseguradora repetirá contra el propio "asegurado-causante", sin que se pueda permitir pacto en contrario [818]. En otras palabras, como el seguro no solamente es un mecanismo difusor del peso económico del daño (efecto no querido en este caso) sino también una garantía de solvencia frente a la víctima, estos daños intolerables podrían ser uno de los campos del seguro obligatorio: las empresas industriales estarían obligadas a asegurarse por responsabilidad derivada de daños de contaminación para proteger a las víctimas y el seguro obligatorio de automóviles debería cubrir incluso los accidentes en estado de ebriedad o aquellos causados conduciendo a velocidades antirreglamentarias; pero —a diferencia de lo propuesto para el seguro obligatorio en los casos de accidentes rutinarios de automóvil— la Compañía Aseguradora podría repetir siempre contra el asegurado lo que estuviera obligada a pagar a un tercero por estos conceptos. Como puede apreciarse, aquí se manifiesta una vez más ese nuevo sentido social del seguro —al que ya nos hemos referido al comentar el artículo 1988— en virtud del cual esta institución no es simplemente un mecanismo de protección individual de quien paga una prima para que lo liberen de problemas posteriores sino una forma de hacer más eficiente la vida en común.

590. *Specific deterrence.* Según hemos visto, tratándose de daños intolerables el causante tiene un mayor control sobre la producción de daños; y el hecho de tener que soportar el costo económico del mismo encareciendo su producto (si es productor) o asumiendo un costo no trasladable (en los de-

818. Respecto del seguro *no-fault* sin acción de repetición, véase *supra*, No. 460.

más casos), sin poder beneficiarse con el mecanismo difusor del seguro, puede contribuir a desanimar a quienes pudieran estar tentados de externalizar tal costo.

Pero la búsqueda del efecto "*deterrence*" por la vía de obligar al causante a internalizar el costo no es todavía suficiente: además de la presión del mercado para desalentar las actividades productoras de daños y sustituirlas por otras más seguras —aquello que CALABRESI llama *the general deterrence approach* [819]— es indispensable en los casos de contaminación recurrir complementariamente a otras medidas específicas —*the specific deterrence approach* [820]— tales como multas y sanciones administrativas, la clausura de establecimientos, leyes y reglamentos, eventualmente sanciones penales, etc, por todas las razones que antes se han expresado [821].

El sector de la doctrina (particularmente en los Estados Unidos) que se preocupa únicamente de la eficiencia económica de la responsabilidad extracontractual, no da mucha importancia a las medidas administrativas de control porque sostiene que, mediante transacciones voluntarias o con la ayuda de correcciones del mercado a través de acciones de responsabilidad extracontractual, los costos pueden ser internalizados por quien los produce; logrado esto, el mercado restablece su verosimilitud y se controla solo: por ejemplo, en el caso de los daños intolerables por contaminación, los productos contaminantes serán más caros y tenderán a desaparecer.

Nosotros pensamos que el mercado no es suficientemente transparente para funcionar con tal eficiencia, razón por la que es inevitable que daños tan intolerables como la contaminación deban ser combatidos frontalmente: el efecto *deterrence* no debe ser un mero subproducto hipotético del mercado sino un propósito colectivo, consciente y directo. Y no vemos la manera como el mercado por sí solo puede controlar otros riesgos intolerables, como la conducción de vehículos a velocidades antirreglamentarias o en estado de embriaguez, etc.

591. *El control del daño al menor costo.* Las medidas que la sociedad adopte para combatir la contaminación —sea por la vía del mercado o a tra-

---

819. Guido CALABRESI: *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*. Yale University Press. New Haven and London, 1970. p. 68; *vide supra*, No. 31.

820. Ibid., p. 95; *vide supra*, No. 31.

821. *Supra*, No. 585.

vés de medidas específicas o de ambas— deben tomar en cuenta que serán socialmente más eficientes si recaen en aquél que está en plenitud de controlar el daño al menor costo.

Es decir, dado que ante cada eventual daño cabe la posibilidad de que sus efectos sean neutralizados desde diversas perspectivas, independientemente de los valores morales que puedan encontrarse involucrados (sentido de justicia, etc.) —o adicionalmente a ellos— será posible controlar o neutralizar mejor el daño si las medidas erradicatorias (generales o específicas) se dirigen contra quien puede impedir la producción del mismo con un menor costo social. Por ejemplo, para impedir o neutralizar los daños a la salud que pueden producir los humos industriales nocivos se puede: (a) obligar a que todos los habitantes de las ciudades con industrias de este tipo usen permanentemente máscaras antigases (sería extraño, pero no imposible); u (b) obligar a las industrias contaminantes a que instalen dispositivos neutralizadores en sus chimeneas. Ciertamente, esto último es menos costoso (no sólo en términos económicos sino también psicológicos, sociales, educacionales, etc.) que lo primero; y, por tanto, es más eficiente. Sin embargo, puede presentarse el caso de que sea socialmente más eficiente (siempre en términos globales) colocar el problema en las manos de los habitantes de la ciudad y no de las empresas. Por ejemplo, imaginemos una industria molesta pero no malsana, que representa un elemento estratégico para el desarrollo del país y una fuente insustituible de divisas y de mano de obra. Imaginemos también que esta industria no puede instalar dispositivos que eliminen las molestias porque su precio es tal que sus productos dejarían de ser competitivos en el mercado internacional. En estas circunstancias, es posible que socialmente sea más conveniente dejar que los individuos afectados encuentren una solución por su cuenta para su malestar antes que proceder a adoptar medidas que conducirían al cierre de la fábrica. En este caso, los reglamentos (*specific deterrence*) no acogerían medidas que gravaran excesivamente la producción de esa fábrica incrementando sus costos más allá de lo económicamente razonable; y, a su vez, los jueces que conocieran juicios de responsabilidad extracontractual derivados de las molestias ocasionadas por la fábrica no trasladarían el costo de las mismas a la empresa por la vía de fijar una indemnización para las víctimas (*general deterrence*).

Sin embargo, no cabe duda de que la línea de demarcación entre un caso y otro no es evidente, sino que responde a un sofisticado razonamiento económico que requiere una importante base de información. Además, si el daño fuera de naturaleza tal que su valor moral o social fuera incomparable

(consecuencias para la vida o la salud de las personas, etc.), la actividad generadora deberá ser paralizada aun cuando presente un alto valor desde el punto de vista económico. Lo que nos hace ver que la tarea de los órganos administrativos encargados del control y de los jueces que conocerán los juicios de responsabilidad no será fácil ni exenta de errores y vacilaciones.

592. *Los daños intolerables y el Código de 1984.* ¿Cómo pueden ser tratados los daños intolerables por los jueces peruanos, teniendo en cuenta que no existe disposición específica sobre ellos en el Código Civil?

Ante todo, debemos preguntarnos si daños con estas características pueden ser considerados ordinarios o si más bien se trata de daños resultantes del ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa. En el primer caso, los daños intolerables quedarían sujetos a la responsabilidad por culpa del artículo 1969; en el segundo caso, estos daños darían lugar a una responsabilidad objetiva conforme al artículo 1970.

593. *El principio de responsabilidad: la intolerabilidad como fuente de riesgo.* En nuestra opinión, el daño intolerable está sujeto a la responsabilidad objetiva, debido a que se trata a un caso típico de la responsabilidad por riesgo a que se refiere el artículo 1970.

Toda conducta genera riesgos y es difícil decir cuando esos riesgos son suficientemente significativos como para pasar de la responsabilidad subjetiva (art. 1969) a la responsabilidad objetiva (art. 1970); en principio, el legislador ha dejado esa determinación al juez [822]. Sin embargo, tratándose de daños socialmente intolerables, estamos ante riesgos manifiestamente inaceptables por la sociedad: con la infracción de una prohibición reglamentaria destinada a evitar la producción de un determinado riesgo, el causante ha creado un riesgo adicional y tiene que asumir objetivamente todas sus consecuencias. La persona que conduce un automóvil por la ciudad como lo haría un piloto en una carretera infringe todas las normas de tránsito y crea un riesgo manifiestamente anormal; por consiguiente, el hecho mismo de haber infringido el Reglamento de Tránsito lo ha hecho incurrir en la premisa del artículo 1970.

Sin embargo, cabe preguntarse en que medida esta noción de riesgo socialmente inaceptable agrega algo a la aplicación a la teoría del riesgo. En

---

822. V. *supra*, No. 73.

última instancia, si ya hemos dicho antes que el simple hecho de conducir un automóvil es una actividad riesgosa [823], ¿qué cosa añade jurídicamente a ello (desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual) el hecho de conducirlo en sentido contrario al establecido para el tránsito en esa calle? Podría decirse que en ambos casos se aplica el principio de responsabilidad objetiva; por tanto, la noción de daño socialmente intolerable —que podía tener un sentido en un sistema predominantemente subjetivo— sería irrelevante dentro de un sistema de responsabilidad objetiva.

Pensamos que este razonamiento no es exacto. La noción de daño socialmente intolerable cumple varias funciones sumamente importantes para caracterizar la responsabilidad incurrida y sus alcances. De un lado, la presencia de un daño socialmente intolerable por infracción de un reglamento elimina toda duda respecto del carácter riesgoso de la actividad generadora del daño: cualquier discusión sobre la aplicación del artículo 1970 queda obviada. Pero, además, por su propia naturaleza (conforme lo hemos visto), el daño socialmente intolerable cancela toda posibilidad de difusión social del riesgo: por consiguiente, en vez de orientarse a borrar la existencia de responsables individuales (como sucede cuando se aplica el principio de difusión), esta categoría jurídica tiende a individualizar un responsable, a aislarlo del contexto y a hacerle sufrir todo el peso del daño. Mientras que la difusión del riesgo substrae el peso del daño de un individuo en particular y lo diluye en el medio social, la noción de daño socialmente intolerable concentra el daño en un individuo en particular.

Por otra parte, la categoría de daños socialmente intolerables permite aclarar mejor ciertas situaciones. Por ejemplo, en lo que se refiere a los daños por contaminación, no cabe duda de que algunos de ellos son resultado de la infracción de reglamentos de seguridad (hacer caso omiso de la prohibición de arrojar los relaves en los ríos, no colocar los dispositivos anticontaminantes obligatorios en las chimeneas de la planta, no facilitar máscaras y otros equipos de seguridad a su personal, etc.). En todos estos casos de daños intolerables, estamos ante una situación similar a la reseñada en los párrafos anteriores y, por tanto, se aplican las mismas consideraciones: la responsabilidad es objetiva (artículo 1970). Pero hemos visto que existe también la posibilidad de daños por contaminación aun cuando no se haya infringido reglamento alguno: a pesar de adoptar las precauciones esta-

823. *Supra*, No. 81.

blecidas por el reglamento respectivo, los efluvios de una fábrica de productos químicos contamina el río y producen la destrucción de las cosechas de los agricultores vecinos. Si esta situación está regida por el artículo 1969, la empresa propietaria de la fábrica podría demostrar que adoptó todas las precauciones razonables y que, por tanto, no teniendo culpa, no tiene responsabilidad. Sin embargo, pensamos que esa fábrica debe ser tenida como responsable objetivamente —aun cuando no haya sido negligente— porque, en muchos casos, los daños por contaminación son socialmente intolerables *per se* debido a la gravedad y a la amplitud del riesgo que crean; de tal manera, estos daños deben ser también incluidos en el campo de aplicación del artículo 1970.

Cabe aún otra variante de la situación descrita, cuyo tratamiento es más coherente si utilizamos la noción de daño socialmente intolerable (que implica, como hemos dicho, un alto contenido de riesgo): puede suceder que, no solamente esa fábrica de productos químicos no ha infringido reglamento alguno e incluso puede probar que actúo diligentemente, sino que además estaba sujeta a inspección permanente de alguna dependencia estatal y sus actividades habían sido declaradas satisfactorias en la última visita. ¿Puede pensarse que la "autorización de funcionamiento" o la conformidad de una visita de inspección otorgada por una autoridad administrativa libera civilmente de responsabilidad a la fábrica por los daños que cause? Creemos que no. El cumplimiento de los requisitos de seguridad exigidos para el inicio de operaciones de una planta y aun la comprobación periódica de que tales requisitos se siguen respetando no afecta la responsabilidad objetiva. Si estuviéramos ante un caso de responsabilidad subjetiva (art. 1969), podría decirse que tal autorización o comprobación abona la tesis de que las actividades contaminantes crean un alto riesgo para la población en general o para ciertos sectores de ella y consecuentemente están comprometidas en el artículo 1970, la ausencia de culpa (acreditada o no por una inspección estatal) no libera al causante de su obligación de indemnizar.

594. *Los daños socialmente intolerables y los convenios de irresponsabilidad.* ¿Pueden los daños socialmente intolerables ser materia de convenios de irresponsabilidad o de limitación de la responsabilidad (art. 1986)?

El Proyecto de la Comisión Reformadora contemplaba expresamente una prohibición de pactar la exoneración de responsabilidad en los casos de daños intolerables. El artículo correspondiente fue simplificado por la Comi-

sión Revisora hasta hacerle perder algunos elementos esenciales y convertirlo en una norma peligrosa [824].

Sin embargo, la norma original tenía una racionalidad que no podía ser negligentemente obviada. Como antes se ha dicho, en circunstancias tales como la contaminación ambiental (o, en general, en los casos de daños socialmente intolerables), no media únicamente el interés individual de algunas víctimas sino que interviene además el interés social. El problema de los humos que contaminan los pastos de los fundos vecinos, no es solamente un problema entre el dueño de la fábrica que produce humos y los dueños de los ganados afectados; también está presente el interés de la sociedad toda de que la ganadería nacional se desarrolle y de que la contaminación del aire no afecte a personas, animales o bienes comprometiendo la calidad de vida y las posibilidades económicas de personas ajenas al proceso productivo contaminante. Por ese motivo, un pacto de exoneración entre los dueños del ganado y el dueño de la fábrica que produce los humos iría contra el bien común y afectaría el orden público; cada uno de los potenciales afectados no puede renunciar a la reclamación por daños y perjuicios porque el interés que tiene en ella no le corresponde exclusivamente sino que, a través de ese interés, la potencial víctima es de alguna manera representante del interés de la sociedad, al cual no puede renunciar por sí sola.

Evidentemente, podría decirse que ese ganadero que suscribe individualmente un convenio con la fábrica contaminante de sus pastos, no está renunciando a los derechos de la sociedad sino sólo a los suyos particulares; y que más acorde con la teoría de mercado es dejar amplia libertad de negociación, de manera que, a través del sinnúmero de acuerdos privados, se logre el óptimo social.

Sin embargo, ya hemos señalado que no creemos que el mercado funcione con tal transparencia; y menos aún en el Perú [825]. Una fábrica poderosa (que puede incluso ser de propiedad estatal) logrará presionar uno por uno a todos sus vecinos social y económicamente más débiles para que suscriban convenios que la exoneren de responsabilidad, con el argumento de que más les vale aceptar ahora una suma de dinero aunque sea pequeña en vez de intentar pelear contra la contaminación para mantener la explotación

---

824. *Vid. supra*, Nos. 115-124.

825. *Confer supra*, No. 32.

de sus pastos y de sus ganados como antes de la existencia de los humos. De esta manera no se logra el óptimo económico: la fábrica sale victoriosa, los pequeños ganaderos soportan la situación y quizá pasan a trabajar como obreros de la fábrica, pero la sociedad pierde porque se abandona la ganadería y porque se ha doblegado a un grupo de personas que hubieran podido asumir la vigilancia y la lucha contra el mal social de la contaminación. En este sentido, es importante tener siempre presente que los bienes ecológicos que se pretenden preservar a través de la lucha contra la contaminación, no pertenecen a las personas individualmente consideradas; ni a una o alguna de ellas, ni aun a todas juntas consideradas como una suma. La preservación del ambiente es una finalidad de la sociedad toda y atiende a los intereses no sólo de algunos o muchos individuos sino de la humanidad toda, tanto presente como futura.

Es significativo que el caso más importante que han tenido nuestros Tribunales en materia de contaminación ambiental involucre precisamente un análisis de los pactos de irresponsabilidad en esta materia.

En efecto, en el juicio ya mencionado de la Testamentaria de don Juan Bazo Velarde contra la Cerro de Pasco Cooper Corporation sobre los daños causados a pastos por los humos de la fundición de La Oroya [825bis], una parte sustancial de la discusión giró en torno a los pactos de irresponsabilidad. Don Juan Bazo había adquirido en arrendamiento el fundo Jatunhuasi por un traspaso que le había efectuado de su propio arrendamiento la Sociedad Ganadera Junín, subsidiaria de la Cerro de Pasco Corporation. Esta sociedad ganadera le había exigido, como condición para el traspaso, que Bazo renunciara *para siempre* —sin límite de plazo— a reclamar daño o perjuicio alguno a la Cerro de Pasco Corporation por eventuales daños que pudieran causarle los humos de La Oroya. Cuando finalizó el plazo del arriendo obtenido en traspaso, don Juan Bazo logró un nuevo contrato, esta vez celebrado directamente con el propietario del fundo, sin que se estipulara ninguna cláusula de irresponsabilidad en favor de la Cerro de Pasco Corporation; pero, dentro de la intención de los contratantes del traspaso, esa condición debía seguir vigente por tiempo indefinido aún después de la terminación del arriendo traspasado. Mientras el señor Bazo condujo el fundo (en virtud del contrato traspasado o del arriendo directamente obtenido), no hubo efectivamente reclamación alguna, sea porque no hubo daños, sea porque dicho

---

825bis V. *supra*, No. 586.

arrendatario honró su compromiso a pesar de haber recibido daños. Pero cuando murió Bazo, sus sucesores plantearon una demanda contra la Cerro de Pasco y le exigieron el pago de los daños derivados de la influencia nociva de los humos sobre el ganado, aduciendo que el convenio de irresponsabilidad por tiempo indefinido era nulo porque constituía abuso del Derecho y lesionaba el orden público (arts. II y III del Título Preliminar del Código Civil de 1936).

La Corte Suprema percibió el problema de fondo, posiblemente en términos muy similares a los defendidos en estas páginas; y esto la llevó a declarar que ese pacto carecía de valor, a pesar de que los pactos de irresponsabilidad son válidos. Esto parece una contradicción y la Ejecutoria Suprema siente la necesidad de explicar que "no hay contradicción" en ello. La aparente contradicción se presenta por el hecho de que la Corte no comprendió la distinción entre daños intolerables y daños ordinarios; y esto no le permitió fundamentar de manera más completa su resolución. En realidad, la Corte estaba convencida de que los pactos de irresponsabilidad son posibles; pero también pensaba que *en este caso* ese pacto no era admisible. ¿Por qué particularmente en este caso no podía admitirse? La Corte no encontró fundamento en la naturaleza de los daños (lo que hubiera facilitado el tratamiento jurídico) y tuvo que recurrir a una argumentación de carácter contractual. Es así como sostuvo que el pacto era válido y obligatorio para Bazo mientras estuvo vigente el contrato de arrendamiento que recibió en virtud de ese traspaso condicionado; pero que los alcances de esa estipulación no se extendían hacia el futuro después de la terminación de ese contrato, aunque así hubiera sido expresamente pactado. Como puede apreciarse, la Corte consideró que el convenio de exoneración de responsabilidad era válido entre las partes mientras estuvo vigente el arrendamiento que se recibió en traspaso bajo esa condición, porque entonces tal exageración de responsabilidad tenía una justificación en el equilibrio del contrato. En cambio, no era válido que a través de esa condición referida a un traspaso específico, se pretendiera establecer una exoneración de responsabilidad *ad aeternum*, aun cuando el que sufre el daño ya no tiene una relación contractual con quien hizo el pacto y no hay una contraprestación activa que compense esa exoneración. En otras palabras, la Corte Suprema adoptó una tesis similar en líneas generales a la idea de la *consideration* en Derecho anglo-sajón: durante el segundo período contractual, no existía *consideration* para justificar tal limitación del derecho; lo que, en términos que

nos son más familiares, equivale a decir que se trataba de un abuso de Derecho [826].

En realidad, si se hubiera distinguido entre exoneración de responsabilidad ordinaria y exoneración de responsabilidad por daño intolerable, Bazo hubiera podido reclamar daños y perjuicios en cualquier momento, sin que pudiera diferenciarse entre la época durante la cual transcurrió el arrendamiento obtenido directamente. Porque, en última instancia, todo pacto de exoneración de responsabilidad por daño ambiental hubiera sido considerado un abuso del Derecho y, por consiguiente, nulo.

Por todo ello y habiendo existido ya un caso de este tipo en nuestra jurisprudencia, habría sido muy conveniente que esta situación fuera directamente legislada en el Código para evitarle al Juez problemas de interpretación innecesariamente complejos. No ha sido así. Se prefirió no decir nada. En consecuencia, cuando se presenten ante los Tribunales estos casos de convenios de exoneración de responsabilidad por daños que no tienen repercusión exclusivamente individual sino también social, el Juez tendrá que hacer un gran esfuerzo de imaginación creativa para acondicionar las normas existentes a una solución justa. En algunas circunstancias podrá sostener que se trata de un convenio para exonerar culpa inexcusable y que, consecuentemente, es nulo conforme al artículo 1986. Este es el caso de convenios de exoneración de daños causados por efluvios o emanaciones que, aunque no se tenga intención expresa de arrojarlas al medio ambiente a pesar de que causan daños. Como puede apreciarse, mientras que la prohibición de exonerar responsabilidad por culpa inexcusable tendrá que ser atenuada por la jurisprudencia en algunos casos para permitir la libertad de contratación y el sano ejercicio del acuerdo previo como medio de evitar juicios posteriores[827], en otros casos —como estos de contaminación— los jueces tendrán que ser más duros en la interpretación de la culpa inexcusable a fin de velar por el interés social en esas situaciones que el Código omitió considerar de manera expresa.

595. *Solidaridad de responsables.* Hemos indicado que algunos de los datos socialmente intolerables tienen una naturaleza muchas veces acumulativa. Este es el caso particularmente de los daños por contaminación. Dado

826. El dictamen fiscal y la sentencia fueron publicados en la *Revista de los Tribunales*. T. XII, No. 493, Lima, 26 de Diciembre de 1942. pp. 466-475.

827. Vid. *supra*, No. 116.

que el daño es resultado de una multiplicidad de acciones posiblemente realizadas por distintas personas naturales o jurídicas (la repetida emisión a la atmósfera de humos de harina de pescado por diversas fábricas), ¿cuál es el "responsable" a quien las víctimas deben demandar?

Este problema, que se presenta como muy complicado en algunas legislaciones, pensamos que tiene una solución simple —aunque no exenta de dificultades laterales— en el Código peruano, dentro del espíritu de *deterrence* preconizado en este Capítulo.

En efecto, el artículo 1983 establece que si son varios los responsables del daño, responderán solidariamente. De esta manera, aquél que sufra de alergias por las emanaciones de las fábricas de harina de pescado, no tiene que preocuparse en individualizar la fábrica en particular que le causó el daño: todas contribuyeron a crear la atmósfera dañina. El artículo 1186 del Código establece que, tratándose de obligaciones solidarias, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente; y que las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte pagada la deuda por completo. En consecuencia, las víctimas, amparándose en la solidaridad de los responsables, pueden demandar a todas, a un grupo o a cualquiera de las fábricas contaminantes; y, habiendo la víctima demandado ya a una de las fábricas, puede demandar a otra mientras no se le haya pagado la indemnización.

Claro está que tal víctima no podría exigir a uno de los presuntos responsables lo que el juez ha establecido en una sentencia contra otro de los responsables. Esa víctima tendría que probar nuevamente los daños en el juicio seguido contra el segundo, como si nunca lo hubiera hecho en otro juicio anterior: el alcance de una sentencia judicial está restringido estrictamente a las partes intervinientes en el juicio, por lo que el segundo presunto responsable no es aún un "obligado" hasta que el juez no lo declare así en el segundo juicio por el mérito de las pruebas que se actúen en ese proceso. Además, tendría que probar, en este segundo juicio, que sus daños fueron superiores a los establecidos por el Juez en el primer juicio, ya que no es posible percibir dos veces indemnización por el mismo daño: la base de su acción contra el segundo obligado solidario tiene que consistir en que el daño no ha sido todavía *íntegramente* reparado.

La norma del artículo 1186 ha sido pensada teniendo en mente fundamentalmente las obligaciones contractuales, que se encuentran predetermi-

nadas al juicio por el contrato mismo: la identificación de los varios deudores solidarios surge del mismo contrato. Esto no sucede así en el caso de la responsabilidad extracontractual donde, para que la obligación tenga materialidad, el juez tiene previamente que definir la responsabilidad y establecer la indemnización. Por este problema de adaptación del concepto de solidaridad, que no ha sido resuelto por el legislador de la Sección sobre responsabilidad extracontractual, surgen dificultades graves de funcionamiento de estas instituciones en el caso de la contaminación. De un lado, la víctima tiene que demandar a todos simultáneamente o resignarse a iniciar juicios distintos, repitiendo pruebas complicadas con claro perjuicio de la economía procesal y de la facilidad deseable para obtener la indemnización. De otro lado, la víctima corre el riesgo de que diferentes jueces llegan a resultados diferentes en cada sentencia. Así, mientras lo primero afecta la eficaz garantía del derecho a la indemnización, lo segundo tiene además un efecto disruptivo del sistema jurídico pues puede conducir al establecimiento de obligaciones distintas entre los responsables solidarios de un mismo daño. Y, si bien es verdad que la figura procesal de la acumulación puede ayudar, es cierto también que abre la puerta a ciertas dificultades y tardanzas del procedimiento.

De otro lado, es interesante señalar que el artículo 1983 establece también que el responsable solidario que pagó la indemnización puede repetir contra los otros [828], correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. De este modo, la acción de responsabilidad por daño de contaminación no resulta una ruleta rusa accionada por la víctima, quien puede colocar el revólver de la responsabilidad extracontractual en la sien de uno cualquiera de los agentes contaminantes: el derecho que le otorga esta norma al obligado al pago para que repita contra los demás agentes contaminantes es una forma de que el tiro llegue finalmente a todos los que crearon el riesgo de contaminación; y, por este camino, también se cumple el efecto *deterrence* ya que todos los contaminadores —y no sólo aquellos más visibles para las víctimas— recibirán su parte de esta suerte de "sanción-reparación".

En el caso de los daños por contaminación, dada la dificultad de establecer proporciones en la producción del daño, lo más frecuente será que se haga uso de la última parte de este artículo que prescribe que cuando no sea

828. Vid, *supra*, Nos. 336-339.

posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales. Sin embargo, cabe la posibilidad de una discriminación en dos casos. En primer lugar, cuando uno de los responsables logra probar que otro de ellos tiene una mayor incidencia contaminante porque tiene en peor estado que los demás sus equipos o no ha adoptado ni siquiera las precauciones más elementales. En segundo lugar, la discriminación también es posible cuando no existe equiparidad entre los agentes contaminantes en volúmenes de producción industrial dentro de la actividad contaminante; y, mientras una o algunas de las empresas tienen una intensa actividad industrial, otra u otras no tienen sino una pequeña participación en esa actividad industrial contaminante. Pero en ambos casos, la discriminación resulta beneficiosa desde el punto de vista de la erradicación de la actividad contaminante porque hace recaer fundamentalmente el peso económico de la obligación de pagar indemnización en aquellas empresas cualitativa o cuantitativamente más contaminantes.

596. *El tratamiento de los daños ambientales no materiales dentro de la legislación peruana.* Antes de finalizar este tema de los daños intolerables, parece necesario hacer referencia a un cierto tipo de daños que, por su naturaleza misma, resultan difíciles de manejar a través del derecho. Estos son los que podríamos denominar como "daños ambientales no materiales".

Las situaciones a las que hemos hecho alusión hasta ahora implican que el daño ambiental se traduce en perjuicio económico; en consecuencia, la vía de ingreso de la responsabilidad extracontractual en este campo es por la idea de reparación económica de un daño monetarizable. Pero de hecho se presentan casos en los que, unas veces complementariamente y otras veces independientemente de esos daños, aparecen efectos nocivos que no son evaluables en dinero. Es posible concebir los daños causados por las emanaciones industriales no solamente en función de los perjuicios que causan a la salud de las personas (costos médicos, etc.) o a otra explotación económica (desmedros del ganado o de los cultivos) o simplemente a otro patrimonio (alteración de la pintura de una casa privada, vecina de la instalación industrial), sino también en función de las meras incomodidades que causan a terceros; por ejemplo, esas emanaciones pueden o no causar perjuicios económicos, pero en todo caso constituyen un olor insoportable para las personas que viven en las cercanías. También es posible pensar que el ruido que causa una fábrica "contamina" la vecindad y hace intolerable la vida.

En estos casos, parecería que nos encontramos fuera del campo de la responsabilidad extracontractual en la medida de que el daño no es repara-

ble en dinero; salvo que admitamos que estas situaciones entran dentro del discutido concepto del daño extrapatrimonial o moral que hemos tratado en otra parte de este libro [829]. Claro está que, aun aceptando la limitación de la responsabilidad extracontractual a los perjuicios de carácter económico, un abogado imaginativo podría todavía construir una demanda que pudiera ser amparada por un juez abierto a las adaptaciones que requiere el Derecho. Dentro de este espíritu pudiera sostenerse que la existencia de una actividad en las inmediaciones que emite un olor desagradable o que produce ruidos molestos causa un daño económico porque rebaja el valor de la propiedad en la zona, reduce las expectativas de alquileres, etc. Por este camino se podría obligar al agente de contaminación olfativa o acústica a que internalice los costos que de otra manera se está ahorrando indebidamente: aquellos correspondientes a la instalación de un equipo destinado a eliminar los olores o los ruidos molestos o, si ello es imposible, los mayores costos de transporte que significaría instalar tal fábrica lejos de los centros poblados.

Evidentemente, para construir la idea de daño en estas situaciones, el juez puede ser notablemente ayudado por las disposiciones administrativas sobre zonificación; no es lo mismo instalar una fábrica que produzca humos pestíferos al lado de la Plaza de Armas que en una Zona Industrial especialmente habilitada para industrias molestas. De esta manera, si la zona hubiera sido previamente calificada como industrial, ningún vecino tendría derecho a quejarse si luego se instala en ese lugar una industria que causa incomodidades porque, al comprar su lote, estaba prevenido por las disposiciones sobre zonificación que una cosa parecida podía suceder. Al tratar sobre la responsabilidad del Estado hemos hecho ya mención de un caso de este tipo que ha sido ventilado ante los Tribunales peruanos. Don Luis Esteves Flores interpuso una acción contra la Municipalidad de San Isidro sobre nulidad de la licencia de apertura de establecimiento y pago de daños y perjuicios por haber autorizado la instalación de una bodega y de una peluquería en una zona residencial. Y es interesante destacar que el argumento del demandante para reclamar daños y perjuicios fue precisamente la pérdida del valor de su propiedad en razón de este cambio de fisonomía la zona. La Corte no amparó la demanda por la sola razón de que, previamente a la compra del terreno por el señor Esteves y a la edificación de su casa, ya existía una carnicería en el barro. Nótese que el argumento es engañoso: no se funda en la zonificación de derecho (que era indudablemente residencial) sino en una

829. Vid. *supra*, Nos. 396-410.

suerte de zonificación de hecho dado que, en la práctica, ya existía una previa infracción a tal zonificación que la invalidaba; como si el hecho (además ilegal) pudiera modificar el Derecho. Pero, independientemente de esa consideración, lo importante para el punto que estamos comentando es que la Corte consideró —*contrario sensu*— que si esa zona hubiera sido efectivamente residencial, la demanda habría sido fundada [830].

597. *El daño estético.* Un grupo particularmente complicado de daños ambientales no materiales es el que se relaciona con los aspectos estéticos.

¿Pude reclamar alguien una indemnización de otro aduciendo que ha afeado el ambiente del cual legalmente el demandante disfruta? Sobre este tema no existen todavía criterios definidos en el Derecho Comparado. Algunas legislaciones admiten en mayor o menor grado que el hecho de arruinar la estética del lugar es un daño reparable y que los damnificados pueden ejercitar la correspondiente acción de daños y perjuicios. Sin embargo, otras han visto el problema con extrema precaución y aún con abierta desconfianza. En Inglaterra, por ejemplo, existe un dictamen judicial emitido por WRAY C.J. en el llamado "caso Aldred", en una fecha tan temprana como es el año de 1857, donde se sostiene que los problemas estéticos no dan lugar a acción de daños porque "se trata de un asunto de gusto y no de necesidad". Si bien esta jurisprudencia corresponde a una época preindustrial donde estos problemas no eran muy frecuentes, la misma tendencia continúa en el Derecho inglés actual. La idea de los Tribunales ingleses es que los asuntos sobre estética urbana corresponden más bien al dominio del planeamiento urbano antes que a la responsabilidad por daños y perjuicios [831]. El argumento es ciertamente discutible; pero en el fondo revela la dificultad que tiene el Derecho para manejar los elementos subjetivos y los aspectos no económicos de la vida social: el juez no encuentra criterios objetivos para opinar sobre los gustos y, además, no sabe como valorizar económicamente aquellos aspectos que son puramente estéticos, para los efectos de fijar una indemnización.

En el Perú no existen antecedentes en esta materia; aunque quizá, de alguna manera, el caso de Luis Esteves con la Municipalidad de San Isidro

---

830. *Luis Esteves Flores con la Municipalidad de San Isidro*, Ejecutoria Suprema de 31 de Octubre de 1967, R de J.P., año 1967, pp. 1464-1466.

831. A.I. OGUS y G.M. RICHARDSON: *Economics and the environment: a study of private nuisance*. 1977 Cambridge Law Journal 36(2), p. 296.

puede ser pionero también en ese sentido: la presencia de una bodega y de una peluquería afeaba el barrio, atentaba contra la estética urbana de esa zona diseñada con otros criterios estéticos para fines residenciales. Ahora bien, cabe tener en cuenta que en la vida social ningún aspecto se da en estado puro: cada elemento se encuentra de cierto modo vinculado a todo lo demás. En consecuencia, el daño "estético" no es nunca enteramente no material: involucra generalmente aspectos económicos que pueden ser explotados por un demandante hábil. Es así como, de la misma manera que en los casos de vecindades molestas (ruido, olores desagradables, etc) que antes hemos mencionado, el perjudicado por un daño estético podría aducir un desmedro del valor de su propiedad en razón del afeamiento del lugar. Y esto permitiría una más clara intervención de la responsabilidad extracontractual.

Finalmente, es preciso recordar que la Constitución de 1979 en su artículo 123 establece la preservación del paisaje y la naturaleza como objetivos fundamentales del orden jurídico peruano; mandato constitucional que tiene indudablemente implicaciones de carácter estético. Debe advertirse que la norma citada no distingue entre paisaje rural y paisaje urbano; por tanto, en aplicación del principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, debemos concluir que la Constitución se preocupa por el uno y por el otro tipo de paisaje. Por consiguiente, los jueces y Tribunales habrán de permitir la utilización de acciones de responsabilidad extracontractual que colaboren con este propósito constitucional; pero deberán fundamentar adecuadamente sus sentencias a fin de que, con la reflexión jurisprudencial acumulativa que se producirá en torno a casos concretos, pueda ser posible ir construyendo una teoría razonable del daño estético que garantice el derecho constitucional de todo ciudadano a un ambiente estéticamente adecuado, sin incurrir en la arbitrariedad ni tampoco en la aburrida tiranía de una estética particular.

TITULO III

ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

CAPITULO I

INTRODUCCION AL TEMA DEL PROCEDIMIENTO

598. *Necesidad de soluciones procesales.* Las condiciones particulares en las que debe plantearse a veces la acción de responsabilidad extracontractual dan lugar a algunos problemas procesales especiales cuya solución no ha sido directamente considerada en el Código de 1984.

Podría decirse con cierta razón que los aspectos procesales no deben ser incorporados al Código Civil ya que ello significaría usurpar las funciones del Código de Procedimientos Civiles. Sin embargo, dado que a veces no se trata de situaciones puramente procesales sino más bien derivadas de la naturaleza civil del problema, observamos que, en la práctica, el Código Civil ha tenido que legislar acerca de un gran número de situaciones con ingredientes procesales[832]. En consecuencia, de los 2122 artículos del Código Civil de 1984 hay cuando menos 473 que tienen alcance procesal; y estos se encuentran repartidos por casi todos los temas de Código...salvo en la responsabilidad extracontractual donde no se aceptaron las indispensables referencias procesales que fueron propuestas durante las discusiones de los proyectos del Código.

599. *Temas procesales de la responsabilidad extracontractual.* Pensamos que hay cuando menos cuatro temas procesales directamente vinculados con la responsabilidad extracontractual: las medidas orientadas a paralizar el acto dañino, los problemas que presenta la existencia de una pluralidad de víctimas, los problemas que se derivan de la existencia de una pluralidad de causantes y las relaciones entre las acciones civiles de indemnización y el pedido de reparación civil en los juicios penales.

---

832. Lorenzo ZOLEZZI: *Disposiciones de contenido procesal* en Obra colectiva: *Para leer el Código Civil*. T. II, 2 a.ed., Fondo Editorial. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985, p. 150.

El primero de estos temas dio lugar a una propuesta del autor de este trabajo en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, reiterada más tarde ante la Comisión Revisora; la que, luego de ser aceptada, fue finalmente suprimida. Consideramos que debió formar parte del Código por las razones que desarrollaremos a continuación y explicaremos las formas de suplir parcialmente su ausencia. El segundo corresponde quizá más propiamente al Derecho Procesal, pero nos parece importante hacer de todas maneras una referencia al mismo; sobre todo por que algunos autores consideran que la problemática de los llamados intereses difusos o colectivos no es de índole exclusivamente procesal, sino que "toca —detrás de esa aparente muralla de formas— el fondo de las concepciones típicas del propio sistema de la responsabilidad civil" [833]. El tercero es el único que se encuentra de alguna manera tratado en el Código Civil y ya ha sido comentado en otra parte de este libro [834]: nos limitaremos a hacer algunas referencias a la pluralidad de obligados al tratar de las nuevas formas de concebir la acción de responsabilidad en la doctrina y en el Derecho Comparado. El cuarto tema ha sido ya desarrollado al referirnos a los daños dolosos [835].

---

833. Gabriel A. STIGLITZ: *La Responsabilidad Civil. Nuevas formas y perspectivas.* La Ley. Buenos Aires, 1984. N° 26, p. 47.

834. *Vid supra*, Nos. 329-339.

835. *Vid supra*, Nos. 43-49.

CAPITULO II

LA PARALIZACION DEL ACTO DAÑINO

Sección I: El Problema

600. *Los daños continuados*. En la provincia de la responsabilidad extracontractual nos encontramos que habitan un gran número de daños que tienen una forma continuada.

Esto significa que no se presentan como un solo acto que agota sus consecuencias dañinas en una única vez, sino que la conducta dañina se prolonga en el tiempo con posibilidad de seguir causando daños. Es por este motivo que la demanda de indemnización por los perjuicios causados hasta el momento de su interposición no basta para satisfacer a la víctima, porque esos perjuicios es probable que no se hayan acabado de causar. Tampoco tiene sentido sostener que la víctima siempre puede iniciar una nueva acción judicial por los daños subsecuentes, no reclamados en la acción anterior: en la medida en que el pago de una reparación fuera todavía rentable para el agente del daño, éste seguirá dañando; y la víctima seguirá exigiendo daños y perjuicios.

De esta manera se crea una especie de círculo vicioso de la responsabilidad extracontractual que es en mucho equivalente al absurdo jurídico de *obligar* a la víctima a entrar en una suerte de "contrato" hipotético, por el que el causante tiene derecho a dañar a cambio del pago de una suma de dinero cuyo monto lo fija el juez. Un tal "contrato" forzado no solamente sería muy ineficiente (debido a que la prestación en favor de la víctima tiene siempre que ser exigida a través de un juicio largo, que aumenta los costos transaccionales y no responde a la lógica del mercado), sino que además repugna a nuestra noción de libertad contractual. Estamos de acuerdo en que la noción de autonomía de la voluntad puede estar en proceso de convertirse en anacrónica. Los contratos *voluntariamente* celebrados pueden estar suje-

tos a múltiples limitaciones legales o contractuales en razón del bien común o de otros principios, valores o intereses. Pero nadie puede *obligar a un tercero a entrar* en un contrato contra su voluntad.

Sin embargo, si no hay manera de impedir que el causante prosiga con la actividad dañina y si éste se pone al día con el derecho mediante el simple pago de una suma de dinero a la víctima (indemnización) que ni siquiera es convenida con ella sino establecida por un tercero (el juez), estamos ante una situación similar a la del "contrato forzado" a que antes nos hemos referido y que es inaceptable para nuestro Derecho.

601. *El interés privado y el interés público.* Notemos que este tipo de situaciones puede presentarse en relación con daños que interesan fundamentalmente a las partes comprometidas, como también en relación con daños que involucran intereses públicos.

Es así como quien habita en una casa vecina a la construcción de un edificio, puede demandar a los responsables de la edificación porque los constructores le han ensuciado los patios, le han echado a perder la pintura de la fachada, han arrojado cemento y piedras del otro lado del lindero lo que ha caído en el interior de los dormitorios, y colocan el desmonte delante de su garage sin permitirle entrar o salir con su automóvil. Pero si no se adoptan las precauciones correspondientes de inmediato, los daños van a seguir durante todos los meses que faltan hasta la terminación de la obra; con el agravante de que la demanda por daños y perjuicios ya causados tardará mucho en resolverse y será posiblemente sentenciada cuando el edificio se encuentre terminado. Estamos, pues, ante un caso de daño continuado que afecta primordialmente a un interés privado; el interés público (que el Derecho sea respetado) interviene únicamente con carácter complementario.

Pero también podemos imaginar otros casos en los que el interés público está directamente en juego, sobre todo en lo que se refiere a contaminación. Al propietario de una empresa minera que arroja regularmente sus relaves al río, puede no importarle mucho de que de tiempo en tiempo lo demande alguno de los agricultores vecinos, a quien pagará una módica reparación por los perjuicios causados en sus cosechas después de un prolongado juicio cuya demora lo beneficia. Dentro de su lógica, más barato le resulta pagar esas indemnizaciones tardías que instalar un complicado procedimiento de eliminación o tratamiento de los relaves. Sin embargo, en esta situación no solamente hay un interés jurídicamente tutelado de los agricul-

tores que demandan por los daños causados, sino que también hay un interés social en juego; existen otros pequeños agricultores que no demandan porque carecen de recursos económicos o culturales para hacerlo; al país le interesa no sólo que se reparen los daños sufridos por el agricultor sino también que la producción nacional de productos agrícolas no disminuya; el agua contaminada del río presenta costos adicionales de tratamiento para el estado y/o las Municipalidades con miras a su utilización potable en las ciudades y pueblos que se encuentran río abajo; etc.

602. *La inminencia de daño.* Por otra parte, hay circunstancias en las cuales un acto no ha tenido aún lugar; pero existe una razonable probabilidad de que produzca daño si se lleva a cabo. En ese caso también interesa no solamente cobrar daños y perjuicios *a posteriori* sino obtener un alivio jurídico *a priori* mediante una orden judicial para que tales daños no lleguen a producirse.

603. *La función preventiva del Derecho.* En todos estos casos —relativos al daño continuado o a la inminencia del daño— hace falta, entonces, un procedimiento que permita no sólo cobrar una indemnización (si algún daño ya se produjo) sino además obtener la paralización del acto continuado o inminente que genera el daño.

Como señala Augusto Mario MORELLO, "la destrucción del paisaje o del acervo arqueológico, la angustia por las deprivaciones del armamento y bases nucleares, la contaminación del Nahuel Huapí, o de los ríos por las minas de potasio de Alsacia..." producen "una situación global que azuza a que los derechos constitucionales que protegen a la persona, la libertad, la propiedad, la intimidad y la seguridad, desplieguen nuevas líneas de defensa que tienen que ser imaginadas con una carga fuertemente *preventiva* como que lo importante no es enjugar un daño ya producido sino, por el contrario, evitar que se consume una lesión" [836].

Sección II: Antecedentes

604. *La cautio damni infecti.* Un antecedente remoto del intento jurídico de satisfacer esta necesidad, lo encontramos ya en Roma.

---

836. Augusto Mario MORELLO: *Prólogo*, al libro de Gabriel A. STIGLITZ: *La Responsabilidad Civil. Nuevas formas y perspectivas.* La Ley. Buenos Aires, 1984, p. IV.

Sin embargo, conforme antes se ha señalado, la responsabilidad extracontractual no estaba sino apenas atisbada en el Derecho Romano; no existía todavía una conceptualización clara de esta institución jurídica que permitiera desarrollar una teoría general capaz de organizar las reglas de responsabilidad, sus acciones y prevenciones. Es por ello que lo más cercano que encontramos en Roma respecto de este punto —*la cautio damni infecti* y los interdictos— son todavía soluciones muy lejanas de nuestra problemática contemporánea.

En realidad, la *cautio damni infecti* no era una acción sino una estipulación desarrollada por los pretores para proteger el interés individual en un caso muy específico; por eso se la llama también *stipulationem damni non facti*. El caso típico que pretendía proteger la *stipulationem* era el de los eventuales daños que pudieran derivarse a causa de la *aedibo vitioso o ruinoso*, es decir, la posibilidad de sufrir daño por la caída de un inmueble que amenazara ruina; pero también podía solicitarse la *cautionem* cuando el vecino construía una obra peligrosa [837].

El ciudadano en peligro acudía ante el magistrado para expresar su preocupación y éste obligaba al dueño del predio ruinoso a dar una promesa al reclamante en el sentido de que ese dueño se hacía responsable y, si se producían los daños temidos, pagaba una indemnización. La estipulación en favor del eventual dañado podía ser una simple "*repromissio*" (promesa) o una "*satisdatio*" (si se otorgaba con fiadores) [838]. En caso de que el prominente no cumpliera con lo prometido, el pretor otorgaba al damnificado una *actionem ordinariam ex stipulatio* para cobrar la indemnización.

Como pudo verse, no se trataba de una medida destinada a paralizar la posibilidad de daño sino más bien, dentro de un Derecho en el que la responsabilidad extracontractual no era claramente percibida, mediante la *cautione damni infecti* se creaba una posibilidad "contractual" (pero era un contrato impuesto) de una acción de daños y perjuicios posterior en la que ya no era preciso que el actor probara la culpa del demandado sino completamente el hecho que da origen al resarcimiento prometido. Pero lo intere-

---

837. Pietro BONFANTE: *Corsi di Diritto Romano*. Vol.II *La Propietá*. Parte I. A. Giuffré Editore. Milano, 1966, p.384.

838. Antonio GUARINO: *Diritto Privato Romano*. 7ma. ed. Editore Jovene Naponi. 1984.N°204, p.240.

sante es que, ante el peligro de un daño probable, el magistrado *obligaba* al potencial causante *a hacer algo*; aun cuando ello no fuera sino otorgar una mera promesa preparatoria de una acción. Y este mandato se producía ante un eventual *damno futuro*; pero no era necesaria una amenaza efectiva de daño para movilizar al pretor sino que bastaba el temor fundado de que pudiera producirse [839].

El Derecho Romano tuvo en ese sentido más conciencia de la necesidad de aplicar un pronto remedio a ciertas situaciones, que nuestro moderno Derecho peruano. La *cautio damni infecti* se justificaba por la necesidad de una intervención judicial de urgencia: como dice ULPIANO, *res damni infecti celeritatem desiderat, et periculosa dilatio praetori videtis* [840].

605. *El interdicto romano*. Más cercano y con una cierta descendencia hasta la época actual, es el interdicto.

En realidad, inicialmente el interdicto romano no era una simple defensa de la posesión sino que se utilizaba en general para mantener el statu quo de una situación. El interdicto era una orden del magistrado a una de las partes, a pedido de la otra, que podía prohibir u obligar algo. Por ejemplo, podía prohibir a una de las partes que tocara alguna cosa; pero también podía ordenar que hiciera algo.*Vim fieri veto* (prohibo que se actúe por la fuerza), *exhibeas* (exhibe), *restituas* (restituye), eran las palabras imperativas con que concluían usualmente los interdictos [841]. Se trataba, pues, de un edicto o mandato de carácter particular, un edicto referido sólo a dos personas (*inter duos edictum*). En ese sentido, podía tener múltiples aplicaciones en las distintas ramas del Derecho [842].

En los primeros tiempos, los interdictos se empleaban para cautelar las cosas peligrosas y las cosas de uso público; pero se extendieron a los intereses privados (*rei familiaris causa*) cuando se hacía necesaria una intervención inmediata de la autoridad para evitar que los eventuales litigantes recu-

---

839. Pietro BONFANTE:*Ibidem*, p. 398.

840. Pietro BONFANTE: *Loc. cit.*

841. M. ORTOLAN: *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*. T. II. Establecimiento Tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera. Madrid, 1847.p.837.

842. *Ibid*, p. 840.

rrieran a las vías de hecho con preferencia a las de derecho. Dice ORTOLAN que "Debemos, por tanto, atribuir el origen de los interdictos a la necesidad en que debieron hallarse los pretores de intervenir y suplir con su autoridad, con sus mandatos y prohibiciones, a lo que no se hallaba prescrito por la ley" [843]. En realidad, los interdictos romanos se referían a las situaciones más variadas, que actualmente se encontrarían protegidas por acciones radicalmente distintas unas de otras: el derecho a la inhumación de los cadáveres, la limpieza de los caminos públicos, la prohibición de entorpecer la navegación por los ríos, el impedir que un hombre libre pueda ser detenido por cualquier persona. Como es fácil imaginar, los interdictos pudieran haber sido usados como defensa sistemática contra los daños inminentes o continuados si hubiera existido una más clara idea del daño reparable. En la práctica, sólo contribuyeron aisladamente con esta tarea, en casos específicos.

Pero los interdictos en materia privada que tuvieron mayor desarrollo fueron los posesorios, cuyos herederos intelectuales existen hasta nuestros días. En Roma, según ALSINA, los interdictos posesorios no se diferenciaron de las acciones posesorias; pero el Derecho Canónico separó sustancialmente estas vías sumarias de protección de la posesión de aquellas acciones en las que se discutía el derecho a la posesión [844].

606. *La "injunction" anglosajona.* La institución jurídica más interesante desde la perspectiva que estamos analizando nace recién hacia el S. XIV en Inglaterra.

El Derecho inglés se había desarrollado dentro de cánones muy formales y rígidos. En estas circunstancias, desde el S. XIII gran cantidad de súbditos comienza a dirigirse al Rey a fin de que resuelva sus problemas de manera más ágil, al margen de las Cortes. El Rey encarga la atención de estas quejas al Lord Canciller y, a mediados del S. XIV, se le reconoce ya como una instancia judicial diferente, bajo el nombre de Corte de Cancillería. Pero esta nueva Corte no se limita a la aplicación del Derecho tradicional sino que, con el mismo espíritu creativo de los pretores romanos, desarrolla nuevas soluciones más flexibles y adaptadas a las necesidades efectivas de los reclamantes. Es en este contexto que aparece la *injunction*, que

843. *Ibid*, p. 842.

844. Hugo ALSINA: *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial.* T.I.Cía Argentina de Editores, Soc. de Resp.Ltda.Buenos Aires, 1941, p. 448.

tendrá un desarrollo extraordinario y que constituye una pieza fundamental del actual Derecho anglosajón.

Las *injunctions* son órdenes de la Corte para que se haga algo o para que no se haga algo y son de gran uso en materia de responsabilidad extracontractual para llenar las necesidades antes señaladas. No solamente se dirigen a impedir una actividad en proceso de ejecución sino que también pueden ser solicitadas *quia timet*, es decir, para impedir que se lleve a cabo una actividad futura que razonablemente se teme que pueda dar origen a un daño. Con la ayuda de una injunction se puede impedir que se publique un libro de contenido difamatorio en vez de limitarse el agraviado a reclamar una indemnización una vez que el daño ha sido cometido, se puede paralizar una actividad contaminante, se puede obligar al vecino a construir una cerca más sólida para que su perro bravo no pueda escaparse y eventualmente morder al solicitante sin tener que esperar la mordida para reclamar y luego quedar en la misma situación de peligro frente al perro, etc. Además, la *injunction* tiene una aplicación enorme en los campos más variados del Derecho, tales como la defensa de la propiedad intelectual e industrial, el cumplimiento de la obligación contractual del ex-servidor de no realizar una actividad competitiva a la de su antiguo empleador, la entrega inmediata de los documentos y libros de un negocio una vez terminado el contrato de asociación en participación, etc.

La *injunction* es una medida de carácter discrecional y, por consiguiente, el que la solicita tiene que justificar de manera muy convincente su necesidad. Por otra parte, puede plantearse bajo dos modalidades: la interlocutoria, que rige solamente mientras dure el juicio; y la perpetua, que tiene efecto sin límite de tiempo. En el primer caso, se trata de una medida preventiva destinada a que no se produzca el daño o a que no se agrave, mientras se ventila el juicio. En el segundo caso, es una medida definitiva por la que se prohibe al demandado, como parte de la sentencia, que continúe con la actividad generadora de daño o se le ordena que adopte ciertas precauciones como condición *sine qua non* para realizar la actividad cuestionada [845].

Dado el poder de esta medida general procesal, su utilización en Inglaterra y en Estados Unidos es enorme; y, aunque se ha prestado a algunos

---

845. Philip S.JAMES: *Introduction to English Law*. 10ma. ed., Butterworths. London, 1979, p. 411.

excesos particularmente cuando se le ha utilizado para impedir la aplicación de reglamentos expedidos por el Gobierno, no cabe duda de que se trata de una institución importantísima para hacer valer los derechos de una manera efectiva sobre la morosidad, la inercia y las dificultades formales que a veces implican los procedimientos judiciales ordinarios.

607. *La "astreinte" francesa.* También el antiguo Derecho francés ideó otra forma de satisfacer jurídicamente esta necesidad de impedir u obligar a que una parte haga algo, que existe hasta ahora en Francia bajo el nombre de *astreinte.*

Astreinte viene de la palabra latina *astringere* que significa constreñir. Su uso no se limita a la responsabilidad extracontractual sino que alcanza todas las ramas del Derecho Civil. Consiste en una condena pecuniaria, accesoria y condicional que el juez agrega a instancias del acreedor a la condena principal para asegurar el cumplimiento de la obligación; su importe es proporcional al retraso que ponga el deudor en la ejecución del mandato judicial.

Veamos un ejemplo típico: el demandado construye una obra nueva en violación de los derechos del vecino-demandante; el juez le ordena provisionalmente que paralice la obra mientras se discute el asunto en juicio y, para evitar que prosiga, le fija una *astreinte* de 1,000 francos por cada día que continúe la construcción a partir de la orden de paralización. O también puede suceder que el juicio ha sido resuelto y el demandado ha sido condenado a la demolición de lo construido: el juez le fija una *astreinte* por cada día de retraso en la demolición [846]. No se trata, entonces, de una suma destinada a reparar un perjuicio, sino de una medida de coacción [847]. Por eso el monto de la *astreinte* no tiene relación con el daño sino con la necesidad de cumplimiento del mandato del juez. El daño puede ser ínfimo y la *astreinte* muy grande; y, además, el pago de la *astreinte* no libera del pago de la indemnización [848]. Y, aunque ha habido discusión en la doctrina francesa sobre el tema, los hermanos MAZEAUD y André TUNC piensan que no se debe obligar al juez a condicionar el monto de la *astreinte* al monto del

---

846. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Traité Théorique et Practique de la Responsabilité Civile Délictuelle et contractuelle.* 6ta. ed. T. III. Vol. I. Editions Montchrestien. Paris, 1976. N° 2497, pp. 879-881.

847. *Ibid.*, N° 2498, pp. 881-883.

848. *Ibid.*, N° 2499, pp. 883-885.

daño porque nos encontraríamos ante una opereta judicial en la que el juez no tiene para hacer cumplir sus órdenes sino una espada de madera [849].

Sección III: Los Anteproyectos y Proyectos del nuevo Código

608. *La propuesta ante las Comisiones Reformadoras y Revisora.* Consciente el autor de este libro de la necesidad de una medida de coacción para que el juez haga cumplir ciertas disposiciones orientadas a evitar la producción o el agravamiento de los daños, como ponente ante la Comisión Reformadora de la parte correspondiente a la responsabilidad extracontractual consignó en su Anteproyecto un artículo que autorizaba al juez a ordenar la paralización del acto dañino en ciertas condiciones [850].

Este artículo fue omitido, presumiblemente por error, en la publicación que realizó la Comisión Reformadora del Proyecto integral del Código [851]. Sin embargo, el error fue corregido por este autor ante la Comisión Revisora el 30 de marzo de 1983, en la que se propuso reintroducir el texto anterior con ligeras modificaciones. Ese nuevo texto quedó aprobado en la Sesión N° 75 de la Comisión Revisora habida el 13 de abril de 1983 y se incorporó al Proyecto como "Artículo 2050". La norma todavía se encuentra presente en la versión denominada "Texto final" que fuera enviada bajo ese rubro por el doctor Jack BIGIO, miembro de la Comisión Revisora, al autor de este libro el 12 de enero de 1984; y también en el Proyecto aprobado por la Comisión Revisora que ésta hizo publicar en el diario oficial "El Peruano" el 21 de febrero de 1984 (Arts 1937 y 1938). Pero, a pesar de ello, cuando fue efectivamente promulgado el Código, el artículo había desaparecido. En consecuencia, la posibilidad de que el Derecho peruano contara con una norma de esta naturaleza se perdió en la bruma de esos misteriosos días entre el 12 de enero y el 5 de julio de 1984, fecha ésta última en que la Comisión Revisora entrega la versión definitiva al Ministro de Justicia para su promulgación.

---

849. *Ibid.*, N° 2500-2, p. 888.

850. Vid. *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil.* T.II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica. Lima, 1980. art. 15, pp. 409-410.

851. Diario Oficial *El Peruano*, Noviembre de 1982.

El artículo originalmente tenía el siguiente texto:

Artículo 2050.— El juez que conoce una causa sobre indemnización podrá ordenar, por cuenta, costo y riesgo del solicitante, la paralización inmediata de la actividad generadora del riesgo o daño y adoptar las medidas que juzgue indispensables con tal propósito, siempre que se encuentre verosímilmente acreditado que la naturaleza de los hechos que se pretende impedir conduce necesariamente a la producción del daño.
El juez podrá exigir, si lo estima prudente, que el solicitante constituya previamente garantía suficiente para cubrir los gastos derivados de una paralización innecesaria. Si en el curso del proceso se comprueba que la medida era innecesaria, la dejará sin efecto; y, acreditados los daños derivados de su aplicación, el juez condenará en la sentencia al demandante que solicitó la paralización al pago de la indemnización correspondiente.
El juez podrá actuar de oficio en el sentido indicado en el párrafo anterior cuando el daño potencial o actual sea socialmente intolerable.

Dado que la Comisión Revisora no admitía ninguna referencia a los daños socialmente intolerables, este concepto del último párrafo fue sustituido por el de "cuando la situación generadora del daño implique un riesgo para terceros"; y así pasó a constituir un artículo independiente del presunto proyecto final de la Comisión Revisora (artículo 1938), en la versión publicada por el diario oficial "El Peruano" el 21 de febrero de 1984).

Dichos textos hubieran podido ser mejorados; particularmente con el objeto de dejar más clara la distinción entre la medida interlocutoria y la perpetua, teniendo en cuenta que para imponer ésta última ya no se requieren las condiciones a satisfacer por el interesado (a su cuenta, costo y riesgo) ni las precauciones adicionales (exigencia de que el solicitante preste garantía). También pudo haberse propuesto que se complementara con un apercibimiento de detención para el caso de incumplimiento.

Pero, en vez de mejorar el texto, la revisión definitiva de la Comisión Revisora prefirió simplemente suprimir el artículo. Debe hacerse notar que esta supresión no puede haber obedecido al argumento de que se trata de una norma que correspondía ubicar en el Código de Procedimientos Civiles,

porque existen un sinnúmero de normas de propósitos similares —particularmente en el Libro I del Código— en las que incluso se ha autorizado un mandato restrictivo del juez sin los matices y seguridades exigidas por el texto propuesto para la responsabilidad extracontractual. Así, el artículo 17 establece, sin mayores condiciones, que la violación de cualquiera de los derechos de la persona confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos, el artículo 26 establece igualmente sin mayores condiciones que cuando se vulnere el derecho a ser llamado por su nombre, puede pedirse la cesación del hecho violatorio; el artículo 28 dispone que el perjudicado por la usurpación de su nombre tiene derecho a hacerla cesar; etc. Y, si la falta de condiciones para adoptar estas medidas obedece a que han sido pensadas sólo con carácter perpetuo (es decir, aplicables a la conclusión del juicio, mediante la sentencia), entonces hay decididamente un vacío en ese sistema de protecciones: aquél cuyos derechos de las personas habría sido afectados o cuyo derecho a ser llamado por su nombre hubiera sido vulnerado o su nombre usurpado, tendría que esperar dos años hasta que termine el juicio para lograr que cese el hecho que lo está afectando; posiblemente entonces, el daño sería ya irreparable y el mandato de cesación tendría un efecto muy disminuido.

609. *La paralización interlocutoria.* La norma propuesta para la responsabilidad extracontractual tenía la ventaja de plantear claramente que no es preciso esperar a la finalización del juicio para hacer cesar el hecho dañino o para impedir que éste tenga lugar, sino que tal cesación podía otorgarse con carácter interlocutorio.

Siendo de todos conocida la duración de nuestros juicios, es fácil apreciar que esa posibilidad es de vital importancia si se quiere seriamente cautelar los derechos en juego: dejar el mandato de cesación del acto lesivo para la sentencia puede, en gran número de casos, convertirse en una solución puramente verbal, sin ningún efecto práctico. Pero, de otro lado, no puede desconocerse que admitir una cesación inmediata de un hecho que puede ser dañino para unos pero rentable para otros y cuya no juridicidad no ha habido aún tiempo procesal suficiente para establecerla de manera definitiva, puede ser un hecho muy grave.

Podemos imaginar que un agricultor presuntamente afectado en su cosecha por los efluvios de una fábrica vecina solicite y obtenga, al inicio del juicio por daños, que se decrete la paralización de actividades de dicha fábrica. Sin embargo, actuada toda la prueba, sopesados los argumentos y con

toda la información que es posible obtener a lo largo de un juicio, aparece que los daños en la cosecha no se debían a los efluvios (que eran inocuos), sino a un deficiente sistema de cultivo por el propio agricultor; no solamente no habría culpa de la fábrica (si nos colocamos en la teoría subjetiva) sino que tampoco habría relación de causalidad (si nos colocamos en la teoría objetiva). Pero la fábrica paralizada habría sufrido, ella, graves daños a consecuencia de una paralización indebida. Es por esto —para facilitar la medida interlocutoria, pero al mismo tiempo hacerla razonable— que el artículo propuesto no solamente prescribía que la posibilidad de decretar la paralización era una facultad discrecional del juez (siempre que se encuentre "verosímilmente" acreditado que la naturaleza de los hechos que se pretenden impedir conduce necesariamente a la producción del daño) sino que, además, a semejanza de otra medida cautelatoria perfectamente conocida en nuestro medio (el embargo preventivo), debía ser adoptada por cuenta, costo y riesgo del solicitante. E incluso, si el juez consideraba que la medida podía tener efectos muy graves, estaba en aptitud de exigir que el solicitante constituyera *previamente* garantía suficiente para cubrir los gastos derivados de una paralización innecesaria.

610. *Garantías jurídicas y desigualdad social.* Es verdad que este sistema de garantías y precauciones para aplicar la medida podría tener un efecto contrario a la igualdad jurídica.

En el ejemplo anterior del agricultor y la fábrica, si ésta es una gran fábrica, con un alto número de obreros y con una producción intensa, el juez debería exigir una importante garantía previa por los cuantiosos daños que pudieran derivarse de la paralización, debido a que las consecuencias de esta medida serán muy graves; pero si el agricultor vecino es un pequeño cultivador de una parcela familiar, con toda probabilidad estará económicamente incapacitado para prestar tal garantía. En consecuencia, la medida de paralización podrá funcionar bien entre iguales (económicamente hablando); pero ahí donde hubiera desigualdad, sería un camino en un solo sentido; estaría a disposición únicamente del rico frente al pobre, del grande frente al chico.

Esta observación —que efectivamente tiene peso, aunque no invalida la necesidad de la medida— no fue planteada por nadie en el seno de las discusiones sobre el Proyecto de Código. Sin embargo, ventilar este punto hubiera sido efectivamente útil para encontrar una fórmula que, sin descuidar las precauciones y garantías que deben rodear una medida tan radical,

permita su uso por todos los afectados, cualquiera que sea su condición económica. El autor de este libro y ponente de tal propuesta, no tiene una solución al dilema; y, lamentablemente, las preocupaciones de quienes intervinieron en la discusión del Código se orientaban a otras cosas, por lo que no pudieron ayudar a esclarecer el punto.

La única forma ideada por el autor de este libro para contrarrestar la situación descrita fue establecer que, tratándose de daños socialmente intolerables (básicamente, contaminación), el juez podía de oficio —es decir, sin necesidad de exigir garantías ni de cargar de responsabilidad al solicitante— decretar la paralización. La justificación de tal norma complementaria se basaba en el hecho de que, en los casos de daños intolerables, no sólo hay dos intereses privados que proteger (el de presunta víctima y el del presunto —pero aún no acreditado— causante), sino que hay además un interés social de por medio. Y es en nombre de ese interés social que el juez podía asumir la defensa de la sociedad y decretar la paralización del acto generador del daño o del riesgo (daño potencial).

Lamentablemente, esta última propuesta no fue aceptada por la Comisión Revisora ni siquiera en la primera época de la misma, en la que se me pidió que reestructurara todo mi Proyecto suprimiendo la teoría de la difusión del riesgo y la noción de daño socialmente intolerable; aunque se me admitía la responsabilidad objetiva. Es así como esa norma sobre paralización de daños intolerables estuvo presente en el Anteproyecto publicado por la Universidad Católica (art. 15), pero ya no apareció en el artículo 2050 del "Texto Final" de la Comisión Revisora; y, obviamente, como el propio artículo 2050 fue suprimido en la incógnita revisión final a la que hemos hecho mención, no queda nada de todo esto en el Código promulgado.

Sección IV: ¿Cómo paralizar el daño dentro del Código de 1984?

611. *Soluciones al problema de la paralización del daño dentro del actual Código.* A falta de una disposición específica en el sentido propuesto, ¿qué podemos hacer frente al peligro de un daño futuro o frente a un daño continuado? Es evidente que no podemos quedarnos cruzados de brazos, esperar que nos hagan todo el daño posible y luego reclamar una indemnización.

Alberto G.SPOTA nos plantea el problema en términos dramáticos: "¿Cabe prever la condena por los daños futuros? Nosotros así lo hemos sos-

tenido en alguna oportunidad. ¿Procede aplicar el régimen de las *astreintes* en supuestos que impliquen la reiteración de hechos dañosos acaecidos con ataque a las reglas que vedan exceder el límite inherente a las restricciones del derecho de vecindad? También creemos que la respuesta afirmativa procede" [852]. Y agrega: "¿Por qué esperar, entonces, la realización del daño, el fracaso del cumplimiento del deber jurídico que atañe al deudor para que actúe el órgano estatal que tiene a su cargo la administración judicial? La rica jurisprudencia angloamericana sobre *restrictive injunctions y mandatory injunctions*, por las cuales se veda la realización de ciertos hechos o se ordena la ejecución de otros, constituye un bello ejemplo de como la acción preventiva asume los aspectos de una medida cautelar que implica el triunfo de aquella racional idea que tiende a evitar el daño y la violación del derecho, actuando con antelación al prejuicio y para impedir que éste acaezca" [853].

Pero en el Derecho peruano de la responsabilidad extracontractual no tenemos ni las *astreintes* ni las *injunctions* que reclama SPOTA. ¿Cómo defendernos, entonces, con las armas que tenemos en la mano?

612. *Los interdictos*. De un lado, nuestro arsenal jurídico de guerra procesal cuenta con los interdictos.

Lamentablemente, estas vías procesales han perdido el carácter amplio que tenían inicialmente en el Derecho pretorial romano y se han convertido en meras defensas de la posesión. Por otra parte, nuestro Código de Procedimientos Civiles ha hecho una verdadera confusión con esta institución y, aun cuando en principio no son acciones posesorias (no se discute en ellas el derecho a la posesión sino que se la acepta como un hecho), sin embargo la Exposición de Motivos los llama "acciones posesorias" [854]. Y, además, olvidándose de que el interdicto procede ante una mera comprobación de hecho (la posesión) y no de derecho (la posesión *legítima*), autoriza a utilizarlos fundamentalmente a los propietarios (individualmente o en condominio) y a otros poseedores *ex iure* (usufructuarios, usuarios y enfiteutas), salvo el caso de los interdictos de retener y recobrar que pueden ser usados por todo

852. Alberto G. SPOTA: *Medidas cautelares*, en la obra colectiva *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*. Ediar. Buenos Aires 1946, p. 661.

853. *Ibid.*, p. 662.

854. Germán APARICIO y GOMEZ SANCHEZ: *Código de Procedimientos Civiles. Concordancias*. T. I. Lima, 1938, p. 461.

aquél "que se encuentra disfrutando de un bien" (poseedor *ex facto*). El caso atípico es el del interdicto de obra ruinosa que, como heredero de la *cautio damni infecti*, no requiere que el demandante sea poseedor *ex iure* ni aún poseedor *ex facto*: basta que se trate de una persona cualquiera que puede ser afectada por la caída del edificio.

En realidad, estas normas disparadas en todos los sentidos no hacen sino mostrar el estado de confusión mental del legislador que no se decide entre dar al interdicto el carácter de una acción posesoria (que sólo protegería a los poseedores *ex iure*, lo que llevaría a discutir el *derecho* a la posesión en el procedimiento interdictal) o darle el carácter meramente defensivo de la posesión (protegiendo tanto a los poseedores *ex iure* como a los *ex facto*, bastando meramente que se compruebe el simple *hecho* de la posesión para otorgarle protección)

Fácil es imaginar la utilidad que tendría un interdicto "general" — y no estrictamente posesorio— para la defensa de los posibles agraviados frente a daños futuros o a daños continuados. Nuestra legislación ha limitado enormemente esta institución romana y la ha rodeado de incongruencias. Pero aún así los interdictos quizá todavía pueden servir para defendernos de algunos tipos de daños más allá de la estricta defensa posesoria, particularmente el interdicto de obra nueva y el de obra ruinosa; aun cuando la ley, la jurisprudencia y la llamada doctrina se han encargado de convertirlos casi en figuras retóricas.

613. *El interdicto de obra nueva.* Para interponer el interdicto de obra nueva es preciso que se presente una situación en la que la obra realizada por el vecino turba la posesión del demandante [855].

VELASCO GALLO dice que por obra nueva se entiende "construcción"; y es esa "edificación" la que perjudica la propiedad del demandante [856]. Interesa sobremanera conocer lo que se entiende por "construcción" y por "edificación" a fin de determinar el alcance que se le puede otorgar a este interdicto para impedir la continuación de cosas dañinas. Si se toman

---

855. Hugo ALSINA: *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial* T.I. Cía. Argentina de Editores Soc. de Resp. Ltda. Buenos Aires, 1941, p. 486.

856. Francisco VELASCO GALLO: *Derecho Procesal Civil, Juicios Especiales y Procedimientos No Contenciosos*. 2a. ed. Lima, 1977, p.104.

esos términos en sentido estricto —"construcción" como acción de *erigir* o levantar una fábrica y "edificación" como construcción que se *levanta sobre* un terreno— el interdicto puede ser utilizado en muy contadas ocasiones para defenderse de un daño extracontractual continuado: se requeriría que el daño se produzca con algo que consta de paredes o columnas o algo similar. Pero el artículo 1018 antes citado no utiliza la palabra "construcción" sino la palabra "obra", que tiene un alcance más general pues significa toda "cosa hecha": en el sentido latino —*opera*— es todo aquello que satisface una necesidad, sin referencia a una cosa material ni menos aún a paredes u otro tipo de construcciones sobre el suelo. Y el propio VELASCO GALLO incorpora dentro de su enunciado a otros hechos que son "construcciones" o "edificaciones" sólo en sentido muy lato: las excavaciones, demoliciones o instalaciones de cualquier clase que produzcan un cambio en el estado presente de las cosas [857].

La jurisprudencia se ha mostrado insegura en cuanto al criterio para interpretar el contenido de la "obra". Así, ha considerado que el sembrío de una cosecha en terrenos de propiedad ajena, aunque cause daño al demandante, no es "obra" materia del interdicto [858]; en cambio, sí ha considerado "obra" materia de interdicto a la construcción de un canal de regadío que desvía las aguas para regar terrenos elevados eriazos, con perjuicio de los predios inferiores [859] o también la construcción de obstáculos que impidan el curso del agua de un canal [860]. Queda por saber si las Cortes aceptarán el interdicto de obra nueva contra las nuevas instalaciones de una fábrica que provocan emanaciones contaminantes o efluvios destructores de cosechas o contra las instalaciones que generan contaminación acústica u otras variantes de la agresión mediante obra nueva.

El interdicto de obra nueva presenta la posibilidad de que no solamente se apliquen medidas definitivas al término del juicio interdictal, sino que el demandante pueda pedir que se ordenen durante el juicio medidas urgentes que eviten la continuación del daño (artículo 1022 del código de Proce-

---

857. *Ibid.*, p. 105.

858. Ejecutoria Suprema de 5 de Noviembre de 1921, *Anales Judiciales* (1921), p.135.

859. Ejecutoria Suprema de 24 de Marzo de 1917, *Anales Judiciales* (1917), p.13.

860. Ejecutoria Suprema de 16 de Mayo de 1945, en José MONTENEGRO BACA: *Ejecutorias de Derecho Civil Peruano*, T. IV 2a. ed., 1956, p.300; también Ejecutoria Suprema de 19 de Julio de 1956, en *ibid*, T. IX, p. 312.

dimientos Civiles). Esto significa que cabe la dación de órdenes interlocutorias y éstas son inapelables mientras no se hayan cumplido (artículo 1024 del Código de Procedimientos Civiles). La gran pregunta, evidentemente, es ¿qué pasa si tales medidas no son cumplidas por el demandado quien, a pesar de la orden judicial, prosigue la obra que causa daño al demandante? El artículo 1023 del Código de Procedimientos Civiles establece que si no cumplen, el juez autorizará al demandante para que las ponga en práctica y le otorgará un derecho de exigir el reintegro de los gastos por el demandado; para ello puede recurrir al embargo y remate de sus bienes. Sin embargo, esta sanción parece un poco ilusoria. Por una parte, hay cosas que el demandante no puede hacer, ni aún a costa del demandado: no puede, por ejemplo, impedir que los obreros del demandado prosigan la construcción; tendría que recurrir a la fuerza para ello, lo que le está vedado. Por otra parte, ejecutar las medidas por cuenta del demandado supone financiar a tal demandado y, aunque después sea posible cobrarle vía embargo y remate, no cabe duda de que el demandante (beneficiario de las medidas) resulta severamente afectado en sus recursos económicos por la negativa del demandante a cumplir la orden judicial. Además, no solamente pasará un tiempo largo antes de que el demandante pueda rematar bienes del demandado para reintegrarse de los gastos por la aplicación de tales medidas, sino que también cabe la posibilidad de que el demandado (aquél directamente obligado por las medidas cautelatorias), objete la procedencia de ciertos gastos efectuados por el demandante por cuenta del demandado; lo que da lugar a un incidente complicado, que puede subir hasta la Corte Suprema. Todo ello hace más largo y costoso el proceso de recuperación de aquellos gastos que hubieran correspondido al demandado y que el demandante tuvo que hacer por él debido a su resistencia a la autoridad judicial.

Remigio PINO CARPIO señala que, cuando se trata de medidas preventivas de supresión de los trabajos, que no puede hacer el demandante, se recurre a la policía[861]. Sin embargo, creemos que en todos los casos el juez civil debería denunciar la desobediencia del demandado como desacato, amparándose en el artículo 322 del Código Penal que sanciona al que resistiere o desobedeciere a un funcionario público. De esta manera, cuando menos estas medidas preventivas en el interdicto de obra nueva podrían ser aplicadas con la misma energía que las *injunctions* anglosajonas que no vacilan en recurrir a la ayuda de la Fuerza Pública.

---

861. Remigio PINO CARPIO: *Nociones de Derecho Procesar y Comento del Código y Procedimientos Civiles*. T. IV, Lima, 1965, p. 191.

Lamentablemente, el interdicto de obra nueva presenta graves limitaciones que no lo hacen aparente para defenderse eficientemente de la posibilidad de daños continuados, ni aun cuando hay de por medio una perturbación de la posesión. En algunos casos, estas limitaciones derivan de la propia ley que ha sido vacilante o directamente contradictoria al legislarlo, conforme lo hemos señalado. En otros casos, las limitaciones derivan de la estrechez de miras de la jurisprudencia peruana, que, ante las dificultades de interpretación, siempre ha preferido esconder la cabeza, como el avestruz, bajo el manto del formalismo, aunque todo el plumaje de una cola absurda quedara a la vista como monumento a su incapacidad imaginativa.

Por una parte, el interdicto de obra nueva sólo puede ser interpuesto por el propietario del bien afectado por la obra nueva, porque así lo establece el artículo 1018 del Código de Procedimientos Civiles. Sin embargo, esto es una incongruencia legislativa porque los interdictos están orientados a defender la posesión y no la propiedad, como ya se ha dicho; por consiguiente, normalmente hubiera sido posible que lo interponga cualquier poseedor. Pero el interdicto de obra nueva es el único que *sólo* puede ser interpuesto por el propietario; y existe numerosa jurisprudencia que declara inadmisible el interdicto cuando no fue interpuesto por el propietario sino, por ejemplo, por el conductor de un fundo que era quien realmente sufría el daño de la obra nueva vecina [862].

Esta inverosímil condición no solamente reduce en gran parte las posibilidades de utilizar tal interdicto para que todo aquél que sufra daños por obras vecinas pueda usarlo a fin de impedir que continúen, sino que incluso conduce a situaciones tan extrañas como las siguientes. Imaginemos que una persona posee dos predios colindantes; arrienda uno y conserva el uso y la posesión del otro. Luego inicia cualquier tipo de obra en el predio que ocupa, que causa perjuicio a su arrendatario del otro predio. Sin embargo, ese poseedor inmediato (arrendatario) no puede plantear un interdicto de obra nueva y tiene que contentarse con un remoto juicio ordinario por abuso del derecho para ver si puede defenderse contra los atropellos de su vecino y locador.

---

862. Vid como ejemplo Ejecutoria Suprema de 22 de Mayo de 1918, *Anales Judiciales* (1918), p. 61 También Ejecutoria Suprema de 15 de Diciembre de 1965, en José MONTENEGRO BACA: *Ejecutorias de Derecho Civil Peruano.* T. VII, 1956, p. 695; asimismo, Ejecutoria Suprema de 8 de Junio de 1965, en *Ibid.*, T.XIV, 1968, p. 524.

El caso antes mencionado obedece a un error de la propia legislación. Pero la jurisprudencia ha contribuido notablemente a restringir la posibilidad de utilizar el interdicto de obra nueva, posiblemente en razón de la preocupación de los jueces de evitarse problemas y de no intervenir decisivamente en materia discutible. Así, hemos encontrado una Ejecutoria que no solamente coloca como condición que el demandante sea propietario sino que también exige que el demandado sea propietario de la obra nueva[863]. Afortunadamente, la jurisprudencia no tiene fuerza obligatoria en el Perú y esperamos que no se vuelva a repetir tan infortunado criterio que no tiene base legal alguna.

Por otra parte, sin ningún sustento estrictamente legal, la jurisprudencia ha entendido que obra no es "cosa hecha" (como indica el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia) sino "cosa haciéndose". De esta manera, a pesar de que el artículo 1019 se refiere a un trabajo ya ejecutado y que ese artículo establece como única condición que no haya transcurrido un año desde que se *ejecutó* (así, en tiempo pasado), la Corte Suprema ha considerado que no es posible interponer el interdicto contra una obra terminada[864]: si el causante del daño fue lo suficientemente despierto para realizar rápidamente y a nuestras espaldas una construcción dañina (aunque sea provisional), quedó libre de ser atacado interdictalmente gracias a su viveza y sólo nos corresponde demandarlo por la vía ordinaria; lo que significa remitir la paralización del daño para las *kalendis* griegas, cuando ya ha sido plenamente consumado.

Por otra parte, las Cortes han sido persistentes en mantener que, si el perjuicio venía causado por una obra (cualquiera que sea el sentido en que se entienda "obra") hecha en terreno del propio demandante, no hay lugar a interdicto de obra nueva sino a interdicto de recobrar. ALSINA da cuenta de que la Corte (en Argentina) ha concedido interdicto de obra nueva cuando se trata de actos perjudiciales realizados en terrenos poseídos por el demandante [865]. Pero los Tribunales peruanos se han obstinado —en nombre de una lógica ciega— en declarar infundado el interdicto de obra nueva si la

---

863. Ejecutoria Suprema de 7 de Agosto de 1950, en José MONTENEGRO BACA: *Ejecutorias de Derecho Civil Peruano*. T. IV, 2a. ed., pp.302-3.

864. Ejecutoria Suprema de 29 de Setiembre de 1922, *Anales Judiciales*, p.127.

865. Hugo ALSINA: *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, T.III, Cía. Argentina de Editores Soc. de Resp. Ltda., Buenos Aires, 1943, p. 489.

construcción estaba hecha en terrenos del propio demandante [866]. Esto significa que si un vecino construye en el terreno colindante y además esa construcción se prolonga sobre nuestro terreno, tendríamos que recurrir a la absurda y antieconómica estrategia de tener que interponer dos interdictos: uno de obra nueva, respecto de aquello que es construido en el terreno del vecino, y otro de recobrar, respecto de la parte de la misma construcción que ha sido realizada invadiendo nuestro terreno; con el agravante de que estas dos acciones no serían acumulables porque, aun siendo ambas interdictos, el de obra nueva tendría una inspección ocular inicial que en el interdicto de recobrar sería sólo parte de la prueba, lo que la jurisprudencia habría considerado como base para tratar estos dos interdictos como procedimientos diferentes [867]. ¿Cabe posición más absurda y contraria a la economía procesal?

Por todo ello pensamos que, ante la ausencia de una norma específica sobre paralización del daño en la Sección de responsabilidad extracontractual del Código Civil, los Tribunales deberán extender en la mayor medida posible el sentido de la "obra" que da lugar al interdicto (quizá utilizando la interpretación amplia de *operae* en Derecho Romano), a fin de suplir en parte el vacío señalado.

Sin embargo, los problemas del interdicto de obra nueva no se limitan a la interpretación de lo que se entiende por obra atacable. De otro lado, las normas del actual Código de Procedimientos Civiles en esta materia han sido redactadas pensando únicamente en las obras dañinas que ya están causando daño al demandante. Pero no se han puesto en el caso de paralizar el acto generador del daño antes de que éste se produzca: esperan el fracaso del Derecho para sólo entonces intervenir. Ya al referirse al interdicto de retener, la Exposición de Motivos del Código de Procedimientos Civiles señala que "el hecho de la posesión no desaparece ni se modifica con palabras, sino por vías de hecho. Prácticamente, no tiene, pues, cabida la *perturbación presunta*, como no la tiene tampoco el *temor fundado de ser despojado* [868]. Esto ha llevado a que la doctrina considere sin mayor análisis que los interdictos no pueden interponerse contra un daño futuro [869]. Y la jurisprudencia, a pesar

---

866. *Vid.*, entre otras, la Ejecutoria Suprema de 9 de Junio de 1965, en José MONTENEGRO BACA: *Op. cit.*, T. XIV, 1968, p. 525.

867. Ejecutoria Suprema de 9 de Junio de 1965, en José MONTENEGRO BACA: *Op. Cit.*, T. XIV; 1968, p. 525.

868. Germán APARICIO y GOMEZ SANCHEZ: *Op. cit.*, p. 472.

869. Francisco VELASCO GALLO: *Op. cit*, p. 104.

de que una Ejecutoria más lúcida reconoce que el interdicto de obra nueva puede ser preventivo [870], ha suprimido y llanamente el caso *quia timet*.

Hay una Ejecutoria particularmente incoherente en la que se señala que "puede haber la posibilidad de un menoscabo futuro de un daño patrimonial" (por haberse abierto una ventana sobre propiedad del demandante); ¡pero agrega que ello no puede acarrear la perspectiva de un daño material! Ignoramos cual es el concepto de patrimonio y de materialidad que ha manejado la Corte Suprema cuando ha considerado que un daño patrimonial no es material. Pero, más allá de esas incongruencias semánticas, la corte afirma en la misma Ejecutoria que, "aunque lo hubiera (daño material), según la doctrina y según la jurisprudencia nacional, el temor de un daño futuro no da lugar a una acción interdictal" [871]. Teniendo en cuenta que el texto del Código de Procedimientos nada nos dice sobre una eventual proscripción del uso de interdictos para defendernos de daños futuros, una vez más tenemos que felicitarnos de que, dentro de nuestro sistema jurídico, las sentencias no tengan valor de precedente obligatorio. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que todo el Capítulo del Código de Procedimientos Civiles sobre el interdicto de obra nueva parece redactado teniendo en mente —estrechamente— un daño ya producido o un proceso de producción.

Finalmente, hay quienes han pretendido sostener que los interdictos —y especialmente el de obra nueva— sólo pueden ser esgrimidos contra obras vecinas; y, lo que es peor, se ha identificado vecindad con colindancia. Es así como algunas Ejecutorias han rechazado la protección interdictal cuando la amenaza venía de un predio separado por una calle o por un camino público de aquél que sufría el daño. Sin embargo, nada en el texto de los artículos 988 a 1029 del Código de Procedimientos Civiles se refiere a vecindad; y, en todo caso, la vecindad es simplemente el "contorno o cercanías de un sitio o paraje", mientras que la colindancia es la cualidad de poseer "campos o edificios contiguos entre sí" [872]. De manera que los jueces (comprendida obviamente la Corte Suprema) no pueden limitar la defensa de los

---

870. La Ejecutoria de 6 de Junio de 1936, sumillada por Germán APARICIO y GOMEZ SANCHEZ en la obra antes citada (p.484) reconoce que "el interdicto de obra nueva tiene como fin jurídico suprimir un daño inmediato o prevenirse de él".

871. Ejecutoria Suprema de 14 de Agosto de 1950, en José MONTENEGRO BACA: *Op. cit.*, T.IV, 2a. ed., 1956, pp.303-4.

872. *Vid* Real Academia de la Lengua: *Diccionario de la Lengua Española.*

interdictos a la agresión desde los predios contiguos o colindantes, sino que tiene que permitirla a todos quienes pudieran sufrir daño por construcciones o instalaciones realizadas dentro de otro predio aunque no sea contiguo.

614. *El interdicto de obra ruinosa.* El interdicto de obra ruinosa es un hijo remoto del matrimonio entre dos instituciones romanas: la *cautio damni infecti* y el *inter duos edictum*; sin embargo, los hijos no son necesariamente idénticos a los padres y el actual interdicto de obra ruinosa tiene características propias de nuestra época que estaban ausentes en las dos antiguas instituciones que le dan origen.

Como arma al servicio de la responsabilidad extracontractual en la lucha preventiva contra los daños, el interdicto de obra ruinosa puede ser de gran utilidad en ciertas situaciones específicas; porque, a diferencia de los demás interdictos, no requiere en algunos casos que el demandante sea poseedor ni menos propietario.

En efecto, el artículo 1028 del Código de Procedimientos Civiles faculta a todo el que tiene que pasar ante la obra peligrosa, a intentar el interdicto; lo que otorga bastante versatilidad a esta institución. Lamentablemente, cuando se trata de defender no ya la persona sino ciertos bienes raíces el legislador ha incurrido en la confusión entre la defensa de la posesión y la defensa de la propiedad; y es así como ha exigido que, si la amenaza afecta a una propiedad, sólo el dueño puede intentar el interdicto. De esta manera se presentan todas las situaciones absurdas a las que hemos hecho referencia al tratar del interdicto de obra nueva: un arrendatario que ve amenazado el bien locado por la eventual ruina del inmueble vecino, no tiene remedio jurídico para su situación si su locatario (dueño del inmueble que ocupa) no se interesa en iniciar el interdicto; un propietario que tenga dos inmuebles contiguos, uno de los cuales amenaza ruina y el otro ha sido arrendado a un tercero, tiene la más absoluta impunidad frente a su arrendatario por el defecto de mantenimiento en su otra propiedad porque la ley le pide que sea él como propietario del bien amenazado que demande al propietario del inmueble ruinoso (¡que es él mismo!).

A pesar de ello, parecería que este interdicto puede tener una cierta aplicación para el fin que nos preocupa, si se lo enarbola audazmente y si los jueces abandonan un formalismo anquilosante —y muchas veces perezoso— para proteger de manera más efectiva y realista a aquellas personas que pudieran sufrir daños que el Derecho tendrá posteriormente que reparar.

El artículo 1027 del Código de Procedimientos Civiles faculta no sólo la demolición parcial o total de la construcción que amenaza ruina sino incluso la adopción de medidas de seguridad por el mal estado de un edificio, canal, camino, árbol, columna "o cualquier otra cosa análoga". Por consiguiente, no debemos dejarnos limitar por el nombre de este interdicto que sólo evoca ruina, sino que también podemos orientarlo contra deficiencias de mantenimiento.

Es fácil pensar en las maravillas que pueden hacerse con ese interdicto en materia de prevención del daño y de paralización del daño continuado o repetido, si se lo usa con un poco de imaginación. Por ejemplo, todo aquél que transita por una calle podría exigir interdictalmente que el Juez obligue al Concejo Municipal correspondiente a arreglar las pistas; la señora Julia Jacob de Urquiaga hubiera podido plantear un interdicto de obra ruinosa contra el Concejo Provincial de Trujillo para que no solamente se le indemnicen los daños ya sufridos sino, sobre todo, para que el Concejo proceda a reparar de manera completa y definitiva el canal de desagüe cuyo mal estado había ocasionado desbordes en la calle que humedecieron las paredes de su casa y que, de otra manera, seguirá produciendo nuevos daños [873], etc.

615. *Otras vías procesales.* Hemos visto que, ante la falta de una medida específica en nuestra legislación sobre responsabilidad extracontractual podíamos hacer uso de los interdictos para defendernos en algunas situaciones frente a daños futuros o continuados. Pero, además, el Código contiene ciertas disposiciones dispersas entre sus diversos Libros que pueden sernos también de utilidad.

616. *El abuso del derecho.* En primer lugar, el Código tiene una norma que, en razón de su generalidad, podría cumplir una función con el fin propuesto: el artículo II del Título Preliminar, que prescribe que, cuando se da un caso de abuso del derecho, el interesado puede no sólo demandar una indemnización sino además exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso. Sin embargo, la aplicación de esta norma presenta dificultades sustantivas y procesales que los jueces deberán solventar.

En efecto, no existe aún consenso en la comunidad jurídica sobre lo que se entiende por abuso del derecho. Es posible entender esta institución

873. Vid. *supra*, N° 508.

en sentido restringido (como únicamente los casos en que se ejerce un derecho sin beneficio propio y con sólo ánimo de perjudicar al vecino) o en sentido amplio (como sinónimo de acto censurable por el Derecho). En el primer caso, no todos los daños continuados son abuso del derecho nace más bien dentro del marco del primer sentido —pues no tiene por objeto identificarse con "lo ilícito" sino más bien cubrir la laguna constituida por aquello que no se presenta de primera intención ilícito pero que causa daño injustificado— pensamos que los jueces tendrán que ampliar esa interpretación estricta y avanzar hacia una interpretación más amplia —sin llegar hasta diluir el abuso del derecho en una simplista, genérica e intuitiva noción de ilicitud o injusticia— con el objeto de cubrir esa otra laguna de nuestro ordenamiento jurídico relativa a la paralización del acto dañino. Notemos que la norma citada se refiere a "evitar o suprimir el abuso"; por consiguiente, las "medidas necesarias" pueden ser usadas tanto contra un abuso o daño ya existente (suprimir) como también podrían ser dictadas *quia timet* con relación a un daño que razonablemente se puede decir que se avecina, aunque todavía no se haya iniciado (evitar).

Pero aún si los jueces consideran que todo daño continuado es un abuso del derecho y otorgaran consecuentemente a las víctimas el régimen de protección previsto por el artículo II del Título Preliminar, todavía no quedarían resueltos los problemas. ¿Qué carácter tienen tales medidas para evitar o suprimir el abuso? ¿Son interlocutorias o mandatorias? O, dicho en otras palabras, ¿pueden aplicarse como medidas precautorias al inicio o durante el juicio o sólo pueden ser establecidas con carácter definitivo en la sentencia? Es claro que si tales medidas sólo tuvieran un carácter definitivo, su utilidad sería muy limitada: en la mayoría de los casos, cuando llegue el momento de dictar sentencia, el daño se habrá consumado. En nuestra opinión, la redacción del artículo permite pensar que se trata de ambos tipos de medidas: si lo que se quiere es también "evitar" la comisión del daño, esto significa que pueden adoptarse medidas preventivas durante el juicio y no solamente definitivas con la sentencia.

617. *Los "troubles de voisinage"*. La institución del abuso del derecho ha sido reiterada —y ejemplificada— en diversas partes del Código; una de ellas se encuentra en el Libro de los Derechos Reales.

El artículo 924 prescribe que "aquél que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho [debe leerse "derecho real", porque la regla está incorporada a esa parte del Código],

puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados". Como puede apreciarse, no se trata sino de la aplicación del principio general contenido en el artículo II del Título Preliminar; y lo interesante es que se ratifica la posibilidad de ordenar estas medidas no sólo contra daños producidos sino también contra daños temidos porque se habla de quien "esta amenazado de un daño".

El artículo 961 —contenido también en el Libro de los Derechos Reales— prescribe que el propietario debe abstenerse de perjudicar las propiedades contiguas o vecinas, la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes; y prohibe expresamente los humos, hollines, emanaciones, ruidos, trepidaciones y molestias análogas que excedan de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos en atención a las circunstancias. A su vez, el artículo 962 dispone que al propietario no le está permitido abrir o cavar en su terreno pozos susceptibles de causar ruina o desmoronamiento en la propiedad vecina o de perjudicar las plantaciones en ella existentes y puede ser obligado a guardar las distancias necesarias para la seguridad de los predios afectados, además de la obligación de pagar la indemnización de los daños y perjuicios. Y el artículo 963 establece que si cerca de un lindero se construye horno, chimenea, establo u otros similares o depósito para agua o materias húmedas, penetrantes, explosivas o radioactivas o se instala maquinaria o análogos, deben observarse las distancias y precauciones establecidas por los reglamentos respectivos y, a falta de éstos, las que sean necesarias para preservar la solidez o la salubridad de los predios vecinos. La última parte del artículo 963 señala que la inobservancia de esta disposición puede dar lugar al cierre o retiro de la obra y a la indemnización de daños y perjuicios. Como es fácil comprobar, estas dos últimas reglas están constituidas con los elementos supervivientes de la antigua *cautio damni infecti*, la que ha perdido su carácter de estipulación para convertirse en un mandato directo de la ley.

Este es el campo de lo que los franceses llaman *troubles de voisinage*. Evidentemente, estas disposiciones pueden ser útiles para paralizar los daños y, con un poco de imaginación, para luchar contra los daños ambientales. Empero, dado que no se les ha asignado procedimiento propio, es posible que la jurisprudencia considere que estos derechos deben intentarse por la vía interdictal; lo que nos devuelve a todas las preocupaciones procesales antes mencionadas. Pensamos que su vinculación con el artículo II del Título Preliminar por la vía del artículo 924, permite un tratamiento procesal diferente: la acción puede instaurarse por la vía ordinaria para que se adopten

las medidas del caso para evitar o paralizar el acto dañino y, si hubiera lugar, para reclamar acumulativamente la indemnización por los daños y perjuicios. Pero, además, de acuerdo a lo antes expuesto, el demandante podría solicitar con la demanda la adopción de medidas interlocutorias de carácter preventivo. Evidentemente, estas medidas tendrían que ser decretadas previa verificación del cumplimiento de condiciones análogas a las exigidas para el embargo preventivo, como se propuso en el Proyecto: que el daño o la amenaza se encuentre verosímilmente acreditado.

618. *Los derechos de la persona.* Otra medida extraordinaria es la contenida en el artículo 17 del Código que establece que la violación de los llamados derechos de la persona confiere acción para la cesación de los actos lesivos. La expresión "acción" no es la más adecuada porque puede hacer pensar que la cesación del acto tiene que ser objeto de la demanda; lo que dejaría de lado las medidas interlocutorias. Felizmente, el inciso 3° del artículo 2° del Decreto Legislativo N° 310 de 12 de diciembre de 1984 ha aclarado que no se trata necesariamente de una acción propiamente dicha sino que también puede ser una medida cautelatoria: "En cualquier estado del proceso, el juez puede disponer, a petición de parte, la cesación provisional de los actos infractorios en que se funda la demanda, si las circunstancias lo justifican". Esto significa que no solamente puede ordenarse la cesación con carácter perpetuo (resultado de una petición en el transcurso del juicio[874]).

De esta manera, otro campo importante de la responsabilidad extracontractual puede recurrir a la paralización del acto dañino continuado, al menos una vez que éste ha sido puesto en marcha porque la norma no parece permitir una medida preventiva respecto del daño futuro como sería el caso de impedir la publicación de un libro que revele sin autorización la intimidad de la vida de una persona (art.14) o que difunda correspondencia epistolar confidencial (art.16); en estos últimos casos parecería que es preciso esperar a que el libro se imprima y se ponga a la venta para paralizar la comercialización e incautar la edición (si es que ello es legalmente posible, porque el legislador no parece haberse puesto en el caso). Sin embargo, confiamos en que los jueces sepan interpretar creativamente estas normas de forma de dar una protección real y no solamente verbal a quienes pudieran sufrir este tipo de daños extracontractuales.

---

874. Entendida la acción en su sentido más amplio , como toda facultad de un sujeto de derecho para solicitar cualquier tipo de intervención del Poder Judicial.

619. *El amparo.* Finalmente, *last but not least*, el amparo puede ser también utilizado con el objeto de suspender o prohibir el acto dañino.

Aun cuando el amparo es fundamentalmente un juicio constitucional, una gran cantidad de situaciones de la vida diaria pueden ser referidas a los principios y garantías establecidos por la Constitución. Particularmente, el hecho de que el amparo pueda ser interpuesto no solamente contra violaciones a los derechos constitucionales por los Poderes y funcionarios públicos sino también por toda persona particular, hace que se pueda interponer recursos de amparo contra el que contamina porque está violando el derecho constitucional a "habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza" que ha sido expresamente concedido por la Constitución a "todos" los habitantes del país (art.123).

Es interesante destacar que el amparo permite también tanto la cesación definitiva del acto productor del daño (que se determina con la sentencia) como la paralización interlocutoria (que es ordenada por el Juez en cualquier estado de la causa).

620. *Resumen.* Sintetizando, podemos decir que el problema de la paralización del acto dañino no ha sido tratado en forma directa por nuestro Código de 1984; y que, aún utilizando las normas dispersas en nuestro ordenamiento jurídico, casi sólo pueden lograr alguna protección a este respecto (y con las limitaciones señaladas) los propietarios (artículo 963 e interdictos), los vecinos, las víctimas de un daño a la persona (artículo 17 e inciso 3° del artículo 2° del Decreto Legislativo 310) y las víctimas de la contaminación por la vía del amparo.

Todos los demás casos de responsabilidad extracontractual se encuentran, de primera intención, desamparados por la ley a este respecto. Pero, en todo caso, con la ayuda de un uso extensivo de las normas mencionadas se podrá suplir de alguna manera la omisión del legislador de la responsabilidad extracontractual y otorgar protección a un campo bastante amplio de víctimas.

CAPITULO III

LA PLURALIDAD DE VICTIMAS Y DE CAUSANTES

Sección I: La rebelión judicial de las masas

621. *Los daños masivos.* La vida moderna se caracteriza por el fenómeno de la "masificación": todo se produce en grandes cantidades y la individualidad se pierde en el seno de la masa.

Es posible encontrar huellas de esta tendencia actual aún en el campo de la responsabilidad extracontractual: surgen, como dice Gabriel STIGLITZ, "violaciones de masa" (quizá podríamos llamarlas más propiamente "daños masivos"), que no agotan su potencial en uno o algunos individuos —como en el acto ilícito o en el accidente clásico— sino que extienden sus efectos a amplias clases o grupos de individuos: el producto defectuoso, la publicidad comercial engañosa, la contaminación del medio ambiente, afectan a amplias categorías de consumidores, de vecinos, de pobladores [875].

Es de esta forma que aparecen no solamente intereses individuales dignos de protección —que es el campo clásico de la responsabilidad extracontractual— sino además intereses colectivos que deben ser tutelados: cuando una industria contamina el aire y produce enfermedades pulmonares, no solamente está en juego el interés individual de quienes ya fueron atacados por esos males y exigen una reparación sino además el interés de los futuros enfermos probables que todavía no han sufrido las consecuencias de la contaminación e incluso el interés de la sociedad toda que debe preocuparse por la salubridad general por cuanto la posibilidad de enfermedades colectivas va contra el bien común y contra una adecuada asignación de los recursos sociales para una vida más eficiente y de mayor calidad.

---

875. Gabriel A. STIGLITZ: *La responsabilidad Civil. Nuevas formas y perspectivas.* La Ley. Buenos Aires, 1984. No. 15, p. 28.

622. *Intereses colectivos e intereses difusos.* Con la idea de tipificar mejor la situación, algunos han distinguido entre los intereses colectivos propiamente dichos y los intereses difusos.

Los primeros son aquellos que afectan a un grupo de personas integradas dentro de una institución formal y que, por ese mismo hecho, sus intereses comunes pueden ser representados por tal entidad. Este es el caso de los intereses por los que lucha el sindicato de trabajadores de una industria cuya actividad de fabricación es malsana o el de los intereses de un sector organizado de la actividad económica en particular (la Unión de Panaderos, la Federación Médica, etc). En cambio, los intereses difusos —que son igualmente colectivos— no tienen el respaldo de una organización formal; pertenecen a un grupo o clase de personas, pero nunca ha habido una institucionalización jurídica de su situación común; de ahí que la categoría o grupo sea imprecisa o indeterminada en cuanto a su número. Como ejemplos podemos mencionar el de todos los consumidores de un mismo producto (todos los propietarios de automóviles General Motors) o el de todos los habitantes de una zona de la ciudad que sufren los olores de una fábrica de harina de pescado.

623. *El tratamiento procesal tradicional.* La teoría jurídica tradicional trataba estos casos como una simple suma de intereses individuales. Si existía una pluralidad de víctimas, no quedaba otro camino que instaurar una pluralidad de juicios: habrían tantas acciones como víctimas, cada una con un interés distinto y diferenciado.

A cada víctima le corresponde reclamar "su" daño, independientemente de que existan otras víctimas actuales o potenciales. BUSTAMANTE ALSINA nos dice que si bien puede suceder que de un mismo acto resulten varios damnificados, "todos y cada uno de ellos tienen un derecho personal a obtener el resarcimiento del daño que han sufrido, de allí que son titulares de sus respectivas acciones, las cuales son independientes entre sí" [876]; y agrega que no existe motivo alguno para suponer que la obligación de indemnizar a cada uno de ellos por sus respectivos daños tenga entre sí alguna relación [877].

---

876. Jorge BUSTAMANTE ALSINA: *Teoría General de la Responsabilidad Civil.* 3era. ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980. No. 1567, p. 502.

877. Jorge BUSTAMANTE ALSINA: *Op. cit.*, No. 1568, p. 502.

624. *Sus inconvenientes.* Sin embargo, esto origina diversos problemas para hacer efectivos los derechos de los damnificados cuando se trata de daños masivos.

En primer lugar, la necesidad de recurrir a litigios individuales complica innecesariamente la administración de justicia, multiplica sin razón las pruebas que debe actuar cada litigante sobre los mismos hechos, atenta contra la economía procesal y puede dar lugar a que distintos jueces se pronuncien de manera distinta sobre situaciones análogas.

En segundo lugar, el todo no es igual a la suma de sus partes: hay un interés de la sociedad que no está contenido en cada una de las demandas individuales. De un lado, este interés consiste en la tutela de aquellos que aún no han sido damnificados, pero que lo serán si el efecto masivo del daño se prolonga; y, dado que cada víctima litiga en razón de "su" problema, es claro que su acción no puede proteger a terceros que podrán estar involucrados en el futuro en el mismo problema. De otro lado, ese interés social consiste también en la tutela de ciertos valores sociales, como la salubridad general del país, la calidad de vida, etc. que exceden de la esfera individual. Por último, ese interés social puede traducirse también, en algunos casos, en la defensa de aquellas víctimas cuyo daño individual es tan difícil de aprehender desde el punto de vista aprobatorio que pueden encontrarse desalentadas para la iniciación de una acción judicial individual; pero que, considerado ese daño individual junto con los demás daños individuales, constituyen un daño masivo de grandes proporciones, cuya probanza global es perfectamente factible. Este es el caso, por ejemplo, de los daños producidos por el mal olor de ciertas fábricas. Si ese mal olor produce solamente una incomodidad sin afectar la salud de las personas, con la mentalidad actual de los jueces podría resultar difícil que prospere una acción individual por los daños y perjuicios que causa el mal olor a un determinado señor. Pero visto en su conjunto, no cabe duda de que hay un interés social de que la ciudad no se convierta en un estercolero y que la actividad de un particular no sea manifiestamente incómoda y atentatoria contra la calidad de vida de los demás particulares.

En tercer lugar, la víctima aislada puede encontrar demasiado oneroso embarcarse en una acción de resultados inciertos contra un causante poderoso y con un costo de probanza muy alto (particularmente, cuando hay que recurrir a peritajes técnicos muy sofisticados). Además, la efectividad de la acción judicial como medio de *deterrence* de los daños masivos —sobre

todo, en los casos de contaminación ambiental y productos defectuosos— se encuentra muy atenuada en la acción individual [878].

Resumiendo todas estas dificultades, una Nota Editorial de la Harvard Law Review nos dice que, como consecuencia del principio tradicional según el cual cada víctima demanda independientemente, "el sistema judicial se congestiona con múltiples reclamos relativos básicamente a un solo curso de conducta, donde cada víctima trata de maximizar su propia indemnización y cada demandado trata de reducir su responsabilidad potencial. Como cada parte actúa de acuerdo a la estrecha percepción de sus propios intereses, los intereses colectivos de las partes, de la sociedad y del sistema judicial quedan ignorados" [879].

625. *La acumulación.* Dentro de nuestro Derecho encontramos un remedio a la pluralidad judicial: la acumulación.

En realidad, ésta es la única solución que se encuentra a nuestra disposición en el estado actual de nuestra legislación; y, como veremos a continuación, no es el mejor adaptado a los fines propuestos.

El Código de Procedimientos Civiles vigente permite la acumulación de las acciones que varias personas tienen contra una, siempre que emanen del mismo título (art. 249). Asimismo, facilita la acumulación de procesos, aunque sean diversas las personas, cosas y acciones involucradas, si la cuestión jurídica que se ventila es sustancialmente una sola (art.250). De esta manera, la acumulación puede ser objetiva (acciones) u objetiva (procesos). A su vez la acumulación subjetiva puede ser activa (pluralidad de demandante), pasiva (pluralidad de demandados) o incluso mixta.

Es posible advertir que estas situaciones son bastante frecuentes en los procesos de responsabilidad extracontractual por daño masivo, como en los casos de contaminación (donde pueden haber muchas víctimas demandantes y también muchos causantes demandados) o de productos defectuosos (donde pueden haber muchas víctimas que demandan a un mismo fabricante). El problema estriba en saber si esos casos cumplen las condiciones establecidas para cada tipo de acumulación.

---

878. Gabriel A. STIGLITZ: *Op. cit.*, No. 30, p. 57.

879. *Class certification in wass accident cases under Rule 23(b) (1).* 96 Harvard Law Review (1983) 1143.

De primera intención, de acuerdo a una interpretación estricta de la doctrina procesal, podría decirse que no procede la acumulación debido a que ni las obligaciones emanan de un mismo título ni la cuestión que se ventila es una sola: el daño no emana de un "título" propiamente dicho y es distinto en cada caso, porque asume características individuales; por tanto, la cuestión jurídica es diferente por cuanto que el juez deberá examinar la responsabilidad en cada caso y fijar una indemnización distinta para cada demandante. Esta posición lleva a desestimar el pedido de acumulación de los procesos.

Sin embargo, también podríamos decir que, en la medida en que el daño a diversas personas proceda de un mismo acto contaminante o de un mismo producto defectuoso, la cuestión jurídica que se ventila es una sola: se trata de establecer si ese mismo acto o ese mismo producto son efectivamente causa de un daño resarcible. Esa posición doctrinal diferente implica que la acumulación de procesos es lícita y que, enterado cada demandante de la existencia de los juicios iniciados por las demás víctimas, podría solicitar dicha acumulación; también podría pedirla el demandado, pero lo usual es que, por razones de estrategia judicial, ese demandado prefiera conservar los juicios separados con la posibilidad de perder en unos pero de ganar en otros, evitando además de esta manera que las víctimas pudieran unirse para organizar una mejor defensa de sus intereses.

En nuestra opinión, la interpretación restringida sería fundada y atentaría contra los propósitos que persigue el Derecho a través de la acumulación: economía procesal y evitar que se puedan producir sentencias contradictorias sobre un mismo asunto. Esa posición que deniega la posibilidad de acumulación haría que el fabricante de un producto defectuoso que causó daño resulte responsable según algunos jueces y respecto de ciertos demandantes y que, en cambio, otros jueces consideren que no existe defecto en el producto y que, por tanto, otros demandantes no tienen derecho a indemnización. Ciertamente perjudicaría más a los fines del Derecho que se presentara tal diversidad de sentencias judiciales, a que se haga extensiva la acumulación a estos casos, quizá forzando un ápice la doctrina tradicional. En apoyo de la tesis de que la acumulación es posible, podemos citar a Julián Guillermo ROMERO, quien sostiene que lo fundamental es que, "las acciones propuestas reconozcan el mismo origen, aunque sea distinto el fin que con ellas se persigue" y específicamente aclara que "De un... cuasidelito... pueden derivarse para muchos, distintos derechos que motiven acciones diferentes con propósitos diversos y en estos casos es posible que los litigios

se acumulen, porque en todos ellos existe el mismo vínculo jurídico que los motive" [880].

¿Es también lícita la acumulación de acciones en tales casos? Pensamos que sí. No cabe duda de que procede la acumulación de las acciones que un mismo damnificado por contaminación tiene contra las diferentes fábricas contaminantes de la zona, porque éstas tiene el carácter de obligadas solidarias de conformidad con lo previsto en el artículo 1983 del Código Civil. Pero, ¿pueden las distintas víctimas de tal contaminación presentar una demanda conjunta y aunar de esta manera sus esfuerzos y sus economías para luchar por una reparación? Creemos que la respuesta es igualmente afirmativa. La acumulación subjetiva activa requiere que las obligaciones emanen de un mismo título. Ahora bien, ¿Qué se entiende por título? Según J. Guillermo ROMERO, el título puede entenderse como la causa u origen de la obligación o como el instrumento destinado a acreditar el derecho; en la acumulación hay que considerar el título en ambos sentidos: como un hecho originario de la obligación o como un documento escrito [881]. Y ALSINA directamente nos dice que hay acumulación activa por comunidad de causa respecto de la reclamación de indemnizaciones por los daños sufridos por diferentes personas en un mismo accidente, cuya responsabilidad atribuyen al demandado [882].

Sin embargo, aun cuando las formas de acumulación mencionadas —en caso de que sean aceptadas por nuestros jueces—puedan ayudar notablemente a las víctimas de daños masivos, todavía subsisten múltiples problemas. Por una parte, los juicios acumulados siguen siendo relaciones individuales e independientes, aun cuando se tramiten en conjunto. La suma de estas individualidades no ha rescatado el interés social que subyace a estos procesos. Por otra parte —y, en cierta forma, derivado de lo anterior— queda pendiente el problema de los intereses difusos, es decir, de ese gran número de víctimas anónimas que no son formalmente advertidas de la existencia de esos juicios para que eventualmente puedan adherirse, que por razones muy diversas no son capaces de tomar judicialmente la iniciativa y

---

880. J. Guillermo ROMERO: *Estudios de Legislación Procesal*, T. I. Tip. de "El Lucero". Lima, 1917, p. 418.

881. J. Guillermo ROMERO: *Op. cit.*, T. I., pp. 410-411.

882. Hugo ALSINA: *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. T. I. Cía. Argentina de Editores Soc. de Resp. Ltda. Buenos Aires, 1941, p. 327.

que, consecuentemente, permanecen ignoradas para el Derecho. Por último, si comparamos este procedimiento acumulado con las soluciones procesales que aporta, por ejemplo, la *class action* norteamericana a la que nos referimos después, si comparamos las posibilidades de financiación y de efectividad que acompañan a la *class action*, quedamos con la impresión de que en la acumulación no estamos sino ante una forma todavía muy incipiente de litigio en común.

Sección II: Por un Derecho Procesal de las masas

626. *Bases para un nuevo tratamiento.* En estos casos de daños masivos, quizá podemos decir más propiamente que los daños sufridos por cada una de las víctimas no son relaciones independientes entre el causante y cada víctima, no es que haya tantos daños como víctimas, sino que hay un daño global, un mismo y único daño, en el que "cada miembro de la colectividad afectada, es titular de un fragmento o porción del interés colectivo o difuso lesionado" [883].

Si se acepta una conclusión de esta naturaleza, debemos preocuparnos entonces de diseñar mecanismos y procedimientos para accionar colectivamente, de manera que el interés grupal se encuentre también tutelado. En otras palabras, "viene ahora exigido un acceso a la Justicia diferente al tradicional, que debe materializarse a través de un portavoz comunitario, apto para poner en funcionamiento eficazmente los mecanismos de la responsabilidad civil" [884].

Notemos que, para quienes sostienen esta tesis, no se trata solamente de un problema de representación en juicio: no es que los daños sean siempre individuales, pero que para facilitar la reclamación de la indemnización correspondiente se requiera reunir los juicios individuales en un apoderado común. Se trata, más bien, de plantear la existencia de *nuevos daños resarcibles de carácter grupal*; estaríamos así ante una cuestión que no es meramente procesal sino que alcanza aspectos sustantivos pues lo que se encuentra replanteado es la *legitimatio ad causam* de la acción, lo que equivale a decir, la titularidad del derecho sustantivo [885].

---

883. Gabriel A. STIGLITZ: *Op. cit.*, No. 24bis, p. 43.

884. Gabriel A. STIGLITZ: *Op. cit.*, No. 26, p. 48.

885. Gabriel A. STIGLITZ: *Op. cit.*, No. 26, p. 47.

627. *Las nuevas soluciones.* En la doctrina y en el Derecho Comparado encontramos nuevas soluciones procesales a estos nuevos problemas, que parece importante reseñar.

628. *La representación institucional.* De un lado, se ha planteado como solución la necesidad de convertir los intereses difusos en intereses colectivos y otorgarles a continuación una representación institucional.

Esto significa que, a través de una legislación adecuada, se promueve la constitución de asociaciones encargadas de la defensa de sectores de la población; en unos casos pueden ser los órganos gremiales de una cierta actividad (Colegios Profesionales, Sociedades Nacionales, etc) y en otros casos pueden ser instituciones independientes creadas en base al entusiasmo de ciertas personas (asociaciones locales o especializadas de protección al consumidor, asociaciones de protección del medio ambiente, clubes de defensa de un bosque o de un paraje en particular, fundaciones para la conservación de la naturaleza, etc.) siempre que cumplan con ciertos requisitos de representatividad establecidos por la ley a fin de garantizar la existencia de "interés legítimo" para accionar (el hecho de contar, por ejemplo, con un cierto número mínimo de asociados).

Esta solución es interesante en la medida que concibe la defensa de los intereses difusos de manera más ordenada y coherente, a través de instituciones *ad hoc*. Pero, sin perjuicio de que pueda ser encarada como un camino paralelo, no parece ser la solución única de todos los problemas antes mencionados. Tanto la constitución como la administración interna de esas instituciones requiere un alto grado de un cierto tipo de civismo, que todavía no parece predominar en nuestro país.

629. *El Procurador de los intereses grupales.* Otra solución que ha sido esbozada consiste en la creación de un cargo público de defensa de los intereses grupales, tal como un Fiscal del Medio Ambiente y de los Consumidores o un Ombudsman particular para estos efectos, como se ha instituido en los países nórdicos para la defensa de los intereses del consumidor y que acude a un Tribunal especializado denominado Corte del Mercado con facultades de ordenar *injunctions y astreintes.*

Este mecanismo tiene una enorme potencialidad para reclamar los aspectos propiamente sociales involucrados en los daños masivos; sin embargo, no parece el más adecuado para reclamar los aspectos individuales (la

reparación del daño) de los que es titular cada damnificado. Es probable que una solución de esta naturaleza pueda ser utilizada conjuntamente con el derecho de los damnificados para reclamar también individualmente; pero no parece conveniente que tal funcionario se sustituya íntegramente a las víctimas ni que la responsabilidad extracontractual desaparezca bajo este tipo de sistemas, ya que ello implicaría el riesgo de un cierto estatismo.

630. *La acción popular.* Una tercera solución apunta a la utilización de la acción popular.

Este tipo de procedimientos es familiar a nuestro sistema jurídico, por cuanto ya ha sido utilizado en el campo del Derecho Público. La Constitución vigente contempla las dos formas de acción popular posibles: la restringida o sujeta a condiciones, como es le caso de la acción de inconstitucionalidad de las leyes, para la que se exige de quien la ejerza sea una persona calificada por su función o cuando menos un cierto número (elevado) de ciudadanos comunes; la amplia o incondicional, como es el caso de la acción de ilegalidad de los decretos y otras disposiciones de carácter general que no emanan del Poder Legislativo, que puede ser ejercitada por cualquier ciudadano indistintamente.

En el caso de los daños masivos, se trataría de crear legislativamente —lo que todavía no existe— una acción popular contra el causante, que podría ser ejercida por cualquiera, sea o no damnificado y sin que se requiera condición alguna para actuar en nombre del interés social.

Sin embargo, este tipo de acción no correspondería a la responsabilidad extracontractual sino, en todo caso, a las normas procesales de un Código del Medio Ambiente para que cualquier ciudadano, en base a *injunctions* y *astreintes* que también deberían estar previstas en tal Código, pudiera obtener la paralización del acto contaminante y lesivo al interés social. Mientras que la responsabilidad extracontractual parece fundamentalmente orientada a la reparación y sólo en segundo lugar a lograr el efecto "*deterrence*", este tipo de acciones parecen concebidas más bien para lograr fundamentalmente el efecto "*deterrence*". Si se pretendiera que cualquier ciudadano asuma *motu proprio*, sin cumplir requisito alguno, la representación de todos los damnificados y se encuentre en aptitud de reclamar una indemnización global a nombre de ellos, las consecuencias serían bastante complejas: las empresas se verían acosadas por personas audaces e inescrupulosas (probablemente siempre las mismas) que plantearían ininterrumpidamente juicios

de responsabilidad por contaminación o por productos defectuosos; y, una vez cobrada la indemnización, las víctimas reales podrían difícilmente obtener de quien litigó la parte que les corresponda.

631. *La "class action"*. En Estados Unidos se ha desarrollado otro tipo de solución que pretende tanto combinar los objetivos de dar facilidad para que las víctimas puedan cobrar la indemnización que les corresponde como los de optimizar el efecto *"deterrence"*.

Esta solución procesal quiere que los derechos individuales de las víctimas sean ejercitados de la manera más eficazmente posible. Pero también pretende defender el interés público; y, dentro de una línea muy propia del pensamiento político-jurídico norteamericano, se trata de una defensa del interés público, conjuntamente con la defensa masiva de los intereses privados (*mass production remedy*), por iniciativa y a través de la acción privada.

Esta alternativa está constituida por un nuevo tipo de procedimiento judicial denominado "acción de clase" (*class action*), que fue creado en 1938 por la Rule 23 de las *Federal rules of civil procedure* y enmendado el 28 de febrero de 1966 por el *Advisory Committee on Civil Rules*. La idea consiste en permitir que, bajo ciertas condiciones, un damnificado de una determinada clase o categoría de damnificados pueda asumir la defensa de todos los damnificados posibles de su misma clase o categoría; de manera que en un sólo juicio se discute el daño y se establece una indemnización global que se reparte proporcionalmente, luego de pagados los gastos del juicio. Como puede apreciarse, este procedimiento es particularmente aplicable a los casos en que todos los damnificados han sufrido poco más o menos el mismo grado de daño: *verbi gratia*, intoxicación por el uso de un producto defectuoso con efectos similares en todos los intoxicados, daños generales a los cultivos como resultado de una actividad industrial contaminante, etc. Pero también es posible utilizar la "acción de clase" contra un demandado en representación de su clase de demandados; de modo que la noción de clase —y las ventajas procesales que de ella se derivan— se aplica tanto para que los damnificados puedan atacar en común como para que los causantes puedan se atacados en común.

Como es natural, la posibilidad de iniciar un procedimiento de esta naturaleza está sujeta a múltiples condiciones y garantías. Uno o más miembros de la "clase" de damnificados pueden demandar o ser demandados como representantes de todos los demás miembros de la clase sólo si: (1) la

clase es tan numerosa que la participación de todos sus miembros resulta impracticable (lo que no quiere decir imposible sino simplemente difícil o inconveniente); (2) hay cuestiones de derecho o de hecho que son comunes a toda la clase; (3) las demandas o las defensas de la parte que actúa como representante son típicas de las demandas o defensas de la clase; y (4) la parte representante de la clase protegerá correcta y adecuadamente los intereses de la clase (*Rule* 23, a). Una vez instaurado el proceso, el juez tiene que verificar si se han cumplido las condiciones antes descritas y además evaluar si están presentes algunas de las siguientes circunstancias: (1) que la prosecución de juicios separados pueda crear el riesgo de que situaciones análogas sean resueltas de manera diferente por sentencias individuales o que las indemnizaciones ordenadas en juicios individuales puedan afectar el derecho de cobrar indemnización a otros damnificados; (2) que la parte que se opone a la clase haya actuado o rehusado actuar en términos aplicables a la clase en general, creando la necesidad de ordenar una *injunction* que proteja a la clase como un todo; (3) que el juez encuentre que las cuestiones comunes de hecho o de derecho predominan sobre cualquier cuestión individual y que la "acción de clase" es superior a cualquier otro tipo de acción con miras a lograr una correcta y eficiente solución de la controversia (*Rule* 23, b).

Una vez determinada por el juez la procedencia de la "acción de clase", se procede a notificar a todos los posibles miembros de la clase; esta notificación se hace tanto por periódico como directamente a todos aquellos que puedan ser razonablemente identificados. La notificación contiene un plazo para que los miembros de la clase puedan, si así lo desean, excluirse de la clase y litigar por separado. Normalmente, sólo quien tenga daños mucho más graves que el promedio, intentará la acción individual con el objeto de obtener una reparación mayor de la que la habría correspondido como miembro anónimo de la clase; pero tendrá que actuar íntegramente la prueba por su cuenta y a su costo y, en general, afrontar todos los gastos de un juicio individual. Sin embargo, en ciertos casos, este problema de las diferencias en la incidencia del daño puede ser resuelto mediante la constitución de "sub-clases". Es importante señalar que, aun sin renunciar a su condición de miembro de la clase, todo damnificado puede aparecer, si así lo desea, en el juicio común y colaborar en la defensa.

Un elemento fundamental de la "acción de clase" consiste en que la sentencia es obligatoria para todos los que correspondan a la clase definida por el juez al inicio del juicio, salvo los que expresamente manifestaron su

voluntad de ser excluidos. Por consiguiente, lo ordenado en la sentencia, sea favorable o no, beneficia o grava (según se trate de demandantes o demandados) a todos los miembros de la clase aunque no hayan nunca aparecido en juicio. Esa sentencia tiene valor de *rei iudicatae* para todos los miembros de la clase y, consecuentemente, ninguno de los que no manifestó su exclusión puede demandar o ser demandado nuevamente por el mismo daño. Como consecuencia, si la clase es demandante, la indemnización global obtenida será prorrateada entre todos los miembros de la clase que se presenten a cobrarla dentro de un plazo determinado, aunque no hayan intervenido en el juicio. Y, a su vez, si la clase es demandada, la indemnización que debe ser pagada al demandante será prorrateada entre todos los miembros de la clase demandada, aun los que no hubieren salido a juicio: aquellos que pagan directamente la indemnización pueden repetir contra todos los demás miembros de la clase que logren identificar, de manera análoga —aunque quizá no idéntica— a lo que sucede con la obligación solidaria.

Es fácil imaginar las combinaciones y posibilidades que abre la "acción de clase". Por ejemplo, una vez establecida judicialmente la procedencia de la "acción de clase" para demandar los daños y perjuicios resultantes de un producto defectuoso (pensemos en el caso de las madres damnificadas por la Talidomida, por ejemplo), un Banco puede comprometerse a financiar los gastos del juicio —contra garantías prestadas por los representantes de la clase que tiene la conducción del juicio— y a actuar como fideicomisario para la distribución de la indemnización entre todos los miembros de la clase de damnificados. Esto no solamente otorga una mayor garantía y seriedad al reparto final de la indemnización sino que además permite solventar los altos costos de pruebas que pueden consistir en peritajes científicos muy complejos y que estarían fuera del alcance de un litigante individual. Una vez ordenado el pago de la indemnización, ésta es cobrada por el Banco fideicomisario quien primero se hace pago de su préstamo y de sus intereses y comisiones por servicios, cancela los gastos del juicio y luego procede a prorratear el saldo entre los miembros de la clase que se apersonen.

632. *Un desafío a la imaginación procesal.* Todas estas nuevas posibilidades procesales —nuevas sólo en nuestro medio, porque hemos visto que la *class action* existe en Estados Unidos desde 1938— tienen que ser objeto de concienzuda y prudente reflexión.

No podemos pronunciarnos sobre ellas porque creemos que es necesario todavía un amplio intercambio de ideas antes de tomar decisiones en este campo. En estas páginas sólo hemos querido mostrar el desafío que se plantea ante nosotros e incitar a afrontarlo valientemente, sin esconder la cabeza como el avestruz con la esperanza (vana) de que todos estas "complicaciones modernas" desaparezcan de la realidad con la misma facilidad con que desaparecen de nuestra conciencia cuando nos negamos a encararlas.

PARTE CUARTA

REPENSANDO LA RESPONSABILIDAD CIVIL

TITULO I

LA RESPONSABILIDAD CIVIL, HOY

CAPITULO I

GRANDEZA Y DECADENCIA DEL DERECHO CIVIL

633. *El pecado de la idolatría.* Después de este largo periplo por los siete mares de la responsabilidad extracontractual, regresamos a nuestro punto de partida: la noción de responsabilidad civil. Ha llegado la hora de detenernos en puerto y de tratar de trazar el derrotero de nuestras errantes navegaciones jurídicas.

Como a todo caminante después de largos meses de marcha, nos conviene hacer una pausa y levantar un croquis de las montañas, valles y quebradas que han sido fatigosamente recorridos. Para ello es necesario intentar una mirada ingenua recién estrenada, libre de los prejuicios doctos de la tradición que a veces ayudan a construir más sólidamente nuestras argumentaciones, pero que otras veces no cumplen sino una función de excusa para la holgazanería y para la timidez intelectual, de pretexto para justificar la flojera de pensar todo de nuevo o de recurso para evadir el temor de encontrarnos intelectualmente solos cuando preferiríamos mimetizarnos dignamente con los tratadistas conocidos: "como dicen los Mazeaud...", "según Planiol y Ripert...", "siguiendo a Messineo...", etc.

Francis BACON afirmaba que la condición esencial del conocimiento es liberarse de los *idolorum* de todos los tipos que están profundamente arraigados en nuestra mente [886]. Y definía los ídolos intelectuales como "dogmas perezosos" [887]. Idolatrizar es tomar ciertas ideas como absolutas cuando son relativas, otorgar características divinas, universales e increadas, a lo que es parte del mundo creado. Y Stefano RODOTA señala que "En to-

886. Francis BACON: *Novum Organum.* L. I., No. 38.

887. *Ibid.*, No. 23.

dos los cambios de la actividad teórica y práctica es sabio consejo abstenerse de la idolatría" [888].

En el campo de estudio que nos ocupa, una muestra de veneración a un ídolo es sostener que la culpa constituye un fundamento universal, insoslayable y casi religioso de la responsabilidad extracontractual. Como, por otra parte, oponer a la culpa con el mismo fanatismo la teoría de la responsabilidad objetiva es simplemente sustituir un ídolo por otro. Para devolver las cosas a su debida proporción es preciso tener permanentemente presente que la responsabilidad extracontractual no es una emanación divina sino un producto histórico, resultado de la actividad racional de los hombres que intentan —¡quizá infructuosamente!— vivir en un mundo cada vez mejor y más ordenado. Por consiguiente, la responsabilidad extracontractual —y sus diferentes formas de organización y fundamentación— es básicamente una respuesta a un problema social y hay que evaluarla en tanto que tal; lo que supone conocer el problema —que varía con el tiempo— y verificar socialmente si la respuesta es adecuada. Si algún principio de construcción de tal respuesta ya no es funcional en razón de los nuevos materiales que ahora empleamos en la edificación jurídica o en razón de las características particulares del suelo social en el que nos ha tocado construir, simplemente habrá que buscar un principio más adecuado: aferrarnos a un criterio anacrónico significará levantar una construcción jurídica deleznable o inútil.

634. *La canibalización del Derecho Civil.* El Derecho Civil tiene cierta dificultad en adaptarse a las nuevas circunstancias y tiende a inmortalizar aquellos principios que fueron históricos en su origen (respuestas de época, correctas para los problemas de su época). Sin embargo, esos principios no pueden ser anquilosados sin riesgo de que todo el sistema devenga en inoperante.

Las consecuencias de la "idolatría civilista" son costosas: el Derecho Civil, incapaz de retener dentro de su rígida red de conceptos e instituciones a las nuevas realidades, ha visto su campo pillado por leyes y reglamentos que le arrancan grandes áreas tradicionales, de gran importancia en la vida social. Y éste no es un fenómeno exclusivamente peruano: es un mal generalizado de la doctrina civilista. Así en casi todos los países, el comienzo y

888. Stefano RODOTA: *Il Problema della Responsabilita Civile.* Dott. A. Giuffre, Editore. Milano, 1964, p. 59.

fin de la personalidad, el derecho sobre el propio cuerpo, la transferencia de partes orgánicas renovables y no renovables, cada vez se hacen más insustanciales en el Código Civil, mientras que para entender y aplicar la normatividad efectiva en esos campos tenemos que acudir al Código Sanitario, a la Ley de Trasplantes, a las disposiciones sobre la llamada "donación" (venta) de sangre y a otras leyes especiales. Las normas del Código Civil sobre la filiación y sobre la sucesión se encuentran gravemente desafiadas por las nuevas formas de fecundación "artificial" (pero no por ello menos real) y de concepción *in vitro* y en vientre ajeno. Y aún los rubros más antiguos del Derecho de Familia quieren independizarse de la tradición civilista: hay quienes han propuesto, incluso, crear un Código de la Familia ¡independiente del Código Civil! En materia de propiedad, las disposiciones sobre urbanizaciones, las normas particulares sobre propiedad agraria, las reglas sobre bienes culturales, no encuentran cabida en el Código Civil y se refugian en otras tantas leyes especiales. En materia de contratos, las leyes de inquilinato se han llevado una parte importante del Derecho Civil clásico y hasta el Reglamento de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas ha acogido nuevas formas del contrato de locación de obra (llave en mano, administración controlada, etc.), de amplio uso actual tanto en el campo público como en la práctica privada, que siguen tercamente ignoradas por el imperturbable legislador civilista. En la responsabilidad extracontractual, los accidentes de trabajo han sido en buena medida extraidos de la esfera de aplicación del Código Civil ante la incapacidad de este cuerpo de leyes para procesarlos en forma adecuada con sus viejos principios, y es probable que pronto suceda lo mismo con los accidentes de automóviles.

635. *El encogimiento del Código Civil.* De esta manera, el Código Civil va siendo cercado por una nueva legislación heterogénea que lo arrincona y lo obliga a retroceder sus fronteras; hasta el punto de que puede quedar en breve relegado al tratamiento de lo exclusivamente doméstico: nombres tan pomposos como la "propiedad predial" pueden quedar modestamente reducidos a la regulación tocante a la casa personal, los "bienes muebles" pueden llegar a no referirse a otra cosa que a los enseres del hogar, el "contrato de mutuo" puede ser confinado al préstamo entre amigos (ciertamente el préstamo mercantil —que es el más significativo en la actualidad— queda excluido en razón de la dudosa diferenciación prevaleciente entre contratos civiles y contratos comerciales), etc.

Frente a esta actitud del Derecho Civil que cede territorios y se encoge para no tener que cambiar sus principios, hay quienes pensamos que es

necesario que, por el contrario, el Derecho Civil extienda sus linderos hasta reincorporar en su seno a todos aquellos hijos pródigos que se le han escapado en las últimas décadas. Sin perjuicio de la existencia de leyes especiales, el Derecho Civil debe establecer los grandes principios de los cuales se desgajan todas las variantes especializadas en las que intervienen todavía derechos privados. Pero ello no tendrá lugar con los principios clásicos, será indispensable que este ensanchamiento del horizonte normativo se encuentre basado en un ensanchamiento conceptual: los civilistas requerirán una importante dosis de imaginación y de flexibilidad si quieren conservar una posición central en el mundo contemporáneo del Derecho.

CAPITULO II

EL MAPA DEL TERRITORIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

636. *Un ejercicio de cartografía.* El país denominado Responsabilidad Civil dentro de la geografía política del Derecho se encuentra actualmente integrado por dos grandes provincias: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.

La distinción entre ambas parece un concepto elemental de la ciencia jurídica, que aprenden los estudiantes de primer año: la responsabilidad contractual es la derivada del incumplimiento de un contrato, mientras que la responsabilidad extracontractual se deriva de actos no contractuales (antes se decía que era la derivada de un acto ilícito, pero ahora se reconoce que existen responsabilidades extracontractuales que no están fundadas en el ilícito)[889]. En realidad, la evidencia de tal distinción se desvanece tan pronto nos acercamos a ella: se hace cada vez más imperceptible frente al análisis, hasta casi desaparecer; pero éste será un punto que se tratará más adelante[890].

Los criterios usualmente empleados para distinguir entre una y otra dentro de la doctrina civilista actual atienden tanto a la naturaleza de la responsabilidad como a sus efectos.

En primer lugar, se dice que la responsabilidad contractual admite grados de culpa, a los que sanciona con consecuencias diferentes. En términos generales, la responsabilidad contractual establece dos tipos de consecuencias: la obligación de indemnizar *todos* los daños que conocidamente se deriven del incumplimiento como efecto directo e inmediato y la obligación de indemnizar *sólo* los daños previstos o que se hubieren podido prever al cons-

889. Vid. *supra*., Nos. 39-41.

890. *Infra*, Nos. 655-661.

tituirse la obligación. El Código de 1936 colocó el umbral que separa estos dos tipos de sanciones entre el dolo y la culpa grave: sólo el incumplimiento doloso daba origen a la obligación total de reparar, mientras que a partir de la culpa grave (*i.e.* en los casos de culpa grave y de culpa leve), esta obligación se limitaba a los daños previsibles (art.1323). El Código de 1984 ha descendido ese umbral hasta la frontera entre la culpa grave y la culpa leve: ahora sólo quienes incumplen con falta leve, no responden sino por los daños previsibles (art. 1321); en los demás casos se responde por todos los daños que se deriven del incumplimiento (ciertamente, como consecuencia inmediata y directa). Esta variación de criterio legislativo lleva a que sólo la culpa leve se encuentre sometida a un régimen distinto. Sin embargo, además de las distinciones entre el dolo, la culpa grave y la culpa leve, queda todavía *culpam levissimam*, que en Derecho Contractual se asimila a la ausencia de culpa. En cambio la responsabilidad extracontractual no reconoce grados de culpa: la obligación de reparar es siempre la misma —tiene un carácter pleno— cualquiera que sea el grado de culpa con que se cometió el daño. Aún más. En el campo extracontractual, la *culpa levissima* no exonera de responsabilidad; no es asimilada a la ausencia de culpa sino a la culpa a secas.

En general, la dimensión subjetiva (culpabilidad) parece ser menos importante y menos sutil en el campo extracontractual que en el contractual (sin mencionar siquiera la presencia de responsabilidades sin culpa en el campo extracontractual). Ello hace, por ejemplo, que el incapaz dotado de discernimiento quede obligado por los daños extracontractuales que cause (art. 1975); en cambio, no puede obligarse contractualmente (art. 140).

Adicionalmente, hay una serie de diferencias que se derivan de la forma como una y otra responsabilidad han sido tradicionalmente legisladas. Para que surja la responsabilidad de reparar en el campo contractual, se requiere que el obligado sea previamente colocado por el acreedor en mora, salvo los casos de mora automática y otros análogos que establece el artículo 1333, pero, automática, implícita, presunta o explícita, la mora es ineludible en la responsabilidad contractual (art. 1336). En cambio la responsabilidad extracontractual se constituye por el hecho mismo del daño y nace en el instante en que éste es causado (arts. 1969 y 1970, *et al.*) Por otra parte, la prescripción de la responsabilidad contractual es diferente de la correspondiente a la responsabilidad extracontractual: la primera tiene plazos que varían entre 3 y 10 años, según las circunstancias (incisos 1 a 3 del artículo 2001), mientras que la segunda tiene un plazo único (y más reducido) de 2 años (inciso 4 del artículo citado). También, en Derecho Internacional Pri-

vado, la ley aplicable para una y otra responsabilidad es distinta: la responsabilidad contractual está sometida a la ley escogida por las partes o, en su defecto, generalmente, por la ley en que debe cumplirse la obligación y, excepcionalmente, por la ley del lugar de celebración del contrato (art. 2095); en cambio, la responsabilidad extracontractual está sometida a la ley del país donde se realiza la principal actividad que origina el perjuicio o, eventualmente, a la ley del país donde efectivamente se produjo el perjuicio si el agente debió prever la producción del daño en dicho lugar (art. 2097)

Y así podríamos seguir señalando algunas otras diferencias técnicas en la aplicación de una y otra responsabilidad dentro de nuestro ordenamiento positivo: tribunal competente, etc.

637. *El problema de la identidad regional.* Estas dos provincias de la responsabilidad civil —la contractual y la extracontractual— son consideradas como contiguas y de alguna manera antagónicas. Nadie puede ser natural de ambas regiones a la vez: o bien la situación pertenece a la responsabilidad contractual o bien pertenece a la responsabilidad extracontractual.

De ninguna manera puede decirse que estas regiones se superponen y que algunas situaciones son oriundas de ambas etnias jurídicas. Los hechos de la responsabilidad tienen que tener pasaporte contractual o pasaporte extracontractual: el que tiene los dos pasaportes es un impostor o es un aprovechador a quien debe privársele de uno o de otro.

Sin embargo, los problemas de identidad regional no están definitivamente resueltos: hay un gran número de casos que no sabemos si corresponden a una o a otra o a ambas [891].

Las fronteras no se encuentren perfectamente delimitadas; por el contrario, existen tramos de demarcación imprecisa. La comprobación de una dificultad de catalogación no hace necesariamente las cosas ambiguas *ex natura*: un conflicto fronterizo no da lugar a la doble nacionalidad de quienes habitan la zona disputada del territorio. Pero el conflicto no puede tampoco desconocerse y se hace indispensable la construcción de un sistema de principios que permita resolver los casos concretos y determinar finalmente el tipo de pasaporte que le corresponde al hecho materia de la reclamación.

---

891. Retomaremos posteriormente este tema desde la perspectiva de la unidad de la responsabilidad civil, *vide infra* Nos. 650, 655-661 y 672 y ss.

En la práctica, la doctrina y la jurisprudencia han dejado la libre elección a la víctima. Queda absolutamente descartada la posibilidad de acumular la responsabilidad contractual y la extracontractual: ello equivaldría a tener derecho a dos indemnizaciones por un mismo daño. Pero es posible permitir al perjudicado que utilice la vía que es más favorable; y, de hecho, los Tribunales franceses, por ejemplo, han aceptado muchas veces la vía extracontractual a pesar de que existía un contrato entre las partes, cuando ese contrato no facilitaba la cobranza de ciertos daños y perjuicios [892]. En otros casos, el demandante tendrá interés en optar por la vía contractual a fin de evitar la prescripción más corta de la responsabilidad extracontractual.

638. *La responsabilidad contractual. Sus principios.* La responsabilidad contractual cubre fundamentalmente dos supuestos de daño: el incumplimiento de la prestación contratada —o el cumplimiento parcial o defectuoso (que es una forma de incumplimiento de dicha prestación)— y la mora (que es el incumplimiento de una obligación radicalmente vinculada a la prestación principal, constituida por el compromiso de ejecutar tal prestación principal en un plazo igualmente contratado).

Simplificando el sistema hasta el máximo tolerable, podemos decir que el fundamento de la responsabilidad contractual es la culpa: siempre que podamos probar nuestra ausencia de culpa por cualquier causa (caso fortuito, intervención de tercero, etc.), quedamos liberados de responsabilidad contractual. Sin embargo, debemos tener presente que esta devaluación de la culpa contractual es severa: el obligado contractualmente responde por daños y perjuicios en razón de su incumplimiento, aun por culpa leve (artículo 1321). Además, prima el principio de inversión de la carga de la prueba de la culpa: acreditado el hecho de la existencia de un contrato y el hecho de su incumplimiento y de los daños que de ello se deriven, procede declarar fundada la reclamación del acreedor a una indemnización; salvo que el deudor logre demostrar que no hubo culpa de su parte.

La mora en el cumplimiento da origen también a daños y perjuicios que son objeto de reparación. Por consiguiente, la prestación contratada puede haber sido ejecutada y correctamente ejecutada; pero no a tiempo. El

---

892. Marcel PLANIOL y Georges RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Français*. T. VI. *Obligations. Première Partie*. Con la participación de Paul ESMEIN. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. No 493, p. 684.

incumplimiento del plazo hace nacer una obligación de resarcir los perjuicios causados por tal tardanza (artículos 1242 y 1336).

Esa tardanza puede producirse tanto en la ejecución por el deudor de la prestación contratada como también en la conducta del acreedor: la mora del acreedor ha sido igualmente sancionada por nuestro legislador con el pago de los daños y perjuicios (artículo 1339). Es verdad que esa pretendida "mora del acreedor" parece no ser otra cosa que una mora común y corriente del deudor en el interior de un contrato, que es siempre un complejo de prestaciones recíprocas (donde el "acreedor" es asimismo deudor de ciertas prestaciones frente al "deudor", quien es acreedor respecto de tales contraprestaciones). Pero este tipo de disquisiciones se alejan del tema central de este libro.

Finalmente, la responsabilidad contractual cubre no sólo las indemnizaciones que pudiera fijar el Juez en razón de lo antes expuesto, sino también aquellas que resulten del compromiso de las partes expresado en una cláusula penal (artículos 1341 a 1350).

639. *La responsabilidad contractual. Legislación y convención.* Esa responsabilidad contractual, así delimitada por los principios a que hemos hecho mención, interviene activamente en el funcionamiento de los contratos.

Pero su acción no es necesariamente fruto de un pacto específico: la responsabilidad contractual también opera —en una aparente paradoja— sin necesidad de un contrato previo, es decir, sin que las partes hayan estipulado nada al respecto.

A pesar de que el Derecho Contractual parecería que sólo debe contener una norma fundamental —*pacta sunt servanda* ("Los contratos son obligatorios en cuanto se hubiese estipulado en ellos")— y dejar el resto a la libertad de las partes, en la práctica contiene además un número importante de reglas que son introducidas por la ley y que rigen las relaciones entre las partes contratantes aunque no constituyan expresiones de voluntad de éstas. En algunos casos, esto sucede porque el orden jurídico quiere otorgar garantías precisamente a la libertad de contratación. Con ese objeto, establece *por ley* ciertas obligaciones que sancionan circunstancias determinadas eliminando posibilidades que podrían generar riesgos excesivos dentro del contrato, cuyo control sería muy costoso desde un punto de vista estrictamente privado y contractual; en otros casos, el orden jurídico quiere facilitar las transac-

ciones brindando a los contratantes ciertas formas establecidas u otras ayudas orientadas a reducir los costos transaccionales [893].

Estos son objetivos "sociales" (es decir, están orientados a cautelar la seguridad y la facilidad de la contratación, antes que el interés individual de las partes) y se realizan a través de normas de carácter supletorio. En el primer caso, el orden jurídico considera que la contratación sería abusiva y que, en el fondo, atentaría contra la verdadera libertad de las partes si se permitiera la conducta proscrita o si no se cumpliera con la conducta exigida. Un caso típico de esta situación lo constituye el artículo 1328 que prescribe que es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga: la ley previene la posibilidad de un uso torcido de la libertad contractual con el objeto de eliminarla. Es también un ejemplo de norma imperativa —esta vez en clave de facilitación de los intercambios contractuales— el principio contenido en el artículo 2038 que establece que el tercero que de buena fe y a título oneroso ha contratado sobre la base de mandato o poder inscrito en el registro de lugar de celebración del contrato, no será perjudicado por mandato, poder, modificaciones o extinciones de estos no inscritos. Si cada vez que una persona quisiera comprar un bien de otra que actúa por intermedio de representante se encontrara obligada a recorrer todas las Notarías para saber si el poder que le muestran continúa vigente, ciertamente la compra venta originaría un costo transaccional (en razón de la búsqueda) que enturbiaría la transparencia del mercado (costo al margen de la oferta y la demanda del bien que se adquiere) y, sobre todo, un riesgo (que constituye también un costo) de que la búsqueda no haya sido exhaustiva y que, consiguientemente, quizá ese apoderado ya no tenga la representación necesaria. Y si se trata de un contrato en el que no se grava ni se dispone de la propiedad, el contratante no podría estar nunca seguro de que el representante de la otra parte tenía efectivamente poder para obligarla debido a que ni siquiera se exige que sea por escritura pública. La fe del registro —establecida imperativamente por el artículo 2038— elimina tales costos y ries-

---

893. Llamamos "costos transaccionales" a aquellos que no constituyen el contenido de la transacción, sino que resultan necesarios para que la transacción sea posible: *e.g.*, mientras que el precio en la compra venta es un costo que constituye el contenido de la transacción y forma parte de la manifestación de la voluntad contractual (o de mercado), el honorario pagado a un abogado por el estudio de títulos del inmueble que se va a adquirir es un costo transaccional porque no constituye en *principio* parte del costo del inmueble sino que es un costo de la compra venta de la misma o transacción sobre el inmueble. Lo mismo podría decirse de los gastos de un juicio para exigir el pago del precio o la entrega de la cosa, etc.

gos y, de esta manera, facilita el funcionamiento del mercado porque permite al contratante exigir a la contraparte que presente su poder inscrito a fin de evitar todos estos riesgos.

De otro lado, si cada vez que dos personas van a celebrar un contrato deben prever todos los detalles de lo que puede pasar en el futuro con motivo de sus relaciones, tendría que estudiar en exceso todas las posibles consecuencia de sus compromisos y redactar un contrato muy extenso para normar de manera completa tales eventualidades. Esto puede ser necesario en relación con contratos muy complejos. Pero en la vida diaria estamos contratando continuamente y no requerimos pensar tanto en las cláusulas ni gastar mucho dinero en el análisis jurídico ni en la redacción del contrato (que constituyen también costos transaccionales que entorpecen y encarecen la transacción misma, haciendo más pesados la libre contratación y el funcionamiento del mercado). En gran parte de las situaciones de la vida diaria, ni siquiera establecemos cláusula alguna, no redactamos ningún documento, sino que simplemente manifestamos nuestro acuerdo con la entrega de la cosa o con la prestación del servicio y con el pago correspondiente. Esta aparente —y económicamente sana—*nonchalance* contractual es posible gracias a que el Código contiene una gran cantidad de normas que se aplican ahí donde no hubo convención: el legislador ha hecho de contratante al establecer una suerte de modelo de contrato (en las normas del Código) que rige las relaciones entre las partes salvo que éstas — haciendo uso de su libertad contractual— lo hayan expresamente derogado o modificado. En otras palabras, el Código Civil se sustituye a la voluntad de las partes y, supletoriamente (es decir, a falta de convención), supone que los contratantes tuvieron que haber previsto ciertas cosas, aunque no lo hayan hecho.

640. *La responsabilidad contractual. Normas generales.* Es por ello que — a pesar del principio de libertad contractual que invitaría a dejar todo en manos de las partes— encontramos en el Código una gran cantidad de normas que establecen las reglas —imperativas o supletorias— a las que se encuentran sometidos los contratos. Entre ellas, están las que se refieren específicamente a la obligación de pagar una indemnización por los daños derivados del incumplimiento o retardo en el incumplimiento de los compromisos contractuales y que constituyen lo que llamamos ahora responsabilidad contractual.

Las reglas fundamentales que establecen el régimen general de la responsabilidad contractual u obligación de indemnizar en materia contractual

se encuentran contenidas en los artículos 1314 a 1332 (Título sobre la inejecución de obligaciones de la Sección II del Libro VI), a los que se agregan algunas otras normas tales como los artículos 1336 y 1341.

641. *La responsabilidad contractual. Normas de aplicación semigeneral.* Además de las normas de aplicación general antes señaladas, el Código ha establecido reglas igualmente generales pero que corresponden a campos de aplicación limitados. Estas normas contienen principios que, si bien no son aplicables a todo tipo de contratos, constituyen normas generales de indemnización aplicables cuando menos a grandes grupos de formas contractuales.

Así, por ejemplo, en los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, el Código prohibe las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad (art. 1398). En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización por daños y perjuicios, prescribiéndose además las condiciones de aplicación de esta regla según las circunstancias (arts. 1428, 1429 y 1432). A su vez, otra norma nos recuerda que, aunque se hubieran pactado arras confirmatorias, la indemnización de daños y perjuicios sigue regulada por el régimen general. Finalmente, el Código destaca la responsabilidad por daños y perjuicios en los casos en que procede el saneamiento, es decir, en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien (art. 1484): la indemnización procede en los casos de evicción por tercero (artículo 1495), de vicio oculto (artículo 1512) o —el más obsceno— de hecho propio que perturbe el derecho contractualmente transferido (artículo 1525).

Indudablemente, estas reglas no se aplican a todos los contratos, pero tienen vigencia en vastas áreas contractuales y es por ello que consideramos que tienen un carácter semigeneral.

642. *La responsabilidad contractual. Normas de aplicación específica.* Los principios indicados en lo que precede constituyen la base de la interpretación de la responsabilidad contractual, pero el Código presenta numerosos casos de ejemplos o concreciones de esa responsabilidad contractual genérica con relación a promesas y contratos específicos.

En muchas ocasiones, el Código no ha dejado a la imaginación de los contratantes, abogados y jueces la tarea de vincular esos principios con las situaciones concretas en las que están involucrados, sino que ha preferido marcar pautas, subrayar líneas de responsabilidad, mostrar a las partes como son aplicables los principios generales de la responsabilidad contractual a determinados casos.

Encontramos así, *exempli gratia*, que existe responsabilidad contractual en el rompimiento de las esponsales (artículo 240), en el deterioro ordinario del bien objeto del usufructo e incluso de los deterioros extraordinarios si se deben a culpa del usufructuario (artículo 1013), en la pérdida de la cosa objeto del depósito si hubo culpa del depositario (artículo 1081) o incluso si la pérdida se produjo por caso fortuito si la causa de la pérdida ha sido el abuso del depositario (artículo 1079). Hay también obligación de pagar daños y perjuicios cuando se promete un hecho de tercero y éste no se cumple (artículos 1470-1472). En el contrato de compraventa, existe responsabilidad contractual cuando se rescinde el contrato de venta de lo ajeno (artículo 1541) o cuando se demora la entrega del bien vendido (artículo 1555) o cuando se produce la resolución de la venta por incumplimiento del comprador (artículo 1563) o del vendedor (artículo 1556). En el contrato de arrendamiento, el legislador ha querido destacar que si el arrendatario no comunica al propietario la necesidad de hacer reparaciones en el bien arrendado, responde por los daños que resulten (artículo 1862). En el contrato de hospedaje, se ha querido dejar claro que el hospedante responde por los bienes que le hayan sido entregados en custodia por el huésped (artículo 1718) y también por aquellos que, sin haber sido objeto de un depósito específico, sean de uso corriente (se excluyen los objetos de valor especial) del huésped (artículo 1719). En el comodato se ha explicitado que hay responsabilidad si el heredero procede a la venta de la cosa a sabiendas que era objeto de un comodato (artículo 1749). En el contrato de locación, se ha hecho referencia expresa a la responsabilidad del profesional, para limitarla al dolo y a la culpa inexcusable (artículo 1762) y se ha destacado la responsabilidad del contratista de obra en los casos de ejecución incorrecta (artículo 1777) y de vicios de la obra (artículos 1782-1783), así como la denominada "responsabilidad quinquenal" del constructor (artículo 1784). En el mandato, se ha enfatizado la obligación del mandatario de pagar daños y perjuicios al mandante si realiza defectuosamente el encargo (artículo 1796) o si —caso más grave— utiliza en su propio beneficio o con otro fin el dinero o los bienes que debía emplear en el cumplimiento del mandato (artículo 1794). El contrato de depósito ofrece varias hipótesis manifiestas de responsabilidad

contractual: si la cosa se deteriora, se pierde o se destruye por su culpa o si, aunque la causa estuviera en la cosa misma, si no hizo lo necesario para evitarlo ni avisó al depositante (artículo 1824); si tal deterioro, pérdida o destrucción se produce, aun por caso fortuito, cuando la cosa está siendo usada por el depositario en su provecho o en el de un tercero (artículo 1820); si el depositario no comunica al depositante la pérdida de posesión del bien por hecho que no le es imputable (artículo 1841); y si el heredero del depositario enajena el bien sabiendo que era materia de un depósito (artículo 1843). Hay también responsabilidad expresa del deudor por los daños que sufra su fiador por el hecho de pagar la deuda por cuenta de aquél (artículo 1880). El Código ha sancionado también explícitamente la responsabilidad del árbitro que ha aceptado el encargo y luego no cumple con realizar el arbitraje (artículo 1920). En el caso de quien se hubiere beneficiado con la gestión de negocios realizada por un tercero, debe indemnizar a éste por los daños que haya sufrido en el desempeño de la gestión (artículo 1952). Finalmente, el Código ha resaltado la responsabilidad de quien, habiendo hecho una promesa unilateral con plazo de validez, la revoca antes del vencimiento del plazo (artículo 1963).

643. *La responsabilidad extracontractual. Sus principios.* El segundo gran campo de la responsabilidad civil es el de la responsabilidad extracontractual.

El principio fundamental de la responsabilidad extracontractual dentro del Código peruano —cuando menos desde el punto de vista teórico— parece seguir siendo el de la culpa, que actúa como principio de clausura del sistema, es decir, aquel que se aplica a todos los casos que no hayan sido previstos de otra manera.

Sin embargo, existen efectivamente casos para los que la ley prevé una solución distinta. Una de estas soluciones diferentes reviste tal importancia que en buena cuenta constituye un principio rival y, en la práctica, es posible que tenga el control del mayor número de los casos de aplicación de la responsabilidad extracontractual. Este principio diferente, de naturaleza y alcances tan notables, es el de la responsabilidad objetiva para los casos en que se trate de daños cometidos mediante el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa o mediante la intervención de un bien riesgoso o peligroso [894].

894. *Vid. supra*, No. 67 y ss.

Ya sea que nos encontremos frente a un caso de responsabilidad subjetiva u objetiva, la conclusión jurídica consiste en la obligación del responsable de pagar una suma de dinero por concepto de reparación del daño. Por consiguiente el Código establece cuales son los elementos del daño que pueden ser materia de reparación para los efectos de apreciar el monto de la indemnización (artículos 1984 y 1985).

La responsabilidad extracontractual puede ser materia de seguro obligatorio (artículo 1988).

644. *La responsabilidad extracontractual. Normas generales.* En términos globales puede decirse que la responsabilidad extracontractual del actual Código Civil interviene cuando resultan injustificadamente afectados la vida, la integridad física y psíquica, el honor y otros bienes morales, así como los bienes físicos de las personas y, un poco cautelosamente, las rentas o beneficios futuros.

Esta tutela se encuentra contenida en el principio de clausura antes reseñado y en los principios rivales que han sido introducidos en la Sección sobre Responsabilidad Extracontractual del Código de 1984 y que, en un afán de concordar los cánones discordantes, deben ser tratados por los juristas como excepciones.

Los dós principios fundamentales han sido enunciados de manera más general en los artículos 1969 (responsabilidad subjetiva) y 1970 (responsabilidad objetiva). El artículo 1988 apunta, por su parte, al principio de distribución social de los riesgos al proponer a los futuros legisladores la posibilidad de introducir seguros obligatorios; y el artículo 1981 parece incorporar ese mismo principio utilizando en ese caso la vía del sistema de precios antes que la del seguro (la que, por otra parte, conduce al seguro voluntario a fin de "domesticar" el riesgo de empresa y convertirlo en un costo calculable bajo la forma de prima).

La referencia a los artículos específicos que contiene estos principios fundamentales del sistema no excluye, evidentemente, que podamos encontrar a través de las normas sobre responsabilidades específicas que hay además otros principios de responsabilidad que habitan el articulado del Código, como ya se ha dicho en otro capítulo [895]. Ni excluye, como se verá a

---

895. Sobre la heterogeneidad de principios de responsabilidad extracontractual en el Código Civil peruano de 1984, *vide supra*, No. 489.

continuación, que los principios básicos reaparezcan muchas veces en el Código bajo la forma de enunciados respecto de situaciones concretas en otros artículos del mismo Código.

Estas normas básicas de la responsabilidad están circunscritas por la determinación de las fronteras de la responsabilidad extracontractual que realizan causalmente los artículos 1971 a 1973, los que fijan el marco de aplicación de los principios antes mencionados. Por su parte, los artículos 1984 y 1985 establecen, siempre de manera general, las consecuencias de ser responsable; y los artículos 1978, 1983, 1986 y 1987 prescriben pautas, también generales, para la aplicación de tales principios.

645. *La responsabilidad extracontractual. Normas de aplicación semigeneral.* Pero, al igual que en el caso de la responsabilidad contractual, el legislador ha querido ejemplificar la aplicación de esos principios generales a través de normas que orienten a los afectados y a los dos jueces para encontrar posibilidades de reparación en ciertas situaciones concretas.

Estas normas se encuentran dispersas a lo largo del Código y son de alcance variable: algunas tiene un carácter tan general que adquieren la categoría de principios intermedios, otras son absolutamente particulares y constituyen soluciones individualizadas en función de ciertas circunstancias.

646. *La responsabilidad extracontractual. Normas de aplicación semigeneral: el abuso del derecho.* En el Título Preliminar encontramos una aplicación semigeneral importantísima de la responsabilidad extracontractual: el artículo II concede derecho a indemnización a quien hubiere sido afectado por un abuso de derecho. Esta norma abre la posibilidad para que una amplia categoría de situaciones origine una responsabilidad que conlleva el pago de una indemnización.

La teoría del abuso del derecho [895bis] no es sino un correctivo a la teoría de los derechos subjetivos absolutos e incluso anteriores al Estado y al

---

895bis. Esta teoría se gesta jurisprudencialmente durante el S. XIX y es propiamente explicitada por la doctrina a comienzos del presente siglo. La primera expresión directa de este principio fue propuesta por la Corte de Colmar (Francia) en una sentencia del 2 de Mayo de 1886. Una persona levantó una chimenea dentro de su propiedad con el único objeto de quitarle toda la luz del día a una ventana del vecino. Afirmó la Corte que el derecho de propiedad, a pesar de ser absoluto, como todo derecho "tiene que tener como límite la sa-

Derecho: si se admiten tales derechos individuales hasta el infinito, es preciso prever un mecanismo jurídico de control cuando el ejercicio de los mismos resulte socialmente intolerable.

Este carácter de respuesta hace que la noción de abuso de derecho no haya existido ahí donde no existía la noción de derecho subjetivo absoluto. En el Derecho Romano, por ejemplo, el abuso de derecho no existió como categoría teórica; independientemente de que, con la ayuda de otras conceptualizaciones, los juristas romanos hayan evitado las prácticas indeseables que ahora llamamos con tal nombre. Y no existió, porque tampoco existió —propiamente (o modernamente) hablando— la noción de derecho subjetivo concebida como una *potestad* ilimitada y abstracta. Dice Michel VILLEY que "los romanos se interesaron tan poco en la idea del derecho subjetivo *que no tienen un término genérico para expresarla*" [896]. El Derecho Romano no concebía el orden jurídico como una colección de *poderes* individuales, previos a todo, que debían ser simplemente compatibilizados con el menor sacrificio de cada uno; el Derecho era más bien un orden de *cosas* (materiales e inmateriales) que debían ser distribuidas entre las personas de acuerdo a principios equitativos: hay una idea de reparto justo que preside el Derecho, dado que éste no es entendido como el guardián de las libertades individuales sino como una forma de realizar el ideal de justicia. Por ello, el problema del abuso del derecho no se presenta: un derecho abusivo, es decir, un derecho que no respeta el orden justo de las cosas, simplemente no es derecho.

La dificultad surge con el individualismo moderno. Si los derechos individuales se extienden hasta el infinito sin ninguna referencia a la justicia, si son solamente poderes subjetivos sin referencia a ciertos fines objetivos, entonces puede presentarse un problema teórico: una cierta forma de ejercicio de tales derechos puede resultar antisocial, pero, ¿cómo controlarla si no deja de ser derecho? Esta paradoja lleva a inventar a fines del S. XIX la noción aparentemente contradictoria de "abuso del derecho": es un acto "en principio lícito...que...es tratado como no lícito al atentar contra la armonía

---

tisfacción de un interés serio y legítimo". Pero quien contribuyó decisivamente a la aceptación de la doctrina del abuso del derecho fue JOSSERAND en 1905 con su libro *De l'abus des droits*. (Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.* T. I. No. 557, p. 647)

896. Michel VILLEY: *Gaius et le droit subjectif, en Lecons d'Histoire de la Philosophie du Droit*. Dalloz. París, 1962, p. 187. el énfasis es del propio M. VILLEY.

de la vida social" [897]. En realidad, nada puede ser tratado como no lícito si no es verdaderamente ilícito; y este "abuso del derecho" parecería ser ilícito *ab initio* porque atenta contra la armonía social. Pero, al mismo tiempo, la doctrina moderna del derecho subjetivo sostiene que los derechos pueden ejercitarse con la más amplia libertad; de donde viene ese sentimiento de que incluso el "abuso del derecho" es "en principio" lícito.

Esta concepción individualista del derecho subjetivo es la que ha llevado a extender de tal manera el sentido de la norma del inciso 1° del artículo 1971 que luego ha sido necesario limitarla nuevamente con un adjetivo restrictivo: no hay responsabilidad en el ejercicio —ahora se dice, *regular*— de un derecho. Este procedimiento de adjetivación de la norma mencionada se emparenta con la noción de abuso del derecho dentro de la mentalidad post-individualista.

En realidad, la afirmación clásica de que no hay responsabilidad en el ejercicio de un derecho no requería de adjetivación alguna porque estaba *per se* limitada al derecho mismo de dañar: si una persona tiene derecho de dañar, los daños que cometa no son indemnizables. Como se ha mencionado anteriormente[898], el ejemplo tradicional es el de aquél que tiene derecho a perforar un pozo aunque de esa manera le quita el agua al pozo del vecino [899]; o también el de la legítima defensa, porque cuando se mata con derecho, como en el caso de matar a un ladrón si no se puede escapar de otra manera del peligro, no hay acción bajo la *lege Aquilia* [900]: la *iniuria* se produce cuando *qui nullo iure occidit*. Para los romanos, la regla era que, de acuerdo a la *lege Aquilia*, siempre que se causaba uno de los daños contemplados en ella, había lugar a indemnización: sólo estaba exonerado quien tenía un derecho a causarlo. La *iniuria* no es todavía un daño con culpa sino simplemente un daño "injusto", en el sentido de quien lo comete no tiene derecho a dañar al otro; en cambio, si la ley le otorga el derecho de dañar, no hay *iniuria*.

---

897. Marcial RUBIO CORREA: *Abuso del Derecho*, en *Para leer el Código Civil*. Vol II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985, p. 22; *vide etiam ipsum auctorem: Título Preliminar*. Bibl, " Para leer el Código Civil". Vol. III. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1986, p. 40.

898. Vid. *supra*, No. 93.

899. *Digesto*, párrafo 12, Ley 24, título II, Libro XXXIX.

900. M. ORTOLAN: *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*. Trad. de la 3ra. ed. fr. por D. Francisco Pérez de Anaya. T. II. Establecimiento Tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera, Editor. Madrid, 1847.

Todavía algunos autores de la Escuela Clásica de Derecho Natural, a pesar de que son quienes introducen definitivamente el individualismo subjetivista en el Derecho, participan de esa idea. HEINECIO, al explicar lo que entiende por "el que usa de su derecho" retoma los ejemplos clásicos antes mencionados y les agrega el caso fortuito [901]. Dicho de otra manera, el causante de un daño paga indemnización, según HEINECIO, salvo que se trate de un caso fortuito o que pudiera probar que tenía derecho a *causar tal daño*.

En cambio, la lectura moderna (individualista) de ese principio lo entiende referido no ya al derecho de dañar sino al ejercicio de cualquier derecho: si una persona va conduciendo su automóvil, está ejerciendo un derecho y, consecuentemente, no se le puede atribuir responsabilidad por los daños que cause. Claro está que como esta interpretación es absurda porque entonces nadie estaría obligado nunca a pagar indemnización, fue necesario agregar el adjetivo "regular": el derecho a que se refiere el principio es cualquier derecho y no solamente un derecho específico de dañar, pero tiene que ser ejercido "regularmente" para quedar al margen de la responsabilidad. Como puede apreciarse, de esta manera ha cambiado radicalmente el acento del principio y el sentido de la expresión "derecho" (subjetivo). Ahora por "derecho" se entiende todo y de manera ilimitada: los derechos subjetivos se extienden hasta el infinito; por ello es que resulta indispensable colocar ciertos parámetros a su ejercicio, tales como la noción de *abuso* del derecho y la noción de ejercicio *regular*.

Sin necesidad de recurrir a una referencia al ideal de justicia (que actualmente presenta versiones muy diferentes y contradictorias), pensamos que es posible obviar las dificultades teóricas reseñadas si simplemente regresamos a una idea más objetiva de los derechos individuales, entendiéndolos como facultades enmarcadas dentro de los límites del interés social. En consecuencia, el ejercicio regular de un derecho cualquiera (como manejar un automóvil) no exonera de responsabilidad (porque se puede manejar de la manera más correcta y aún ser responsable objetivamente), sino sólo el derecho de dañar, como lo sostenían los antiguos. Por otra parte, el "abuso del derecho" simplemente no es derecho porque consiste en una acción que excede a la facultad jurídica de quien lo realiza en tanto que perjudica el interés social. No es que sea lícito "en principio"; es siempre ilícito porque los

---

901. J. Gottl. HEINECCIO: *Recitaciones del Derecho Civil, según el orden de la Instituta*, 2a. ed. T. III. Librería de D. Vicente Salvá. París, 1847. Lib. IV. Tit. III. Nos. MLXXX-MLXXXIV, pp. 182-183.

derechos individuales no son absolutos sino que están definidos y limitados dentro de un contexto social.

Esto no significa que detrás del ejercicio de cada derecho individual esté presente el interés social, como una precondición de su legalidad. El interés social no es, dentro del derecho moderno, un fundamento del derecho individual sino un marco o límite al mismo, "porque el uso de los derechos subjetivos por el beneficiario supone siempre un grado de libre arbitrio y de interés particular que, sin ofender la regla general del uso social, muchas veces no lo tendrá en cuenta porque simplemente el agente perseguía un interés particular sin conflicto con el interés social, ni persecución de él" [902].

Esto tampoco significa, evidentemente, que en nombre del interés social se pueda echar mano cada vez que se quiera de un derecho individual. El interés social no debe ser una palabra hueca que utilizan los gobernantes de turno para saltar la garrocha sobre todo el ordenamiento jurídico. No cabe duda de que el interés social está primaria y predominantemente demarcado por las propias leyes; de manera que en todos los campos en que las leyes han establecido las exigencias del interés social y los mecanismos para satisfacerlas, no es posible recurrir a la noción genérica para hacer lo que las leyes sobre la materia no permiten hacer (explícita o implícitamente) en forma específica. Por ejemplo, si la propiedad está garantizada y el interés social tiene que imponerse a través de un procedimiento de expropiación, si existen normas que regulan las operaciones bancarias en función del interés social, no es posible que, de la noche a la mañana, el Estado capture los Bancos y que pretenda fundamentar judicialmente estas acciones de fuerza invocando el interés social de difundir el crédito.

La referencia al interés social (en forma pura) —o a través del eufemismo del abuso del derecho— tiene necesariamente un carácter extraordinario e intersticial: sólo puede aplicarse judicialmente como medida puntual que no afecte un derecho expresamente garantizado. El ejemplo clásico, que muestra muy bien sus características, es el de aquella sentencia francesa de 3 de julio de 1915: un propietario de terreno que, sin ninguna utilidad razonable para sí mismo (la que, de haber existido, habría estado garantizada como parte del *ius utendi*), colocó unos anzuelos gigantescos en unas torres erigidas en las esquinas de su terreno, con el único propósito de impedir la

---

902. Marcial RUBIO CORREA: *Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil*. Fundación M. J. Bustamante de la Fuente. Lima, 1987, p. 164.

maniobra de los dirigibles de la Empresa, Clement-Bayard, que debían aterrizar en un vecino campo.

Sin embargo, tampoco puede pensarse que la necesidad de recurrir a la noción, de abuso del derecho se debe a un defecto o laguna de la ley. Marcial RUBIO CORREA, cuidando al extremo de que el principio del interés social no sea utilizado en forma directa sino en circunstancias extraordinarias, dice que "En estricto sentido...,el abuso del derecho *no es un ilícito* sometido a la responsabilidad extracontractual, sino una situación para la cual *debería haberse previsto una limitación que no existe en la legislación positiva*"[903]. Compartimos la preocupación de RUBIO orientada a limitar la aplicación del abuso del derecho a casos excepcionales; pero no compartimos su apreciación sobre la naturaleza del mismo. De un lado, hemos visto que el abuso del derecho es un ilícito pues de otra forma no tendría justificación: de otro lado, la ley no puede prever todo y regular todo, por lo que pensar que idealmente ese acto debió haber sido materia de una norma legal, es una ilusión. El Derecho es una disciplina eminentemente realista y no puede presuponer lo que es imposible, como que la ley debe prever todo. Por el contrario, el Derecho reconoce que hay muchas cosas que no pueden ser legisladas y que eso no es un defecto, vacío u olvido del legislador; precisamente para cubrir esas hipótesis establece los mecanismos de responsabilidad extracontractual sancionatorios del abuso del derecho. RUBIO tiene razón cuando nos dice que el abuso de derecho puede ser invocado sólo cuando no hay una norma legal precisa que sea aplicable para corregir la situación antisocial; pero al emplear la expresión de que el legislador "debería haber previsto" algo para ese caso, le atribuye a ese legislador una capacidad ilusoria de prever y consecuentemente le hace un cargo que en puridad no le es censurable.

Todo lo expuesto nos hace ver que el abuso del derecho resulta, entonces, al menos desde un cierto punto de vista, una de las grandes categorías de aplicación de la responsabilidad extracontractual: aquél que comete daños actuando de manera que excede los límites de la buena fe y en forma no compatible con la finalidad institucional y la función social en base a las cuales se le ha reconocido el derecho a actuar, incurre en responsabilidad extracontractual y se le puede obligar tanto a que paralice el acto dañino como a que pague una indemnización por los daños y perjuicios [904].

---

903. Marcial RUBIO CORREA: *Op. cit.*, 168. El énfasis es nuestro.

904. Art. VI del Título Preliminar. Proyecto de Código Civil. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936. Lima, 1981.

Este ilícito no se configura necesariamente con la culpa, en el sentido de que requiera dolo o negligencia de parte de su autor: basta que el daño se haya cometido en las condiciones descritas para que se origine la responsabilidad. La determinación exacta del principio de responsabilidad que opera en este caso es muy difícil si nos atenemos exclusivamente a la distinción tradicional entre responsabilidad subjetiva y objetiva. De alguna manera parecería que estuviéramos ante un caso de responsabilidad objetiva; pero la necesaria presencia de una ilicitud (configurada por el acto antisocial que da origen al daño) introduce una sombra de culpa. En realidad, estamos ante esos casos para los cuales estos principios no han sido pensados. Es más bien una situación parecida (aunque no análoga) a la del producto defectuoso, que da origen a una responsabilidad objetiva pero que exige la presencia de un defecto que de alguna manera parece evocar un dolo o una negligencia; aunque la prueba de ausencia de culpa del fabricante en la producción del defecto no lo exonera de responsabilidad, razón por la que los juristas discuten también en ese caso sobre la naturaleza del principio operativo de responsabilidad. Pero, a diferencia del producto defectuoso que no ha sido tratado directamente por el Código y que exige íntegramente una construcción jurisprudencial, respecto del abuso del derecho tenemos abundante material legislativo que puede guiar su aplicación y obviar las disquisiciones bizantinas entre la subjetividad y la objetividad.

Las exactas relaciones entre la responsabilidad extracontractual y el abuso del derecho merece un estudio más detenido que no podemos llevar a cabo en estas páginas.

Baste señalar simplemente que, en un cierto sentido, la responsabilidad extracontractual es un concepto más amplio que el abuso del derecho, porque comprende no sólo tales casos de daños por abuso sino también los otros que son la materia clásica de su aplicación: daños por dolo y por negligencia, daños cometidos en condiciones de alto riesgo, accidentes, etc. Empero, de otro lado, puede decirse que el abuso del derecho es más amplio que la responsabilidad extracontractual porque opera también en el campo contractual. En otras palabras, utilizando una idea de Marcial RUBIO CORREA, podríamos pensar que el abuso del derecho es una de esas perspectivas que establecen un corte horizontal a través de las diferentes instituciones del Derecho Civil.

Quizá más propiamente debemos considerar que el abuso del derecho es una figura de la responsabilidad *civil* (tanto contractual como extracon-

tractual); y que a su vez la responsabilidad civil no es un compartimiento aparte del Derecho Civil, como lo puede ser el matrimonio o el contrato o la propiedad, sino una institución que se filtra por todos los poros de las demás instituciones civiles: pertenece a esa categoría de instituciones que están más cercanas de los principios generales del Derecho. Pero si esta forma de clasificar fuera considerada como una evasión verbal del problema y se nos colocara dentro de la disyuntiva de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, nos inclinamos a pensar que el abuso del derecho está más cerca de la responsabilidad extracontractual que de la contractual, como lo intuye Marcial RUBIO CORREA: "En la sistemática de nuestra legislación, la responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual y el abuso del derecho puede presentarse tanto en una como en otra. Sin embargo, dentro del ámbito contractual existe toda una compleja red de normas y principios que regulan la formalización y cumplimiento de los contratos, con referencias genéricas a la buena fe y común intención de las partes (artículo 1362 del Código Civil) así como a otras consideraciones, todo lo cual determina que el eventual abuso de los derechos contractualmente establecidos, pueda resolverse en virtud de dicha normatividad específica. El abuso, a la inversa, adquiere su mayor problemática cuando es enfrentado a la responsabilidad civil extracontractual..." [905].

Para el autor de este trabajo, el abuso del derecho es un instrumento *extracontractual* de control de un tipo de situaciones que puede presentarse tanto en casos en que existe un contrato entre las partes como en los casos en que no existe tal contrato.; pero la existencia del mismo no altera su naturaleza extracontractual. Como se señalará más adelante, no todo aquello que sucede dentro de la relación contractual o que se reclaman las partes que han suscrito un contrato entre ellas tiene verdaderamente naturaleza contractual [906]. Si aceptamos la tesis antes planteada de que el daño por "abuso de derecho" no es propiamente el resultado de una forma (abusiva) de usar un derecho sino simplemente un daño causado sin derecho alguno, entonces la indemnización correspondiente no tiene carácter contractual aun cuando el daño haya sido precedido por un contrato. Porque los contratos sólo pueden crear derechos; y si el abuso de derecho es verdaderamente una ausencia de derecho, su reparación no resulta del contrato de la aplicación de un principio general de reparar que es puesto jurídicamente en ac-

905. Marcial RUBIO CORREA: *Op. cit.*, pp. 160-161.

906. Cf. *infra*, No. 671.

ción mediante la responsabilidad extracontractual. En otras palabras, el daño causado por el abuso de un derecho que nace de un contrato, no es sino un daño causado al margen del contrato: el derecho nacido del contrato tiene sus limitaciones; y los actos que las desconocen y sobre pasan (abuso de derecho) ya no tienen su fuente en tal contrato.

647. *La responsabilidad extracontractual. Normas de aplicación semigeneral: la violación de los derechos de la personalidad.* En materia de Derecho de Personas, el Código declara que existe responsabilidad por los daños a la vida, a la integridad física, al honor y a la intimidad de las personas y, en general, por cualquier violación a los derechos inherentes a la persona (artículo 17, en concordancia con los artículos 5 y 14 a 16); consecuentemente, el artículo 1985, desarrollando los principios generales de la responsabilidad extracontractual, prevé una reparación para este tipo de daños. Como una aplicación específica de estos principios intermedios, el artículo 1982 sanciona con el pago de los daños y perjuicios a los ocasionados con motivo de una calumnia. Y, al legislador sobre el derecho al nombre, el Código ha querido también destacar el nacimiento de responsabilidad extracontractual cuando se producen daños por el hecho de denominar a una persona con un nombre distinto al propio (artículo 26) o cuando un tercero usa el nombre que le corresponde a otro (artículo 28).

Pero la acción de reparación en materia de daños a la personalidad es bastante más amplia que estas aplicaciones específicas. El artículo 17, concordado con el artículo 1985, tiene un espectro mayor que todos los casos explicitados por el Código y funciona como una categoría semigeneral de aplicación de la responsabilidad civil que alberga múltiples posibilidades, incluyendo muchas que no han sido expuestas directamente en ninguno de los artículos de ese cuerpo legal y que quizá ni siquiera han sido pensadas por el legislador.

648. *La responsabilidad extracontractual. Normas de aplicación específica.* Además de las normas propiamente generales y de aquellas otras que están referidas a grandes áreas de daños, el Código contempla una considerable cantidad de normas específicas, repartidas por sus distintos libros y títulos, que regulan daños particulares.

Así, en materia de Derecho de Familia, el legislador concede acción de daños y perjuicios contra quien presenta una oposición al matrimonio que resulta ser infundada (artículo 257).

Dentro de los Derechos Reales nos encontramos con una aplicación concreta del principio semigeneral contenido en el artículo II del Título Preliminar al establecer la indemnización por daños y perjuicios resultantes del abuso del derecho de propiedad (artículo 294). A su vez el Código, contradiciendo lo establecido en otra parte del mismo (inciso 3° del artículo 1971)[907], otorga derecho a indemnización a quien sufriere daños con motivo de actos para servicios provisionales o para conjurar un peligro en las propiedades vecinas (artículo 959) o en razón de la necesidad de pasar materiales o colocar andamios en la propiedad para construir o reparar un predio vecino (artículo 960). Asimismo, el Código garantiza al propietario por los *troubles de voisinage*, responsabilizando al vecino incómodo que produce humos o ruidos u otras molestias que excedan de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos en atención a las circunstancias (artículo 961). Esta garantía se extiende a ciertas obras en los predios vecinos que pudieran afectar la solidez o perjudicar las plantaciones de los otros propietarios (artículos 962 y 963) o la salubridad del lugar (artículo 963).

Algunos casos también particulares de la responsabilidad extracontractual los encontramos dentro de la misma Sección que contiene los principios generales sobre esta materia: los daños causados por animales (artículo 1979), los derivados de la caída de un edificio (artículo 1980), los producidos por una persona que se encuentra al servicio de la otra (artículo 1981) y los que resulten de actos de sujetos *qui sua mente non sunt*. Estos daños resultantes de la actividad de quien se halla en estado de pérdida de consciencia o del incapaz son tratados como una aplicación del principio general de la culpa artículos 1974 a 1977); sin embargo, la responsabilidad del incapaz mismo, que nace del solo hecho de que la víctima no ha podido obtener reparación del representante legal, constituye un caso verdaderamente especial que como ya se ha dicho [908], rompe la coherencia del sistema (artículo 1977).

Adicionalmente, existen otras circunstancias miscelánicas en las que el Código explicita la existencia de una responsabilidad extracontractual: la aceptación del pago indebido, por un tercero de mala fe que no tiene relación contractual con quien efectúa el pago (artículos 1269 y 1270); el enriquecimiento sin causa (artículos 1954 y 1955), etc.

---

907. Vid. *supra*, No. 108.

908. Vid. *supra*, Nos. 241-245.

CAPITULO III

DIVIDE UT REGNES

Sección I: Responsabilidad Contractual y Responsabilidad Extracontractual

649. *La noción de responsabilidad civil.* En el desarrollo de esta última Parte, nos hemos venido refiriendo a la responsabilidad extracontractual en el seno de una noción más amplia denominada "la responsabilidad civil". Esto supone que la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual constituyen una sola "especie jurídica", una sola región jurídica. Sin embargo, este supuesto no es axiomático y debe ser verificado: ¿estamos verdaderamente ante una unidad conceptual o se trata en realidad de un agregado de elementos heterogéneos, vinculados por razones meramente históricas o de otro orden?

Es importante recordar que, si ya hemos afirmado que la responsabilidad extracontractual (cuando menos en su forma desarrollada) es una institución moderna [909], la noción de responsabilidad civil lo es más todavía. En el Derecho Romano no existe nada parecido a una *categoría teórica* que encierre y describa todo ese amplio territorio que ahora denominamos "responsabilidad civil". Es verdad que tampoco existe una demarcación teórica entre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual; los romanos no parece que consideraron necesario distinguir sustantivamente entre ambas. La diferenciación fue establecida por los juristas romanos más bien por razones procesales, no de fondo: la *lex Aquilia* sólo otorgaba acción contra los daños que resultaban de hechos positivos; en consecuencia, dado que en materia contractual la mayor parte de veces los daños resultan de una omisión antes que de un hecho y no pudiendo en tal caso

909. *Supra*, Nos 3-7.

otorgar la *actionem legis Aquiliae*, se concedía al acreedor una acción diferente nacida del contrato mismo. De esta manera, se impuso una cierta separación entre la acción por daños y perjuicios contractual y la acción por daños y perjuicios extracontractual [910].

En muchos casos, la fecha de la invención del término para nombrar un objeto o una categoría nos puede proporcionar un indicio de la fecha del descubrimiento del objeto o de la categoría misma: la palabra "aeroplano" se inventó cuando se concibieron los aeroplanos. Toda creación de un nombre apunta hacia algo que se reconoce como nuevo y que, como será utilizado por los hombres (ya se trate de un objeto físico o mental), requiere ser "nombrado" con el objeto de facilitar su manipulación en el campo de la comunicación y del pensamiento. A veces también, la creación del nombre precede y hasta da lugar a la creación del objeto nombrado por el hecho de enfatizar o iluminar un campo de la realidad que, al recibir el haz de luz semántico, resulta individualizado. Pero, en uno y otro caso, existe una relativa correlación temporal entre la individualización del nombre y la individualización del concepto nombrado.

Ahora bien, la palabra "responsabilidad civil" no entró sino recientemente en nuestro vocabulario jurídico. Como dice Michel VILLEY, "la palabra 'responsabilidad', que tanto éxito tiene en la doctrina jurídica contemporánea, falta en Roma", sin perjuicio de que en el Derecho Romano puedan encontrarse sus raíces [911]. Originalmente, la palabra latina *respondere* proviene de *spondere* que significa prometer, comprometerse a algo (de ahí también "esponsales"); una vez prometido, en un segundo intercambio de palabras, el *sponsor* es obligado a "re-spondere" por la deuda, es decir, a prestar una caución o garantizar lo prometido [912]. Como se puede ver, la responsabilidad aparece etimológicamente en el seno de la relación contractual.

El *ius commune* no utilizó la palabra "responsabilidad" (mucho menos "responsabilidad civil") aun cuando contribuyó a hacerle perder su carácter

---

910. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile délictuelle et contractuelle*. 6a. ed. T&. I., Nos. 29-31, pp. 40-42, *Vide etiam* Jorge PEIRANO FACIO: *Responsabilidad Extracontractual*. 3ra. ed. Editorial Temis. Bogotá, 1981, pp. 97 y ss.

911. Michel VILLEY: *Esquisse historique sur le mot responsable, en Archives de Philosophie du Droit*, T. 22. Sirey, París, 1977, p. 46.

912. Michel VILLEY: *Loc. cit.*

penal a la *actio ex lege Aquilia*, le otorgó un rango privilegiado entre las demás acciones *ex delicto* e incluso ensanchó su campo de aplicación hasta comprender algo de lo que ahora llamaríamos "daño moral" y que era inaceptable para el Derecho Romano firmemente enraizado en el principio de que el daño debía ser *corpore corpori datum*.

La Escuela de Derecho Nacional marcará un paso muy adelante en la construcción de la idea de responsabilidad extracontractual. GROTIUS admite el *maleficium* como fuente autónoma de una obligación a reparar que centra en la idea de culpa. Pero no hay una idea de responsabilidad civil en general.. GROTIUS ni siquiera toma conciencia (o quizá no quiere dar cuenta, para mantener la fidelidad tradicional al Derecho Romano) de que está sentando las bases de una nueva institución jurídica, desconocida hasta entonces (al menos en su formulación teórica); por el contrario, afirma que ya en la compilación justiniana el *damnum aquilianum* es un concepto genérico. Pero para llegar a esa vinculación entre las nuevas ideas individualistas y el Derecho Romano, plantea la responsabilidad extracontractual (que todavía no lleva este nombre) como opuesta al daño contractual. En cambio, otros miembros de la Escuela, como HEINECIO y TOMASIUS manifiestan explícitamente que están hablando de una acción nueva que no se conocía en el Derecho Romano aunque puedan encontrarse ahí algunas de sus bases. TOMASIUS llega a afirmar que la acción que él propugna (para los casos que ahora llamaríamos de "responsabilidad") es tan diferente de la *actionis legis Aquiliae* como lo puede ser un ave de un cuadrúpedo [913].

Los MAZEAUD señalan que DOMAT (1625-1696) —a quien, por otra parte, le atribuyen la paternidad de la teoría de la responsabilidad extracontractual, independiente totalmente de los conceptos romanistas y derivada de las exigencias racionales del orden natural [914]— no utiliza nunca la palabra "responsabilidad" y que POTHIER (1699-1772) lo hace rara vez. HENRIOT piensa que es una palabra que popularizó Jacques NECKER, Ministro de Finanzas de Luis XVI, de acuerdo al testimonio del Abate FERAUD en su *Dictionnaire Critique* publicado en 1789, en el que se hace la siguiente mención: "RESPONSABILIDAD es una palabra del señor Necker. 'La confianza en este papel nace de la *responsabilidad* del Gobier-

---

913. Jorge PEIRANO FACIO: *Responsabilidad Extracontractual*. 3a. ed. Editorial Themis. Bogotá, 1981. No. 68, pp. 122-123, *et passim*.

914. *Vide etiam* Jorge PEIRANO FACIO: *Op. cit.* No. 69, p. 125.

no'. Esta palabra puede ser útil en ciertas ocasiones. Se lee también en el *Journ. de Gen.* La *responsabilidad* de los Directores (de la Compañía)" [915]. *The Oxford English Dictionary* indica que el primer uso del sustantivo *responsability* data de 1787 y le atribuye la paternidad al norteamericano Alexander HAMILTON. Para los MAZEAUD, "sin duda, [en francés] la expresión fue tomada prestada de Inglaterra por los filósofos del S. XVIII"; y hace notar que no se la encuentra frecuentemente bajo la pluma de los redactores del *Code Napoleón*: si bien estos la usan en el capítulo de los delitos y cuasi-delitos, prefieren la expresión de "garantía" cuando hablan de contrato [916].

Esta diferenciación de los términos utilizados para designar lo que ahora llamamos responsabilidad extracontractual y responsabilidad contractual —responsabilidad y garantías— supone que estas dos instituciones son percibidas todavía en el S. XVIII como diferentes, dentro de la tradición romano-medieval. En realidad, habrá que esperar hasta fines del S. XIX para que surja la idea de una "responsabilidad civil" que englobe tanto a la responsabilidad extracontractual como a la contractual.

650. *Propuestas de unificación.* Es quizá A. F. LEFEBVRE el primero que plantea la unidad de la responsabilidad civil.

En 1884, el jurista belga G. SAINCTELETTE publica un libro sobre el tema, al que denomina significativamente *De la responsabilidad y de la garantía*, en el que se resume brillantemente el estado de la cuestión, colocando énfasis en la diferencia entre las dos responsabilidades, contractual y extracontractual. Notemos que reunir en un libro exclusivamente a las dos responsabilidades (aun cuando sea para distinguirlas) es un reconocimiento de que pudiera pensarse que tiene una naturaleza común: y discutir el tema implica aceptar que el problema está planteado. Por tanto, la posibilidad de considerar unificadamente la responsabilidad civil estaba ya en el ambiente doctrinal de la época. Dos años más tarde, LEFEBVRE hace un comentario al libro de SAINCTELETTE en la *Revue Critique* (1886) y sostiene que las razones para distinguir entre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual (garantía) no son suficientemente sólidas: l responsabi-

---

915. Jacques HENRIOT: *Note sur la date et le sens de l'apparition du mot 'responsabilité' en Archives de Philosophie du Droit*, t. 22. Sirey. París, 1977, p. 60.

916. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, 6a. ed. T. I., No. 2, pp. 1-2.

lidad civil es una sola porque, ya se trate de una o de otra, la obligación de reparar nace siempre de la ley y no —como se pensaba en el caso de la responsabilidad contractual— de una convención entre las partes [916bis].

La tesis de la unificación de la responsabilidad sostiene que la afirmación de que la responsabilidad contractual nace de un contrato previo mientras que la responsabilidad extracontractual nace de un hecho al que la ley le atribuye consecuencias indemnizatorias, es equivocada. Pensar en que la primera se funda en un contrato mientras que la segunda no, es adoptar una perspectiva errónea.

El contrato crea convencionalmente una obligación, no cabe duda: la de cumplir la prestación convenida. Pero la responsabilidad llamada contractual —que no es otra cosa que la obligación de *reparar* cuando *no se cumplió* la obligación convencional— no se funda en la convención o contrato sino en la ley. Al igual que en el caso de la responsabilidad extracontractual, la responsabilidad contractual nace cuando se produce el daño: la obligación de reparar no es la materia del contrato, ya que ésta es únicamente la prestación pactada. Es sólo cuando fracasa la convención, cuando el pacto no se cumple o se cumple insuficientemente y cuando tal incumplimiento provoca daños, que la *ley* hace nacer la obligación del causante de los daños (debido a su incumplimiento o a su mora) de pagar una indemnización (no pactada) a la parte damnificada.

De esta manera, la responsabilidad contractual no es una mera consecuencia de la teoría del contrato (cuyo objeto son las prestaciones recíprocas a las que se comprometen las partes) sino que se constituye como teoría independiente —la teoría de la responsabilidad civil— que tiene su origen en la ley. Esta teoría se combina a veces con la teoría del contrato (responsabilidad contractual) y otras con el acto ilícito (responsabilidad extracontractual).

De todo ello se concluye —como lo hacen los MAZEAUD— que la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual no tiene fuentes distintas[917]. Por las mismas razones, no puede decirse tampoco que

---

916bis. Jorge PEIRANO FACIO: *Op. cit.* Nos. 32-37, pp. 57-64.

917. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, T. I, No 100. pp. 104-107.

la responsabilidad extracontractual es fuente de obligaciones, mientras que la responsabilidad contractual es efecto de ellas [918]. La responsabilidad civil —ya sea contractual o extracontractual— nace de la misma forma en ambos casos y tiene el mismo fundamento. Desde la perspectiva subjetivista de los MAZEAUD, ambas responsabilidades tiene los mismos elementos en común: el perjuicio, la culpa y el nexo de causalidad entre la culpa y el perjuicio [919].

PLANIOL y RIPERT, a su vez sostiene que la diferencia entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual no es de naturaleza sino de organización técnica [920].

651. *Las posiciones extremistas.* Hay algunos para quienes la comprobación de la naturaleza común del fundamento de las dos responsabilidades (contractual y extracontractual) es tan importante que sostienen la inexistencia de la responsabilidad contractual: siempre estamos simplemente ante la responsabilidad extracontractual, aun en los casos en que se trata de daños derivados del incumplimiento de un contrato.

LEFEBVRE afirma que referirse a una responsabilidad "contractual" es una manera viciosa de hablar. Y GRANDMOULIN concluye que la responsabilidad contractual no puede ir más lejos que el cumplimiento de la obligación inicial que fue materia del contrato o prestación convenida, pero "la obligación inicial, nacida *ex contractu o exlege*, se extinge por la pérdida o por la imposibilidad de su objeto. La obligación de reparar que nace a consecuencia de ello no es la deuda primitiva del contrato sino una obligación que toma su fuente en los artículos 1382 y siguientes (del Código Civil francés, es decir, en la responsabilidad extracontractual)" [921].

En consecuencia, la posición unificadora extremista nos lleva al planteamiento de que toda la responsabilidad es extracontractual: no hay, propiamente hablando, una responsabilidad contractual.

---

918. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, T. I, No. 100, p. 107.

919. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, T. I, No. 100, p. 108.

920. Marcel PLANIOL y George RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Francais.* T. VI. *Obligations.* Premiere Partie. Avec le concours de Paul ESMEIN. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1930. Nos. 489-490, pp. 674-679.

921. Cit. p. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, T. I, No. 101, p. 107.

652. *La tesis de los hermanos MAZEAUD.* Aun cuando —como hemos visto— los hermanos MAZEAUD defienden la unidad esencial de la responsabilidad civil, piensan que asumir una posición unificadora sobre la base de hacer desaparecer la responsabilidad contractual dentro de la extracontractual, es llevar las cosas demasiado lejos: las consideraciones teóricas han sido exaltadas hasta perder de vista la realidad de las cosas.

Es cierto que ni la responsabilidad contractual ni la responsabilidad extracontractual nacen de contrato alguno: en verdad, nacen de un hecho al que la ley adhiere una obligación. Pero no se puede olvidar que la primera está íntimamente vinculada a un contrato [922]. Y, por otro lado, existen diferencias incontestables en materia de prueba (estos autores se están refiriendo al Derecho francés, donde sólo existe inversión de la carga de la prueba de la culpa en el caso de la responsabilidad contractual), así como en cuanto a los efectos de la responsabilidad [923]. No es que se trate de diferencias tales que obliguen a concebir las dos responsabilidades como entidades jurídicamente independientes: hay una unidad esencial entre ellas. Pero tal unidad no llega hasta identificarlas recíprocamente.

Por consiguiente, resumen los MAZEAUD: "No hay diferencia fundamental entre los dos órdenes de responsabilidad. Existen solamente diferencias accesorias" [924]. Pero hay diferencias.

653. *La unificación: obstáculo epistemológico.* En nuestra opinión, todo resulta confuso cuando adoptamos una posición unificadora sin mayor discriminación: la idea obsesiva de justificar la unificación ciega nuestra visión jurídica de las cosas y no nos permite comprender el funcionamiento efectivo y la atmósfera en la que se dan ambas responsabilidades. Así como el esfuerzo de totalización teórica puede ser altamente productivo, existe el riesgo también de limitarse —con la más sana intención de generalizar— a extender un "concepto-sábana" debajo del cual se ocultan muchos y variados adulterios.

A pesar de que después de circunnavegar el problema llegaremos probablemente también a plantear la posibilidad de una unificación, lo haremos

---

922. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, T. I, No. 101, p. 107.

923. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, T. I, No. 102, pp. 108-9.

924. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, T. I, No. 97, p. 103.

por distintos fundamentos a los aducidos usualmente en este sentido y respetando las variaciones y diferencias dentro del todo. Desde nuestra posición que rechaza la culpa como principio omnipresente de responsabilidad, no podemos aceptar la tesis de los MAZEAUD en el sentido de que tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual tiene la misma naturaleza porque ambas están igualmente conformadas por los mismos elementos, entre los que destaca —casi primordialmente— la culpa. A nuestro juicio, una unificación basada en la común presencia de la culpa constituye un obstáculo epistemológico para apreciar la diversidad de situaciones y de propósitos sociales que encierra la responsabilidad civil.

Es interesante advertir que, en el fondo, la posición de los MAZEAUD es más unificadora que la que ellos mismos declaran. Ello se debe a que no han planteado claramente la distinción entre la responsabilidad civil tal como existe y la responsabilidad civil tal como podría o debería existir. La mayor parte de las diferencias entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual que ellos encuentran, se refieren a la primera de estas perspectivas: al describir el Derecho francés tal como es hoy, los MAZEAUD encuentran diferencias insoslayables entre ambas responsabilidades. Pero aclaran que la mayor parte de esas diferencias son históricas (luego, no esenciales) y que difícilmente se les podría encontrar una justificación racional [925]. De lo que se deduce que es posible un cambio de las circunstancias históricas (modificación del Código Civil francés) que elimine la existencia legal de las diferencias: a partir de entonces tendríamos una sola normatividad sobre responsabilidad fundada en la unidad de esta institución.

Los MAZEAUD confiesan una cierta perplejidad por el hecho de que las mínimas diferencias teóricas entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual tengan una significación práctica tan grande, esa tenue diferencia teórica no debería producir esas distinciones tan tajantes en la práctica [926]. En realidad, los MAZEAUD no han dado el peso teórico suficiente a una comprobación de realidad que, si bien es advertida por ellos, no es suficientemente merituada, sin embargo, esa comprobación puede ser la causa de que en la práctica una y otra responsabilidad operen de manera distinta.

---

925. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, No. 102, p. 109.

926. *Loc. cit.*

El elemento de realidad que los MAZEAUD intuyen pero no utilizan en su construcción teórica es que la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual tienen dos atmósferas diferentes. Retomando una metáfora que antes hemos usado dentro de otro contexto, podríamos decir que la casa de la responsabilidad contractual se encuentra embrujada por el fantasma de la voluntad de las partes que circula por todos sus corredores y duerme en cada una de sus habitaciones: la responsabilidad contractual es la prolongación (nueva, sin duda, no originada en el contrato sino en la ley) de un compromiso previo entre las partes; lo que supone una cierta intencionalidad y un cierto sentido del deber. En cambio, la casa de la responsabilidad extracontractual está embrujada por las ideas de acto ilícito y accidente: la ilegalidad encuentra en ella su sanción, pero el azar se pasea también por la jurisprudencia en esta materia, como alma en pena que no encuentra ubicación ni descanso en las normas de la responsabilidad extracontractual.

Estas presencias fantasmales —pero no menos reales ni exigentes— alteran radicalmente las formas de aplicación de principios aparentemente similares en la responsabilidad contractual y extracontractual, y crean condiciones diferentes para el funcionamiento de una y otra.

654. *Dos regiones, dos climas.* En la responsabilidad contractual, las dos partes involucradas en el daño —el causante y la víctima— han tenido un trato previo. Esto significa que se han vinculado voluntariamente y que han buscado en común ciertos propósitos: su reunión no es casual o accidental; y esta reunión se ha producido en torno a obtener un cierto resultado (las respectivas prestaciones recíprocas). Por consiguiente, tenemos una situación en la que el elemento de intencionalidad o de voluntad predomina.

Pero, además, esta voluntad se encuentra de alguna manera documentada, es decir, presenta un antecedente textual. Por "documento" no queremos significar aquí necesariamente la existencia de un texto escrito: basta que exista un "texto" (es decir, el contenido de un acuerdo), cualquiera que sea la forma —verbal o escrita— como se encuentre expresado (el problema de probanza —que puede ser muy grave si no hay documento escrito— no altera el carácter textual del acuerdo).

En cambio, en la responsabilidad extracontractual no existe delimitación previa de causante y víctima: uno y otro pueden ser cualquiera, sin que los una necesariamente ninguna relación anterior al daño. Tampoco hay ninguna intencionalidad subyacente a la relación entre ambos ni, consiguien-

temente, hay un "texto" o acuerdo que pueda servir de pauta para establecer la razón por la que ahora están en contacto. En el campo de la responsabilidad extracontractual es la voluntad exclusivamente unilateral de una de las partes (acto ilícito) o el azar combinado con una suerte de intencionalidad social (accidente) que conforman la situación dañina. No hay documento de ninguna clase (oral o escrito) en la misma medida de que no hay texto que constituya una pauta de intencionalidad común.

Esto nos lleva a que la posición del juez frente a uno y otro caso sea fundamentalmente diferente. Cuando existe un documento, sabemos cual es la falta: toda infracción a la obligación documental. Pero cuando no existe un documento previo, el juez tiene primero que establecer si una determinada situación dañina da lugar o no a una reparación. Dentro de la teoría de la culpa, buscará si existe una falta o negligencia de la parte causante; lo que, obviamente, no se encuentra predeterminado y será materia de un análisis algo más complejo que la comprobación textual. Dentro de las teorías objetivas, la situación es aún más complicada. ¿Cuál es la conducta dañina que, independientemente de si tuvo culpa o no, obliga a una reparación? ¿Y quienes tienen un título para reclamar contra tal conducta? El daño tiene que ser definido en cuanto a sus efectos dañinos, en cuanto a las circunstancias en que se produce y en cuanto la persona del dañado.

Existe un subentendido jurídico o una suerte de *consensus gentium* respecto de cuales daños son reparables. Pero sus límites son muy imprecisos, y el juez tendrá que asumir su propia interpretación de tal *consensus*. No cabe duda de que quien lesiona físicamente a otro, tiene que indemnizar al lesionado. Pero, además del directamente damnificado, ¿hay terceros con derecho a cobrar una indemnización, *verbi gratia*, el deudo de la víctima? Parecería que sí, en la medida de que no se le considere propiamente un tercero sino también un damnificado —aun cuando no haya sufrido un daño físico— por el hecho de que ha sido perjudicado en su situación económica con la muerte de ese padre o de ese hijo que le ayudaba en su sustento. ¿Y acaso puede reclamar también una indemnización el laboratorio farmacéutico que perdió un científico de primer orden en un accidente automovilístico y que también resulta damnificado en su situación económica por la muerte de su valioso colaborador? Y el club de football. ¿puede exigir una reparación por la muerte de su jugador "estrella" en un accidente de aviación, precisamente cuando se dirigía al o regresaba del lugar donde debía jugar un partido en representación de su club?

Estos casos admiten interpretaciones diversas y no es fácil predecir su resultado con seguridad, porque mucho depende de las convicciones del juez: sabemos que la responsabilidad extracontractual nació originariamente para tutelar los derechos individuales que pudieran ser vulnerados por daños en el cuerpo o en el patrimonio físico de las personas (lo que excluiría los casos antes mencionados); pero también sabemos que la responsabilidad extracontractual se encuentra en franco proceso de expansión y que algunos jueces —como los italianos— ya han concedido indemnización cuando la víctima no era una persona afectada ni en su integridad corporal ni en sus propiedades sino en un derecho inmaterial (como el derecho de la sociedad a beneficiarse con los servicios de un profesional muy competente en base a un contrato legalmente establecido o el derecho de un club de football a lograr un éxito deportivo y económico gracias al hecho de contar con un determinado jugador "estrella"), cuya afectación por un tercero perjudicaba no sólo a la víctima física sino también al titular de tal derecho inmaterial en sus posibilidades de ganancias futuras.

En consecuencia, el juez que tiene a su cargo un caso de responsabilidad extracontractual se encuentra frente a una mucho mayor indefinición que el juez que tiene que resolver un caso de responsabilidad contractual: para establecer el daño resarcible, no le basta comparar el texto con los hechos, lo pactado con lo ejecutado, el documento con la vida; tiene que hurgar dentro de su consciencia jurídica y decidir si el daño recién estrenado, no sujeto a libreto alguno, es susceptible de reparación. Pero, además, el juez que conoce un caso de responsabilidad extracontractual tiene que determinar si existe una verdadera ilicitud del causante o si, a pesar de la inexistencia de la falta, éste debe responder (aunque no tenga la culpa) en función de otras consideraciones sociales. El aspecto de voluntariedad frustrada —que es característico de la responsabilidad contractual— resulta ajeno (o, cuando menos, muy mediatizado) en el caso de la responsabilidad extracontractual.

Esto crea una atmósfera muy diferente en torno al juez con respecto a cada una de estas formas de responsabilidad y da lugar a reacciones y reflejos distintos de éste. Mientras que el juez que tiene en sus manos un caso de responsabilidad contractual tiende a ser muy severo y a sancionar gravemente todo daño porque éste es resultado de un incumplimiento de la palabra dada, el juez que conoce un litigio de responsabilidad extracontractual —particularmente cuando se trata de accidentes— no está pensando en exigir el cumplimiento a una parte individual de aquello a lo que libremente se

comprometió; tiene, más bien, que concebir la forma como la víctima puede ser resarcida dentro de un contexto en donde no hay un "incumplido" sino la fatal materialización de un riesgo social. Por ello, el juez de un caso contractual trata siempre de encontrar al culpable de una falta, mientras que el juez de un caso extracontractual trata de encontrar una forma de reparación para la víctima independientemente de que pudieran existir culpables o no.

Todo esto nos conduce a separar la responsabilidad contractual de la extracontractual, si se quiere seguir de cerca y entender el verdadero proceso psicológico y lógico de juzgamiento. La identificación global de los dos tipos de responsabilidad oscurece estas diferencias en el entorno conceptual y en el *état d'esprit* del juez y no permite aprehender la naturaleza profunda e íntima de cada una de estas situaciones.

Sección II: Problemas de límites

655. *Las poblaciones de frontera.* Sin embargo, la distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual no es fácil.

Existen una serie de situaciones que viven en las fronteras de ambas regiones y que no tienen todavía un pasaporte definido. Como todas las poblaciones fronterizas, son rechazadas y atraidas por ambas regiones según las circunstancias.

656. *Los daños que ocurren en el contexto de una relación laboral.* Consideremos los accidentes de trabajo antes de la implantación de la seguridad social y aún ahora en los casos de culpa inexcusable y, eventualmente de reclamación por daño moral (lo que es discutible) o en los casos de obreros extranjeros con remuneraciones superiores a la máxima que perciben los obreros peruanos, lo que los excluye del seguro de accidentes de trabajo (art.10 del Decreto Supremo 002-72-TR de 24 de febrero de 1972): la responsabilidad del empleador, ¿es contractual o extracontractual?

Es posible decir que se trata de una situación incursa en el campo contractual porque existe un contrato entre las partes, pero que, no habiendo sido expresamente estipulada la responsabilidad, el empleador no responde por los daños que resulten del trabajo ya que las partes contratantes no quisieron crear tal responsabilidad. Esta interpretación primó en el siglo pasado en algunos países con fuerte desarrollo capitalista, a fin de evitar el hecho

de cargar a los empresarios con responsabilidades que hubieran podido frenar su dinamismo económico. Y se argumentó que el salario cubría también toda compensación por eventuales perjuicios porque, de acuerdo a la autonomía de la voluntad, cada contratante se compromete libremente a cumplir su prestación a su propio riesgo, para recibir una contraprestación que ha juzgado equivalente [927].

También es posible sostener que el daño se produce efectivamente dentro de un marco contractual, pero que el empleador es responsable porque, sí bien no se ha producido como resultado del incumplimiento de una obligación expresamente prevista en el acuerdo entre las partes, es sin embargo "inherente al contrato de trabajo que el empleador brinde al empleado condiciones razonables de seguridad en el ejercicio de su labores.

Pero igualmente podría decirse que, dado que no existe estipulación alguna en el contrato mismo sobre el particular, estamos ante un caso de responsabilidad extracontractual pura y simple, siendo indiferente el hecho de que pudiera haber un contrato de trabajo entre las partes: la relación debe ser analizada simplemente en términos de una persona —empleador o no— que incurre en negligencia inexcusable y causa un daño a un tercero.

Todavía podemos plantear una variante a la situación descrita, con la ayuda de la jurisprudencia. El señor Luis García Salán, quien prestaba servicios en la ciudad de Ica para la firma J. Panizo y Compañía S.A., tuvo un accidente manejando una camioneta de la empresa en la que transportaba a servidores de ella, aparentemente por encargo de su principal. Pero el accidente ocurrió en horas y en día ajeno al trabajo. La Corte Suprema, en Ejecutoria de 19 de junio de 1970 [928], opinó que los casos no comprometidos en la Ley 1378 de Accidentes de Trabajo están sometidos a la responsabilidad extracontractual, con prescindencia de la vinculación laboral (es decir, siendo irrelevante la existencia de una relación contractual). Por este motivo, declaró extinguida la acción de reparación que le hubiera correspondido a García Salán en razón de que había transcurrido más de dos años del daño y, consecuentemente, se había cumplido el plazo de prescripción de la res-

---

927. *Vide* el inteligente comentario a la Ejecutoria de la corte Suprema de Massachusetts recaida en 1842 en el caso *Farwell v. The Boston and Worcester Rail Road Corp.*, que hace Henry J. STEINER en *The Reshaping of American Law: Legal Expressions of Change in Social Structure and Theory*. Preliminary draft, Oct, 1974, pp. 7-9.

928. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Julio de 1970. no. 318, pp. 866-867.

ponsabilidad extracontractual. El Vocal LLOSA RICKETS, en voto singular, expresa su opinión en el sentido de que, si bien los casos no comprendidos en la Ley de Accidentes de Trabajo están sometidos a la legislación civil, deben ser tratados como responsabilidad contractual; por consiguiente, las víctimas se benefician con la prescripción de quince años que correspondía a la acción personal en el Código Civil de 1936.

657. *Los daños ocurridos en el ejercicio de la profesión médica.* Esta es otra área donde el corte entre lo contractual y lo extracontractual no es claro[929].

En algunos casos la dificultad es de orden ideológico: dado que las relaciones profesionales en el campo de la medicina inciden muchas veces en valores considerados como *extra commercio*, hay una cierta tendencia a configurar la responsabilidad como extracontractual. Veamos un caso de esta naturaleza. En 1968, la señorita Denise Oddoux demandó al médico Dr. Fernando Cabieses Molina por presuntos daños que éste le había causado con motivo de una operación en la columna vertebral que la dejó paralítica. La Ejecutoria Suprema de 10 de junio de 1976 declaró sin lugar la nulidad de la sentencia de vista que a su vez confirmaba la apelada, en la que se declaraba infundada la demanda en razón de que los perjuicios sufridos por la demandante eran consecuencia del avance de un cáncer generalizado y no de una intervención quirúrgica defectuosa. En este juicio, el primer abogado de la demandante, Dr. Genaro FLOREZ, fundamentó la acción con citas de los artículos del Código tanto sobre responsabilidad extracontractual como sobre responsabilidad contractual, testimonian de esta forma su propia dificultad para situar jurídicamente la responsabilidad de la que estaba tratando; dificultad que se deriva de la naturaleza compleja de la relación entre el médico y su paciente. El Dr. Juan Luis AVENDAÑO, abogado del demandado, le observó que la responsabilidad del médico es de naturaleza contractual, porque resulta de un contrato de servicios, ya sea éste verbal o escrito. El Juez de la causa, Dr. Fausto VIALE SALAZAR, acogió en su sentencia la tesis extracontractual por razones de carácter más bien moral. Dice: "es oportuno hacer presente que el caso sub-materia tiene que ser situado dentro de la esfera de la responsabilidad extracontractual puesto que está referido a daños causados en la vida y salud de una persona, entidades no patrimonia-

929. Cf. Oscar MEDELIUS RODRIGUEZ: *La Responsabilidad Civil derivada del ejercicio de la Profesión Médica*. Tesis. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1978. *Vide etiam* Alberto J. BUERES: *Responsabilidad Civil de los médicos*. Editorial Abaco. Rodolfo Depalma. Buenos Aires, 1979, pp. 40-46, *et passim*.

les y por lo tanto no sujetas a la mera voluntad contractual". Más tarde, ya en la Corte Superior, la demandante cambia de abogado. Y su nuevo defensor, Dr. Raúl FLOREZ HUBY, en la expresión de agravios ante el Tribunal, concuerda con el abogado del demandado en que la responsabilidad del médico es contractual. Afirma: "La responsabilidad es evidentemente contractual, como indica el demandado, y no extracontractual como se señala en la sentencia, por cuanto no emana de un acto ilícito". Lamentablemente, la Corte Superior confirmó la sentencia de primera instancia con una resolución de tres líneas, sin ningún fundamento ni análisis del problema debatido; y, aun cuando se indica que actuó como ponente el Vocal Walter ORTIZ ACHA, dado que las ponencias tienen carácter "interno" y muchas veces ni siquiera son escritas, no podemos conocer el razonamiento de la Sala. Finalmente, la Corte Suprema declaró no haber nulidad en tal resolución de la Corte Superior. No nos ha sido posible conocer el tenor de la Ejecutoria, pero tememos que adolezca igualmente de parquedad.

Otras veces, la dificultad se presenta con relación a la apreciación de la existencia de contrato. Un ejemplo típico es el que se refiere a la atención en casos de emergencia: el médico acude a ayudar a un herido que se encuentra inconsciente y que, por tanto, no puede solicitarle formalmente su intervención. No hay un acuerdo de voluntades previo. Si la atención es negligente y esto causa daños al paciente, ¿hay responsabilidad contractual o extracontractual? Parecería que estamos ante un caso propiamente extracontractual. Pero, si el paciente se salva gracias a una delicada intervención quirúrgica, ¿el médico no podría reclamar un honorario? Este es el campo de lo que antes se llamaba el "cuasi-contrato", es decir, como lo define el Código Civil peruano de 1852, el campo de "los hechos lícitos por los cuales quedan los hombres sujetos a una obligación, en virtud de un consentimiento presumido por equidad" (art. 2111); lo que nos coloca de alguna manera en el camino de la responsabilidad contractual a través del consentimiento presunto.

Por otra parte, las prestaciones médicas se ejecutan muchas veces con el concurso de varios profesionales o paraprofesionales; y en un alto número de casos no existe una relación contractual directa entre esos otros profesionales o ese personal auxiliar y el paciente: la relación existe sólo entre el paciente y su médico o entre el paciente y la clínica. Los daños derivados de negligencia en sus funciones de esas otras personas, ¿pueden ser reclamados por el paciente directamente a ellas? ¿y esta vez se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual?

La enfermera de la clínica se equivoca y coloca a un paciente la inyección que correspondía a otro paciente, ¿puede ser directamente demandada por la víctima? O, existiendo una relación contractual sólo con la clínica, ¿la víctima tiene que demandar por responsabilidad contractual a la institución? Y, si aceptamos que puede también demandar a la enfermera, ¿se trataría de una responsabilidad contractual o extracontractual de ésta? Es verdad que no existe contrato entre la enfermera y el paciente; pero a su vez ella no está haciendo otra cosa que cumplir con una prestación contractual frente a él por encargo de la clínica: la naturaleza del servicio mismo es contractual, aunque no medie contrato entre quien lo presta directamente y la víctima.

Aún más clara es la confusión —para decirlo paradójicamente—cuando el médico tratante (con quien existe una relación contractual) recurre a otro profesional o a medios quirúrgicos cuando su paciente se encuentra en estado de inconsciencia. Si el cirujano durante la operación ordena que se le haga una transfusión al paciente, una serie de personas entran en relación con éste: el laboratorio que suministar el sangre, la enfermera especializada que realiza la transfusión, etc. El paciente adquiere obligaciones frente a ellos: tendrá que pagar la sangre que se le puso y los servicios adicionales que se le prestaron. Sin embargo, estando inconsciente, no hubo propiamente el acuerdo de voluntades que figura el contrato. Estamos nuevamente ante un caso de "cuasi-contrato", que genera obligaciones en la víctima. Pero, ¿genera también derechos? Si la sangre estaba contaminada con SIDA, ¿puede el paciente reclamar *contractualmente* contra el laboratorio, de la misma manera como el laboratorio puede exigirle legalmente el pago del valor de la sangre? Dentro del marco del actual Código Civil que ya no habla de cuasi-contratos, diríamos que no existe un contrato entre el paciente y el laboratorio sino que éste último puede reclamarle el valor de la sangre mediante la acción de enriquecimiento indebido; y que, a su vez, el paciente puede reclamarle los daños derivados de tal sangre, mediante una acción de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, no cabe duda que no estamos ante uno de esos casos jurídicos perfectamente nítidos en los que todo parece evidente. En el fondo, sentimos que hay algo que no encaja totalmente, porque estamos tratando una relación que tiene toda la apariencia de contrato como si no fuera contrato y para ello hemos tenido que desarticularla en acciones aparentemente inconexas (enriquecimiento indebido y responsabilidad extracontractual) que, aunque cumplen relativamente su finalidad, nos dan la impresión de que existe una vinculación entre ellas que no ha sido explicada. Para evitar eso, podríamos sostener que el paciente que se pone

en manos de un médico lo faculta para celebrar contratos en su nombre orientados a las necesidades urgentes de su salud. De esta manera, regresamos a la responsabilidad contractual; el laboratorio puede exigir el pago de la sangre en virtud del contrato celebrado por el médico tratante a nombre del paciente; y éste puede reclamar daños y perjuicios porque la sangre no correspondió al tipo o a las condiciones pactadas por el médico tratante siempre a nombre del paciente.. Sin embargo, esto nos hace ingresar a un mundo delirante, en el que nada presenta su forma normal y donde los sentidos usuales de las palabras son forzados al extremo: el médico se pone el sombrero de representante que le queda un poco grande y resulta que, mientras está operando, es además una suerte de agente o empresario de su paciente; los contratantes no se conocen y ni siquiera pensaron nunca en contratar entre sí; las prestaciones sólo son entendidas como recíprocas después que el paciente recupera el conocimiento y cuando ya una parte ejecutó las suyas; etc. Es precisamente la artificialidad de toda esta construcción —que supone surrealistamente consentimientos que no se han producido y que inventa mandatos con los que nadie siquiera soñó— la que ha llevado a los codificadores modernos a suprimir la noción de cuasi-contrato [930]. Y, a pesar de todo ello, hay una situación delante nuestro perfectamente real, que exige ser adecuadamente tratada por el Derecho, pero que hasta el momento no encuentra una solución satisfactoria.

658. *Los daños causados por productos defectuosos*. Otra área que suscita problemas de frontera es la de los daños causados por productos defectuosos.

Si compro un chocolate y resulta ser veneno, puedo entender el daño como responsabilidad extracontractual (obligación general de no dañar: *neminen laedere*) o como responsabilidad contractual (el vendedor no me ha dado lo que he contratado sino otra cosa, o la misma cosa contratada pero con vicio oculto). La diferencia es muy importante porque si entendemos que se trata de responsabilidad contractual, entonces la víctima no puede demandar al fabricante como tal sino sólo a aquel que le vendió el producto, ya sea el fabricante o no. Y a su vez éste, si no es el fabricante sino uno de los muchos intermediarios del comercio moderno, demostrará normalmente

930. *Confer* Carlos CARDENAS QUIROS: *Exposición de Motivos y Comentarios de la Gestión de Negocios, en Código Civil*, Vol. VI, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo de Debakey. Lima, 1985, pp. 747-749.

ausencia de culpa, porque el producto viene empaquetado y no tiene manera de conocer el defecto. En esta forma, la responsabilidad por producto defectuoso prácticamente desaparece [931]. Obviamente, considerar la responsabilidad por producto defectuoso sólo desde el ángulo contractual no es satisfactorio porque, no solamente la hace inoperante, sino que además parece no corresponder a la naturaleza de las cosas. No cabe duda de que la relación comercial se extiende entre estos dos personajes como extremos de una misma vinculación: el fabricante fabrica pensando en los futuros consumidores, es a ellos a quienes quiere llegar en última instancia, es a ellos que dirige su publicidad; los intermediarios no son sino los puntos que unen al productor y al consumidor. Sin embargo, técnicamente, no existe en la mayoría de los casos relación contractual alguna entre el fabricante y el consumidor del producto.

Dentro de la teoría tradicional, lo razonable sería considerar que existe responsabilidad contractual del vendedor, sea éste fabricante o no, y además responsabilidad extracontractual del fabricante, cuando éste no es vendedor. Pero esto nos lleva precisamente a esas situaciones ambiguas que venimos describiendo: por un solo y mismo daño, pueden instaurarse dos acciones fundamentalmente distintas, con plazos de prescripción diferentes, con reglas de responsabilidad disímiles, etc. Dos personas, asisten el mismo día a una función de cine, se sientan en asientos vecinos, comen el mismo tipo de chocolate mientras miran película, y se envenenan. Sin embargo, una sólo tiene dos años para reclamar al fabricante una indemnización por ello, debido a que compró el chocolate en la pequeña tienda del propio cinema. La otra en cambio, tiene diez años para reclamar al mismo fabricante la indemnización, porque compró el chocolate a la carretilla de la empresa productora que se encontraba en la puerta del cinema. ¿Tiene sentido esta diferencia?

El problema se torna aún más absurdo cuando, como sucede generalmente en el mundo moderno, el producto no es el resultado de la actividad de un solo fabricante sino de varios: cada uno ha suministrado alguno de los insumos o partes y el defecto puede haber sido introducido por uno o por varios de ellos. Dentro de este contexto, el deslinde entre las responsabilidades contractuales y extracontractuales involucradas adquiere finezas medievales.

---

931. Cf. *supra*, Parte Tercera, Tit. II, Cap. II; en particular, el No. 537.

659. *Los daños que ocurren con ocasión del transporte.* La actividad de transporte se realiza generalmente dentro del marco de un contrato entre el porteador (ahora llamado con un neologismo "el transportista") y el cargador que entrega un cargamento para que sea trasladado; el objeto del transporte puede ser también la propia persona del cargador. Suponiendo que no se haya estipulado nada en forma expresa en el contrato, si el cargamento se destruye o se daña en el camino o si la persona transportada sufre lesiones por un accidente en carretera de la empresa de ómnibus que se encargaba del transporte, ¿estamos ante un caso de responsabilidad contractual o extracontractual?

En puridad, la obligación del porteador es a transportar y su responsabilidad contractual se limita a ello; en consecuencia, los daños sufridos por el objeto o la persona transportada (suponiendo que pese a todo han llegado a destino) son de naturaleza extracontractual. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina francesa, por razones que veremos a continuación [932], ha desarrollado la teoría de la existencia de una obligación implícita de seguridad en todo contrato que convierte la responsabilidad por ese tipo de daños en contractual aunque no hubiere sido expresamente pactada.

La discusión se ha hecho clásica en el campo del transporte benévolo o gratuito: la persona transportada gratuitamente por otra, que sufre un daño con ocasión de tal transporte, ¿puede reclamar contractual o extracontractualmente la correspondiente indemnización al transportista?

Para algunos, existe un "contrato de beneficencia" entre transportista y transportado, por el cual uno procura un beneficio gratuito a otro, la gratuidad no es obstáculo para que exista contrato. Para otros, imaginar un contrato en estas circunstancias es tan artificial como pensar que existe una relación contractual gratuita entre el dueño de casa y sus invitados a una comida: si uno de éstos se intoxica, ¿podrá acaso reclamar por la vía contractual?

660. *Otros casos.* La enumeración de posibles casos de duda entre la responsabilidad contractual y la extracontractual puede ser casi infinita.

Basta con mirar en derredor para advertir la gran cantidad de situaciones en las que, existiendo un contrato, los daños que se produzcan no son

---

932. *Infra*, No. 661.

resultantes propiamente de un incumplimiento de éste pero revisten en todo caso un cierto halo contractual. Pensemos, por ejemplo, en la persona que asiste a un espectáculo deportivo, habiendo pagado a los organizadores su derecho de ingreso al lugar, y resulta herido a causa de la actividad que ahí se realiza. Esta es la situación, por ejemplo, del juicio seguido por Alfredo Rivera contra el Club de Automóviles Sport y Hans Berk, que antes hemos comentado [933]. Otra situación ambigua es la de aquél que asiste a una piscina pública, pagando su derecho a bañarse, y resulta herido al desplomarse el trampolín. También se ha presentado una situación curiosa desde el punto de vista respecto del hotelero que custodia valores de los huéspedes, al que algunas legislaciones le han atribuido directamente una responsabilidad extracontractual a fin de poder darle un carácter objetivo. Y una situación similar es la del empresario de una playa de estacionamiento y, en general, de las personas a quienes se les entrega contractualmente bienes a guardar. Nos hemos referido anteriormente a los daños causados en el ejercicio de la profesión médica, debido a su aspecto más patente; pero cualquiera de las profesiones puede suscitar igualmente situaciones ambiguas.

Todo esto nos lleva a concluir con Boris STARCK que "Lamentablemente, de hecho, la frontera que separa estos dos tipos de responsabilidades no es siempre muy neta y lo que para unos sería responsabilidad contractual es, a los ojos de otros, responsabilidad delictual [extracontractual]" [934].

661. *La equidad como obstáculo epistemológico.* Las razones para que la jurisprudencia y la doctrina hayan considerado estos casos *borderline* como pertenecientes a una u otra región, no han obedecido necesariamente a una especulación conceptual de la situación jurídica involucrada. Más bien, estos casos dudosos han sido bamboleados entre una y otra responsabilidad por motivos prácticos orientados a salvar la equidad de la solución, aun cuando resulte afectado el esquema teórico; la razón pragmática se ha impuesto sobre la razón especulativa.

Es así como encontramos que algunas de estas situaciones han emigrado de la responsabilidad contractual hacia la responsabilidad extracontractual; otras, en cambio, han hecho el viaje en sentido inverso: nacieron den-

933. *Vid. supra*, no. 132.

934. Boris STARCK: *Droit Civil Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*. 2a. ed. Revisada por Henri ROLAND y Laurent BOYER. Librairies Techniques. París, 1985. No. 12, p. 9.

tro de la responsabilidad extracontractual pero fueron trasladadas a la responsabilidad contractual.

Entre las primeras, un caso notable es el que hemos citado en varias oportunidades, que se refiere a los productos defectuosos. Las primeras sentencias fundan la responsabilidad del fabricante exclusivamente en una obligación de garantía implícita en el contrato de venta. Sin embargo, tan pronto como las Cortes tropiezan con las limitaciones propias de la regla *res inter alios acta aliis praeiudicare non potest* — o su equivalente en Derecho anglosajón, denominada *rule of privity*— deciden obviar la limitación del alcance de la responsabilidad a sólo las partes de un contrato mediante el expediente de considerar que, más allá de la responsabilidad contractual, existe una responsabilidad extracontractual que puede ser invocada por el tercero que no tuvo vinculación jurídica alguna con el fabricante e incluso por el propio contratante.

El otro sentido de los movimientos migratorios entre las responsabilidades se inició con los daños resultantes del transporte. Inicialmente, todo daño corporal era considerado extracontractual, aun cuando se produjera dentro de la ejecución de un contrato [935]. Sin embargo, dentro del Derecho francés de principios de siglo, la víctima extracontractual tenía que probar la culpa de su causante, es decir, en los accidentes de transporte, la culpa del transportista; cosa que resultaba poco menos que imposible en muchos casos [936]. Todavía la jurisprudencia no había desarrollado la doctrina de la inversión de la carga de la prueba en la responsabilidad extracontractual. En cambio, cuando se trataba de reclamar una responsabilidad contractual, al perjudicado le bastaba probar el incumplimiento de la obligación estipulada, mientras que la otra parte contratante presuntamente responsable tenía que demostrar su ausencia de culpa si quería evitar el pago de la indemnización. En consecuencia, la inversión de la carga de la prueba operaba en la responsabilidad contractual, pero no en la extracontractual.

Dentro de este contexto, la Corte de Casación francesa en 1911 [937], con la idea de facilitar la indemnización a las víctimas de accidentes de trans-

---

935. Esta fue la tesis del juez peruano Dr. Fausto VIALE en el caso antes reseñado: *confer supra*, No. 657.

936. Boris STARCK: *Droit Civil Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*. 2a. ed. Revisada por Henri ROLAND y Laurent BOYER. Librairies Techniques. París, 1985. No. 37, p. 23.

937. Civ. 21. noviembre 1911.

porte, transformó esta situación mediante el subterfugio de considerar que en todo contrato existe una obligación de seguridad "implícita", que exige que no sólo el transporte se cumpla (obligación pactada) sino que se cumpla de manera segura, es decir, que el transportado no sufra daños durante el transporte: los contratantes no han incorporado tal obligación "presunta" en el contrato, pero debe suponerse que estuvo presente en la mente de ellos al celebrar el contrato. Puede apreciarse el paso tan grande que dio la Corte de Casación fuera del terreno de la teoría contractual, con el único objeto de remediar una situación injusta para este tipo de víctimas: la coherencia teórica fue sacrificada en aras de la equidad. Pero el hecho era muy grave porque el contrato obliga en cuanto las partes consciente y manifiestamente han querido obligarse; y no se puede andar por ahí suponiendo cosas en las mentes de los contratantes para cargarles obligaciones a una u otra parte que no estaban contenidas en el acuerdo entre ellas. Las partes pueden haber tenido razones no explicitadas para no crear tal o cual obligación: nadie se las puede imponer desde fuera (salvo los casos de limitación de la autonomía de la voluntad por razones de interés social).

MESSINEO da cuenta de esta evolución de las últimas décadas: "La jurisprudencia ha extendido considerablemente el ámbito de la responsabilidad contractual, no vacilando en 'forzar' el círculo del contrato para hacer que penetre en él una obligación de seguridad que los contratantes no habían pensado, sin duda, incluir en el mismo"[938]. Y explica que "lo ha hecho para liberar a la víctima de la carga de la prueba"[939]. Es importante advertir la gravedad de ello pues se corre el riesgo de distorsionar la voluntad de las partes y su común intención. Puede que este sea el único camino, en ciertas circunstancias, para salvar la equidad; pero esa urgencia de equidad no debe obnubilarnos desde el punto de vista teórico: adoptemos tal solución por razones prácticas, pero siendo conscientes de que no es satisfactoria desde el punto de vista de la teoría del contrato.

JOSSERAND se refiere a esta contractualización del accidente como una "especie de *inflación obligacional* que consiste en poner en el cuadro contractual más de lo que en él había hasta entonces, en surtir a la convención de compromisos sobreentendidos bastante numerosos y estrechos, para

---

938. Francesco MESSINEO: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. T. VI. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch y Cía, Editores. Buenos Aires, 1979. no. 402. pp. 43-44.

939. *Ibidem*, p. 44.

determinar la eventual responsabilidad de las partes" [939bis]. Esto dice, no puede menos que "suscitar graves objeciones": se pretende asegurar la reparación de un daño injusto, "Pero no se obtiene este resultado sino a expensas de un artificio y de una ficción, haciendo deducirse de un contrato obligaciones que las partes, una de ellas al menos, jamás suscribieron y que se han podido calificar justamente de *obligaciones pretorianas*" [939ter].

662. *Vías acumulativas o vías paralelas.* Esta indefinición de ciertas situaciones lleva a reconocer que, de hecho, muchas veces la víctima puede ampararse validamente ya sea en la responsabilidad contractual, ya sea en la responsabilidad extracontractual.

Evidentemente, esto no significa que es posible acumular las dos responsabilidades: nadie puede cobrar dos indemnizaciones por un mismo daño. Pero la alternativa queda abierta y el demandante puede acogerse al régimen que le es más favorable. Hemos visto como los Tribunales han forzado los goznes de las puertas del contrato para dar cabida a una responsabilidad de seguridad no pactada por las partes. A su vez, hemos dicho que los Tribunales han derivado situaciones que estaban tradicionalmente regidas por la responsabilidad contractual hacia la responsabilidad extracontractual, con el objeto de ampliar las posibilidades de que las víctimas sean reparadas. Como señalan PLANIOL y RIPERT, los jueces franceses han permitido muchas veces la vía extracontractual a pesar de que existía un contrato entre las partes, cuando ese contrato no facilitaba la cobranza de daños y perjuicios [940].

Sin embargo, tal comprobación de PLANIOL y de RIPERT significa también que la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual no son dos vías antagónicas sino que muchas veces pueden presentarse de manera paralela. Si bien no es posible reclamar un mismo daño por ambas vías (acumulación) ello no es obstáculo para que la responsabilidad extracontractual coexista con la responsabilidad contractual dentro de una

---

939bis. Louis JOSSERAND: *Derecho Civil.* T. VII. Vol. I. *Teoría General de las Obligaciones.* Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch y Cía., Editores. Buenos Aires, 1950. No. 490, p. 372.

939ter. *Ibidem*, No. 491, p. 376.

940. Marcel PLANIOL y Georges RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Francais.* T. VI. *Obligations.* Primera Parte. Con la colaboración de Paul ESMEIN. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence. París, 1930. No. 493, p. 684.

situación global (paralelismo): rigen daños distintos, pero que pueden presentarse como parte de una sola situación jurídica, por ejemplo, una relación contractual. De esta manera, aunque exista un contrato entre las partes, éstas pueden reclamarse también daños extracontractuales nacidos aparentemente dentro del seno de la ejecución de las prestaciones recíprocas: a pesar de mediar un contrato de transporte, podemos pensar que sólo la obligación de transportar es propiamente contractual; en cambio, descartando la llamada obligación contractual implícita de seguridad, podemos pensar que ese transporte está sujeto, como todo en la vida, a la responsabilidad general por los daños que una persona cause a otra.

La jurisprudencia italiana ha reconocido expresamente este posible paralelismo de las dos responsabilidades en una Ejecutoria de la Corte de Casación de 10 de octubre de 1965, en la que señala: "Esta Corte ha aceptado constantemente el concurso de la acción por responsabilidad contractual con aquella derivada de la responsabilidad extracontractual, cuando el hecho ilícito viola no sólo los derechos derivados del contrato, sino también los derechos que pertenecen al perjudicado independientemente del referido contrato. Y ésta es la razón por la que la eliminación de una acción por la otra no se encuentre justificada cuando el hecho ilícito, único en su génesis, constituye la violación de un derecho doble: aquel derecho amparado por el contrato y el que corresponde al deber general de no inferir daño a otro" [941]. Y los mismos hermanos MAZEAUD, tan partidarios de incorporar estas situaciones a la responsabilidad contractual (lo que parece razonable en Francia por los motivos de equidad antes descritos que afectan el *onerem probandi*), reconocen también que es posible en ciertas circunstancias que la responsabilidad contractual y la extracontractual se presenten juntas: "Supóngase un contrato que no haya creado la obligación cuya violación causa un daño. ¿Por que´no la ha creado? Es posible que las partes hayan juzgado inútil comprometerse a cumplir esa obligación porque estimaban que, desde el momento que la ley la imponía, eso era suficiente; entonces la obligación de la obligación llevará consigo la responsabilidad delictual (extracontractual)" [942].

---

941. Cit. p. Oscar MEDELIUS RODRIGUEZ: *La responsabilidad Civil derivada del ejercicio de la Profesión Médica*. Tesis. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1978, p. 205.

942. Henri, León y Jean MAZEAUD: *Lecciones de Derecho Civil*. Parte segunda. Vol II. *La responsabilidad civil. Los cuasicontratos*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1978. No. 403, p. 45.

Desde nuestro punto de vista, es preciso llevar tan lejos estas tendencias jurisprudenciales y doctrinarias hasta considerar que la responsabilidad contractual técnicamente no va más allá del daño causado por el incumplimiento de las obligaciones estipuladas. En cambio, la responsabilidad extracontractual, actuando intersticialmente, ahí donde se presenta una rendija de daño reparable que no es resultado directamente de una promesa, cubre todos los demás casos, incluyendo el caso de que el hecho dañino haya representado *además* una violación de contrato. Esto evita recurrir a esas obligaciones contractuales supuestas o implícitas como la de seguridad, que distorsionan la teoría contractual y que son necesarias si la responsabilidad extracontractual (como sucede en el Perú) también se beneficia con la inversión de la carga de la prueba.

Notemos que estas dos responsabilidades coexistentes pueden estar sometidas a principios de responsabilidad diferentes: la responsabilidad contractual estará sometida a la culpa, mientras que la responsabilidad extracontractual *derivada del mismo hecho* puede estar regida por el principio objetivo si ha sido causado mediando un bien o actividad riesgosos o por el criterio de la difusión del riesgo y sujeta a seguro obligatorio. Esta posibilidad de criterios diferentes de responsabilidad ya había sido intuida por los MAZEAUD cuando atribuían a la "obligación de seguridad o garantía" un carácter de responsabilidad objetiva estricta, inexcusable ni siquiera por una fractura causal debida al caso fortuito:"La obligación de garantía se distingue netamente de las otras. Es la obligación que tiene una persona de indemnizar a otra, según reglas legales o convencionales, por un daño que, desde su punto de vista, tiene un origen fortuito; es entonces brevemente, la obligación de reparar un daño ocurrido por caso fortuito" [943]. Y refiriéndose en particular al caso de los daños por productos defectuosos, los hermanos MAZEAUD y André TUNC hacen notar que este carácter absolutamente objetivo de la obligación de garantía puede ser un canal de difusión del riesgo: "en fin, la garantía puede servir a una política de 'dilución' del riesgo. Porque los recursos del garante contra su propio vendedor remontarán sin duda hasta el vendedor profesional o hasta el fabricante, para quienes la garantía entrará en sus gastos generales, mientras que la falta de garantía habría podido golpear duramente al adquiriente en cuyas manos se ha revelado

943. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile délictuelle et contractuelle.* 6a. ed. T. I. No. 103-8, p. 123.

el vicio [de la cosa o producto]" [944]. Inependientemente del hecho de que estos autores todavía encaran el problema del producto defectuoso con el ineficiente recurso a la responsabilidad contractual, es interesante advertir las posibilidades que ofrece su análisis desde el momento en que es posible introducir la responsabilidad objetiva o la dilución del riesgo dentro de una situación concebida en términos predominantemente contractuales y, por consiguiente, sujetos al régimen de la culpa. En otras palabras, coexistiendo la responsabilidad contractual y la extracontractual como resultado de un mismo hecho (con efectos diversos), es posible aplicar criterios de responsabilidades distintos.

Coloquemos estas ideas en el banco de prueba. El caso típico es el del accidente de tránsito donde resulta herido el pasajero transportado: hay un incumplimiento del transportista de su obligación contractual de transportar a ese pasajero de un determinado lugar a otro; pero además hay responsabilidad extracontractual del transportista por los daños sufridos por el pasajero en el accidente. La responsabilidad contractual está sujeta a la probanza de la culpa (con carga invertida): el transportista puede liberarse de la responsabilidad de no haber transportado al pasajero al lugar convenido demostrando que no tuvo culpa alguna en el accidente que interrumpió el viaje. Pero, en cambio, aun cuando no haya tenido culpa, ese transportista responderá extracontractualmente, con carácter objetivo, por los daños sufridos por el transportista en el accidente, de la misma forma que podría responder un tercer automovilista ajeno al contrato, si los daños le hubieran ocurrido por el hecho de ser atropellado cuando se dirigía a tomar el ómnibus. En otras palabras, la razón de la indemnización no es la existencia de un contrato incumplido, haya tal contrato o no entre las partes, sino la presencia de un daño que debe ser reparado.

663. *El reconocimiento de una nueva nación.* Esta incomodidad para situar ciertos hechos dentro de la responsabilidad contractual o dentro de la responsabilidad extracontractual nos está mostrando fundamentalmente que el campo de la responsabilidad civil no está suficientemente bien sistematizado por la doctrina.

Los esfuerzos por acomodar las cosas dentro de esas dos categorías y las necesidades prácticas de sortear dificultades de la prueba que pueden de-

---

944. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, No. 103-8, p. 126.

rivarse para las víctimas dentro de una u otra de ellas, ha dado origen a soluciones artificiosas (pero prácticas y necesarias en su momento): estipulaciones que no han sido estipuladas por nadie, voluntades presuntas que nunca fueron realmente queridas, etc. En realidad, los principios que gobiernan los subsistemas parecen no ajustarse bien a las necesidades reales de su esfera de acción: ciertos hechos se muestran rebeldes y, en la medida en que tratamos de domarlos teóricamente, caemos sea en la injusticia o en la falta de coherencia doctrinal.

Todo ello parece indicarnos que quizá no estamos propiamente ante poblaciones de frontera sino ante una nación distinta dentro de la responsabilidad civil, que habita entre la contractual y la extracontractual, y que requiere que sea oficialmente reconocida: la nación de los accidentes. Sin embargo, aun cuando escuchamos frecuentemente el lenguaje de este tipo diferente de ciudadanos en las resoluciones judiciales, parecería que su aceptación formal por los juristas, como nación independiente en el seno de la responsabilidad civil, todavía no es de hoy sino más bien de mañana. Por eso, hemos dejado la discusión de esta nueva categoría para el Título siguiente que pretende trazar las grandes líneas de la responsabilidad del futuro.

TITULO II

LA RESPONSABILIDAD CIVIL, MAÑANA

CAPITULO I

HACIA UNA TEORIA JURIDICA DEL ACCIDENTE

664. *Necesidad de una fragmentación adicional del campo de estudio.* Parecería que, para comprender adecuadamente la forma como opera la responsabilidad civil en las varias situaciones que se presenta, no basta la distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual: se requiere fragmentar aún más el campo de estudio a fin de diferenciar una nueva nación dentro de esa confederación denominada responsabilidad civil; o cuando menos una provincia que no era usualmente mostrada como tal por los mapas clásicos: el territorio de los accidentes.

665. *El catálogo de daños.* La responsabilidad civil atiende fundamentalmente al concepto de daño: la obligación de indemnizar que surge como consecuencia de la existencia de una responsabilidad civil, pretende siempre remediar un daño.

Sin embargo, cuando analizamos los daños que son materia de la responsabilidad civil encontramos que no todos son del mismo tipo, no sólo en cuanto a sus efectos sino también en lo que se refiere a las circunstancias en que los daños son producidos.

De un lado, existe el daño que la sociedad considera como parte normal y aceptable de la vida social, al punto que lo autoriza o cuando menos lo excluye de la posibilidad de un resarcimiento (no siempre explícitamente, ya que muchas veces la "autorización" es más bien un presupuesto social antes que fruto de una norma legal). En este caso, hay daño pero no hay *iniuria*: no se puede hablar de un daño "injustificado" (que no es lo mismo que un daño culpable) porque, al contrario, se encuentra justificado por una norma legal o por un uso social. Por consiguiente, tal daño no es indemnizable y tiene que ser asumido por los propios damnificados. Este es el caso, por ejemplo, de aquellos daños (incluso intencionales) que resulten de una

competencia económica leal: estos daños no son reparables, aunque pudieran tener consecuencias tan graves como la quiebra del competidor (lo que equivale a su muerte económica). Esta es la situación también de los daños que resulten del caso fortuito o de las calamidades públicas (aun cuando veremos a continuación que la sociedad actual está empeñada en domesticar jurídicamente el azar, lo que implica introducir de alguna manera los daños fortuitos dentro de la responsabilidad civil).

De otro lado, existe el daño resarcible, es decir, aquél que la sociedad considera que su carga económica no debe ser afrontada exclusivamente por el damnificado.

El daño resarcible, a su vez, puede revestir diversas formas. En primer lugar, está el daño que surge en razón del incumplimiento de un acuerdo previo: estamos ante la responsabilidad contractual. En segundo lugar, está el daño extracontractual intolerable (que resulta de la violación de la ley, del dolo o de la culpa inexcusable, del abuso del derecho y, en general, de las situaciones que la sociedad no puede o no quiere permitir en forma alguna): éste es el campo de lo que podríamos denominar con la expresión clásica de "acto ilícito"[945]. En tercer lugar, está el daño ocasionado por situaciones que, si bien son estadísticamente dañinas, la sociedad no puede erradicar o no quiere erradicar de manera absoluta en razón de las ventajas que conllevan, pero exige que la víctima sea resarcida: éste es el campo de los accidentes.

666. *Necesidad de una modernización del Derecho.* Marcel PLANIOL y Georges RIPERT, con la intuición de los grandes juristas, percibieron la necesidad de crear una nueva categoría de responsabilidad, distinta de la contractual y de la derivada de acto ilícito. En tal sentido sugieren que las fuentes de la responsabilidad son tres: el contrato, el delito y la ley. Las dos primeras corresponden a las clásicas responsabilidades contractual y extracontractual. La tercera constituye un tipo distinto de responsabilidad que no está fundamentada en el incumplimiento contractual ni en dolo o culpa sino en un mandato de la ley y que, cuando menos de la manera como lo explican estos mismos autores a través de ejemplos, se acerca mucho a los casos

945. En realidad, ni aún en este sentido limitado la expresión clásica es apropiada porque, como veremos después, hay daños socialmente intolerables que no constituyen estrictamente un acto "ilícito" (como en el caso de los accidentes contaminantes de carácter grave). Podríamos decir, a lo sumo, que el acto ilícito es parte de la categoría del daño socialmente intolerable, pero no existe una identificación entre estos conceptos.

de accidentes: el riesgo de navegación aérea, el riesgo profesional y el riesgo de los accidentes de trabajo, por ejemplo [946].

Sin embargo, la denominación adoptada por PLANIOL y RIPERT para este tercer grupo de daños —denominación que responde a la metodología de la categorización empleada por estos autores— no es feliz, debido a que sabemos que toda responsabilidad civil tiene siempre como fundamento último la ley. Además, la omnipresencia de la culpa que todavía se advierte en estos juristas, les hace concebir la responsabilidad "legal" (podríamos también llamarla objetiva) como un caso anómalo y nos les permite desarrollar todas las potencialidades de la idea. La responsabilidad "legal" queda en ellos como una categoría un tanto indefinida y ambigua, que surge paralelamente al Derecho Civil y no dentro de su marco: reconocen el nacimiento de una categoría jurídica nueva fuera de los muros de la ciudad civilista; pero no le abren las puertas a fin de incorporarla *ex theoria* como una tercera división de la responsabilidad civil.

André TUNC, discípulo de Henri y de León MAZEAUD y coautor con ellos de la 5ta. edición del famoso *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile délictuelle et contractuelle*, plantea directamente la necesidad de elaborar "una filosofía de la indemnización del daño accidental" [947] que distinga entre la "culpa" y el "error". Dentro de este orden de ideas, la culpa daría lugar al acto ilícito y a la indemnización por el culpable, mientras que el error sería cubierto con un sistema de seguros: los errores, dice, son inevitables y ya ni las actuales leyes sobre accidentes de trabajo ni las más modernas sobre accidentes de la circulación automovilística toman en cuenta los simples errores o aún más las negligencias ordinarias [948]. A pesar de que la distinción entre error y culpa es muy discutible (lo que se evidencia con la comprobación del propio TUNC de que a la negligencia ordinaria debe otorgársele el mismo tratamiento que al error desde el punto de vista de la responsabilidad, aun cuando es negligencia y no error), lo interesante de la propuesta estriba en la necesidad de distinguir una categoría nueva de la responsabilidad civil constituida por los accidentes.

---

946. Marcel PLANIOL y Georges RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Français*. T. VI. *Obligations*. Premiére Partie. Avec le concours de Paul ESMEIN. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence. París, 1930. No. 475, p. 658 y No. 699, p. 948.

947. André TUNC: *La Responsabilité Civile*. Económica. París, 1981. No. 153, p. 120. Este trabajo es una adaptación de la introducción redactada por el Prof. TUNC para el volumen XI (*Torts*) de la *International Encyclopedia of Comparative Law*.

948. André TUNC: *Op. cit.*, No. 151, p. 117.

Pero TUNC se queja de que la mayor parte de los juristas contemporáneos, a pesar de la urgencia que existe para modernizar el Derecho, no se dan cuenta de que la responsabilidad civil tiene que ser profundamente transformada: "En la mayor parte de las naciones industrializadas —con la única excepción de Nueva Zelandia, que lamentablemente no creemos que pueda constituir un modelo generalizable— el Derecho se encuentra muy en retraso frente a las necesidades y frente a las posibilidades que ofrece el seguro. El Derecho se ha vuelto muy complicado, bajo las influencias contradictorias del peso de la tradición y de los esfuerzos de ajuste a las condiciones modernas. Ese Derecho confuso no puede ciertamente ser ofrecido como un modelo a los países en vías de desarrollo. Un Derecho moderno requiere una completa revisión de la responsabilidad civil, instrumento de regulación social y de indemnización, dentro de un contexto de seguros y de seguridad social. Un Derecho moderno exige también una simplificación radical. La complejidad presente ha perdido toda justificación, ahora que la mayor parte de los responsables son empresas o asegurados y ahora que los autores y las víctimas de daños son normalmente susceptibles de contratar un seguro. Y esa complejidad es un defecto grave, cuando la claridad en la distribución de las responsabilidades y de los riesgos es una necesidad fundamental para las empresas y para los asegurados. En todos los países —y se podrían dar muchos ejemplos— la modernización y la clarificación del Derecho de la responsabilidad civil son necesidades urgentes" [949].

Y el llamado de atención de TUNC termina con una denuncia: "Como consecuencia de nuestra esclerosis, más de un tercio de las 1000 víctimas diarias [en Francia] de accidentes de circulación son privadas injustamente de una indemnización y una centena de otras no obtienen la indemnización que les corresponde sino luego de un juicio. Aún los países socialistas, a pesar de que sus codificaciones son de fecha reciente, no parecen haber tenido éxito en la tarea de construir un Derecho que responda verdaderamente a las condiciones modernas" [950].

667. *La conceptualización jurídica del accidente. El racionalismo y el individualismo.* Los juristas del racionalismo individualista —que establecieron las bases de nuestro Derecho moderno— no pensaron que el accidente pudiera ser tratado jurídicamente. Casi no lo vieron.

---

949. André TUNC: *Op. cit.*, No. 187, pp. 160-161.

950. André TUNC: *Loc. cit.*

El accidente, si no era atribuible a la negligencia de alguien, quedaba reducido al concepto de caso fortuito que tenía por virtualidad precisamente la de excluir la situación de las reglas del Derecho. el caso fortuito no fue tratado sustantivamente, sino en vía de excepción: consistía simplemente en un recurso de defensa, para exonerarse de la responsabilidad; pero nadie pretendió organizar socialmente las consecuencias nefastas del caso fortuito con la ayuda del Derecho. Ante un "hecho de Dios", ¿cómo podría un grupo de hombres intentar borrar sus huellas dañinas? Todo lo que quedaba por hacer era soportar el castigo divino con resignación. En tal caso, a nadie se le puede cargar con el peso del daño y obligarlo a pagar una indemnización a la víctima: el hombre es demasiado pequeño para asumir la responsabilidad de Dios. Si el deudor contractual demuestra que el cumplimiento de la obligación es imposible en razón de caso fortuito, se libera de cumplirla y el acreedor tendrá que absorber las consecuencias perjudiciales de este incumplimiento imprevisto, a título de calamidad; si el demandado por responsabilidad extracontractual demuestra que el daño fue consecuencia de caso fortuito, la víctima de un accidente no tendrá a quien acudir para intentar que alguien le ayude en los aspectos económicos de su desgracia; tiene que limitarse a implorar a Dios para que, así como ha mostrado su rigor, dé señas también de su misericordia.

668. *Fundamentos para la conceptualización jurídica del accidente. La culpa como obstáculo epistemológico.* Esta admitida impotencia jurídica frente al caso fortuito tiene su origen en el obstáculo epistemológico constituido por la noción de culpa.

Prácticamente desconocida por los textos romanos antiguos en los que se evita toda confusión entre la perspectiva moral y la perspectiva jurídica, intuida por Justiniano como un medio objetivo de individualizar la causa "responsable" del daño entre el sinnúmero de causas que colaboran en su producción, alimentada en la Edad Media por la idea religiosa de pecado, la culpa llega a alcanzar en la Edad Moderna un lugar privilegiado y, a partir de entonces, condiciona la existencia de la responsabilidad a la presencia de una falta.

Ya en San Agustín encontramos que la consciencia del destino interior que tiene cada cristiano (su salvación personal), lo lleva a poner mucho más atención en la intimidad de la persona que lo usual en el mundo antiguo: no basta actuar exteriormente bien (punto de vista jurídico—social) sino que hay que tener además una buena disposición interior (punto de vista moral). Esta perspectiva subjetivista será un aporte fundamental del cristianismo

tanto a la Etica como al Derecho. Sin embargo, el análisis objetivo de las *intenciones no ingresará tan fácilmente al pensamiento medieval. Durante la* Alta Edad Media, el pecado tiene todavía un sentido más objetivo. Los Penitenciales o libros de los confesores para examinar a los pecadores, presentaban una lista clara de pecados; y a cada uno le hacían corresponder una pena con una seguridad tarifaria. El hecho objetivo de haber incurrido en la situación taxada constituía propiamente el pecado, sin ningún tipo de análisis refinado sobre la intencionalidad del pecador ni sobre las circunstancias en las que se produjeron los hechos [951].

El subjetivismo será acentuado dentro del movimiento intelectual teológico-filosófico-jurídico que se produce entre los S. XII y XIV. Lógicos como ABELARDO, juristas como ACCURSIO, canonistas como GRACIANO, enfatizaron la búsqueda de distinciones y concordancias que relativizaran y enriquecieran las gruesas "verdades" de los siglos anteriores. No cabe duda de que las sutilezas de la intención y de la culpa constituían una fuente espléndida de reflexión escolástica.

El Derecho Canónico medieval cumplió un importante papel dentro de la modernización del derecho porque abrió las perspectivas del individualismo moderno con su acento en lo íntimo e individual de la responsabilidad y porque intentó distinguir escolásticamente entre las consecuencias penales y las consecuencias civiles que podían derivarse de un mismo hecho. Pero, esta misma orientación lo llevó, aún en el campo civil, a vincular muy estrechamente la idea de resarcimiento a la idea de culpa: no se puede pedir a nadie que repare un daño si no es culpable del mismo; porque el pago de un resarcimiento implica inevitablemente una sanción para el obligado a hacerlo. Todo el Derecho medieval, civil o penal, está inspirado en la idea de perseguir el pecado: como dice Gabriel LE BRAS, "El punto de partida de la teoría canónica de los contratos fue la represión del pecado, así como en el derecho del pretor era la represión de lo injusto. En realidad, injusticia y pecado no se diferenciaron siempre con toda claridad" [952]. Es por ello que, cuando el pecado asumió plenamente su carácter íntimo, la injusticia del daño no debía ser buscada en la objetividad de la situación dañina (*iniuria*) y teniendo en cuenta la perspectiva de la víctima, sino en la interioridad de

951. Mariateresa FUMAGALLI BEONIO BROCCHIERI: *Eloisa e Abelardo*. Oscar Mondadori. Milano, 1987, p. 59.

952. Gabriel LE BRAS: *Derecho Canónico*, en *El Legado de la Edad Media*. 2a. ed. Universidad de Oxford. Ediciones Pegaso. Madrid, 1950, p. 458.

la consciencia del causante (*culpa*). Es así como la Inquisición es verdaderamente precursora de la modernidad jurídica, aunque ello parezca paradójico: los Tribunales de la Iglesia investigan las intenciones subjetivas de los acusados, la culpabilidad moral [953].

Hacia el fin de la Edad Media, el caso fortuito era visto con horror. Las cosas no suceden al azar porque todo se encuentra dentro de la Providencia Divina. Si Dios vigila el mundo y si lo que sucede en éste responde siempre a un Plan divino, ello significa que el mal que resulta del aparente azar no es sino parte de tal Plan: el caso fortuito es un "acto de Dios", un castigo divino. Pero hay muchas situaciones en las que no ha habido falta aparentemente; entonces, ¿por qué Dios nos castiga? Antes de llegar a la conclusión de que no ha habido falta, tenemos que escrutar rigurosamente nuestros actos, porque puede haber una falta que ni siquiera llegamos a percibir como tal: en tal caso, debemos soportar el castigo y hacer penitencia. Sin embargo, hay males que no pueden ser ligados a falta alguna. Entonces, si todos los males y accidentes corresponden al Plan divino, ¿cómo es posible que Dios, siendo infinitamente bueno, aporte injustificadamente mal a los hombres?

Estamos ante la paradoja de Job: si Job es bueno, si no ha hecho nada malo, ¿por qué Dios lo castiga? El caso fortuito que produce daño no puede ser un puro accidente, porque implicaría algo que escapa a la voluntad de Dios: dado que no es posible encontrar un "culpable" humano, el daño "fortuito" debe tener un autor sobrenatural; y éste parecería que no pudiera ser otro que Dios. Sin embargo, un resabio de maniqueísmo que pervive a través del catolicismo medieval viene a "salvar" a Dios de esta responsabilidad: tiene que existir un principio opuesto, un principio del Mal, que es causa de esos daños sin autor humano y que tampoco puede decirse que sean un castigo divino porque no hay falta de nadie. Ese principio del Mal es Satanás, autor de todas estas desgracias injustificadas, que está permanentemente en acecho con el objeto de destruir la Obra divina. Claro está que el catolicismo se cuida mucho de incurrir en el dualismo absoluto de un abierto maniqueísmo, condenado como herético por numerosos Concilios pero que reaparece continuamente a través de las doctrinas de los Bogomiles, de los Cátaros o Albigenses, en alguna forma de los Valdenses, etc. Para el catolicismo, Dios y Satán, como principios del Bien y del Mal en oposición,

953. Michel VILLEY: *Introduction a l'histoire de la philosophie du droit en Lecons d'Histoire de la Philosophie du Droit.* Dalloz. París, 1962, p. 42.

no pueden tener la misma jerarquía: el principio del Bien es superior al principio del Mal. Pero, ¿cómo, entonces, ese principio superior del Bien (Dios) puede permitir que el principio inferior del Mal (Satán) infiera daños a los hombres al margen de la Justicia Divina? La única respuesta posible es que esos males infligidos por el demonio son tolerados por Dios con el objeto de poner al hombre a prueba y permitirle desarrollar mejor sus potencialidades buenas al sufrir el mal sin desesperarse. Regresamos a la imagen de Job, tan importante en el mundo medieval [953bis].

La convicción de que el accidente dañino, moralmente injustificado, es resultado de una acción del Mal, lleva a la mente popular a una cruzada contra los demonios que actúan proteicamente, adoptando las formas más diversas para colocarse en posición de causar un mayor mal al ser humano. Uno de los escenarios de esta lucha del Bien contra el Mal, será jurídico: por ejemplo, los daños causados por animales tienen que ser manifestaciones de Satanás; y el hombre, como representante —en ésta forma— de Dios, tiene que encargarse de castigarlos con la ayuda del derecho. Y es ésta una de las razones —quizá no la única— de que los animales sean sometidos a juicio y castigados por sus malos actos. Los juicios contra animales que han causado daños a seres humanos, son muy frecuentes en la Edad Media: se realizan procedimientos formales, con juez y secretario, defensor de oficio y actas. Las sanciones contra los animales "delincuentes" son administradas por el Derecho; e incluso la pena de muerte se aplica a chanchos, caballos y otros [953ter]. Por consiguiente, los juicios contra animales eran una forma de imponer un cierto orden, de establecer una cierta explicación causal, de otorgar una cierta paternidad, a ese daño aparentemente incausado y anónimo que es el accidente. Según HUMPHREY, "todo el propósito de las acciones legales era establecer un control cognoscitivo. En otras palabras, la tarea de las Cortes era domesticar el caso, imponer orden en un mundo de accidentes y, específicamente, dar sentido a ciertos eventos aparentemente inexplicables, *redefiniéndolos como delitos*" [953quater]. Cuando un chancho se comía a un niño, la idea era que el demonio, actuando a través del animal, estaba causando un daño; a partir de ese momento, la muerte del niño resultaba explicable; era una víctima de esta lucha entre el Bien y el Mal. Pero

---

953bis. *Vid.* Jacques LE GOFF (ed.): *L'uomo medievale*. Editori Laterza Roma-Bari, 1987, *passim*.

953ter. E. P. EVANS: *The criminal prosecution and capital punishment of animals*. (Heinemann, 1906). Prólogo de Nicholas Humphrey. Faber and Faber. London and Boston, 1987.

953quater. E: P. EVANS: *Op. cit.*, p. XXVI.

ese animal "homicida", que era casi el demonio mismo, tenía la responsabilidad del daño y debía ser castigado. No era posible obligarlo a una reparación económica porque no tenía patrimonio propio (el dueño del animal, por su parte, sólo podía ser obligado a indemnizar a la víctima si había mediado culpa, es decir, si había incurrido en alguna negligencia respecto del cuidado y vigilancia de tal animal); pero no había inconveniente para imponer al animal una pena corporal que podía llegar hasta la muerte.

El tratamiento jurídico del accidente sobre la base de una idea de responsabilidad (al menos, en el caso de los daños accidentales cometidos por animales), es un eco lejano de la lucha maniquea: todo daño injustificado debe tener culpable; aunque sea el propio demonio. Esta actitud puede parecer de primera intención extraña a la mente moderna. Sin embargo, cuando leemos en los expedientes judiciales contemporáneos y en los diarios los esfuerzos por convertir los accidentes en la obra de un culpable, el afán de domesticar el "caos del azar" a través del recurso de negar tal azar y encontrar siempre una negligencia detrás del hecho dañino que justifique nuestra indignación y nuestro deseo de venganza, nos preguntamos con HUMPHREY: "¿Quién ha dicho que la obsesión medieval de la responsabilidad ha desaparecido?" [953quinquies].

El racionalismo y el individualismo de la Epoca Moderna recogieron las ideas de autoría y de subjetividad, pero las despojaron de sus aspectos sobrenaturales que, en la mente popular medieval, habían conducido a estos exóticos juicios de animales. A partir de entonces sólo el hombre puede ser responsable de sus actos; pero a partir de entonces también, el accidente —es decir, aquel daño al que, a pesar de los esfuerzos realizados, no ha sido posible descubrirle una paternidad culpable— queda excluido del ámbito jurídico: el Derecho sólo lo trata para señalar que es un "caso fortuito" y que, por consiguiente, no puede dar lugar a sanciones contra nadie: *ergo*, dentro de un sistema que concibe la responsabilidad extracontractual más como sanción que como reparación, las consecuencias del caso fortuito tienen que ser simplemente soportadas por la víctima. El Derecho, que es el gran instrumento de socialización (en el sentido sociológico —no político— del término), reconoce su incapacidad para socializar este tipo de daño, es decir, para aliviarlo aprovechando las ventajas de vivir en sociedad. En otras palabras, la categoría de accidente no podía tener un significado jurídico sino en

---

953quinquies E. P. EVANS: *Op. cit.*, p. XVIII.

sentido negativo, como una exclusión de las normas que prevén la reparación de los daños.

Evidentemente, en razón de ello, se consideró que el caso fortuito era una excepción, una situación extraordinaria: retomando la vieja máxima *In lege Aquilia et levissima culpa venit*, cualquier negligencia por, leve que fuera, fue considerada base suficiente de responsabilidad. Hay que tener en cuenta que para la visión racionalista, el hombre es un ser eminentemente racional y, en consecuencia, responsable por sus actos: siempre está en aptitud de mantener el control de la razón sobre los efectos de sus acciones. El mundo, a su vez, es un cosmos perfectamente inteligible y ordenado, donde todo tiene causas y efectos previsibles: el azar, el caso fortuito, son meras fallas excepcionales de esa inteligibilidad, son las resquebrajaduras inmanejables y extraordinarias de ese sistema perfectamente coherente. Por su parte, el individualismo concibió el mundo humano como una trama de intencionalidades individuales, como la suma de los actos de los individuos que lo componen: lo que escapaba a esa trama de acciones y reacciones individualizables y calculables, no podía ser imputado a los seres humanos.

¡Qué simplista parece esa concepción para el hombre contemporáneo! ¡Qué lejos se encuentra esa postulada claridad racional de la opción de ese hombre del S. XX, heredero de KIERKEGAARD, para quien la decisión "es más bien un *elan* ciego, un salto en lo desconocido: 'La libertad consiste precisamente en ese golpe de audacia que escoge la incertidumbre objetiva con la pasión del infinito'" [954]! De un lado, la noción de responsabilidad ha sido ampliada, porque nada es ahora ajeno a lo humano, toda situación se "humaniza" desde el momento en que se convierte en una vivencia: el hombre "lleva el peso del mundo entero sobre sus espaldas" porque no puede dejar de asumir todos los acontecimientos como propios [955]. La responsabilidad —acrecentada por esta consciencia exacerbada de que el mundo es siempre un "mundo humano" y por las posibilidades ampliadas de acción del hombre actual— encuentra como contrapartida la angustia de tener que elegir en la oscuridad, de no conocer todas las consecuencias de los propios actos y de no poder actuar siempre racionalmente aunque así lo quisiéramos. Ciencias tan racionalmente fundadas en el principio de causalidad

---

954. Paul FOULQUIE: *L'existentialisme*, P.U.F. 16a. ed. París, 1966, p. 105.

955. Jean Paul SARTRE: *L'être et le neant. Essai d' ontologie phénomeno-logique.* Gallimard. París, 1943, p. 639.

como la Física, reconocen que no es posible predecir todas las consecuencias de cada situación y que muchas situaciones de la naturaleza misma no pueden ser aprehendidas como verdades irrefutables sino como meras comprobaciones estadísticas que tienen validez en el campo de lo probable antes que en el campo de lo verdadero[956]. Las ciencias humanas se mueven dentro de un mayor grado todavía de probabilismo y de incertidumbre. Y las decisiones cotidianas, los actos de los hombres que no son resultado de un estudio científico sino de las urgencias del momento, ¿pueden ser consideradas como absolutamente racionales? Los actos humanos, ¿son absolutamente previsibles y controlables?

Si la actuación del hombre no es siempre previsible ni controlable, entonces hay grandes áreas de su actividad que difícilmente pueden ser analizadas en términos de culpa. Pero, ¿significa esto que tal comprobación nos lleva a extender el campo del caso fortuito en la vida social contemporánea? Esto equivaldría a aumentar el campo de la irresponsabilidad, en el sentido de que aún menos víctimas podrían obtener una reparación.

669. *La regulación jurídica de la paradoja existencial.* El Derecho se encuentra de esta manera ante una paradoja: de un lado, parecería que no puede culpar a los hombres no sólo por el caso fortuito sino incluso por actos que hubieran sido considerados tradicionalmente como faltas, en la misma medida en que descubrimos que el hombre no es plenamente consciente de todas las consecuencias de sus actos y que el mundo no es perfectamente racional y previsible; de otro lado, parecería que, asumiendo el partido de las víctimas y un sentimiento creciente de solidaridad humana, no puede evitar la regulación de circunstancias que antes habrían quedado al margen del Derecho, consideradas como caso fortuitos.

No cabe duda de que, para la consciencia moderna, no es posible permanecer resignados ante la desgracia, sin adoptar ninguna acción respecto de ella: aun cuando ésta surja de manera ajena a la voluntad del hombre, asumimos sus consecuencias al tratarla de una u otra manera; e incluso el hecho de no tratarla, de excluirla del mundo jurídico por la vía del caso fortuito, es ya una manera de encarar (evasivamente) el azar. Esta última comprobación nos lleva a preocuparnos sobre la mejor manera de tratar estos ca-

956. Werner HEISENBERG: *La Nature dans la physique contemporaine*: Gallimard. París, 1962, pp. 46-50, *et passim.*

sos: nuestra consciencia no queda liberada por considerarlos casos fortuitos sino que, aunque no podamos evitar la desgracia, surge en nosotros la inquietud sobre la forma de "humanizar" el azar, de controlar socialmente sus consecuencias nocivas.

Pero, paralelamente, la toma de conciencia de múltiples mecanismos físicos y psíquicos en el hombre que no están sometidos al control de la razón, la comprobación de que existen daños que —aunque producidos por una persona determinada— son genéricamente inevitables, ha llevado a los juristas, por una parte, a ampliar el área de circunstancias sociales donde impera el azar, a través de la noción del accidente; y, de otro lado, a intentar una domesticación de ese azar por caminos distintos a la simple culpabilización individual: no se trata ya de solucionar las cosas buscando un culpable detrás de las cortinas de cada situación social para hacerle cargar con el peso del muerto, sino de encontrar soluciones colectivas y relativamente anónimas en su origen. Todo el esfuerzo será orientado, entonces, a borrar socialmente las huellas trágicas del caso fortuito ampliado: la fatalidad debe ser socialmente compartida.

670. *La noción jurídica de accidente.* ¿Cómo podemos calificar un determinado daño de "accidente"? ¿Cuáles son los criterios que deben buscarse en la situación concreta a fin de tratarla como un accidente y no como un acto ilícito, sin que ello la excluya de la responsabilidad civil?

En primer lugar, podríamos decir que, desde una perspectiva general, el accidente es un daño estadístico, inevitable: si no es esta persona la que ha producido el daño y si no es ésta otra persona quien lo ha sufrido, habrá otro causante y otra víctima; pero sabemos que un cierto número de víctimas será inevitable. A través de reglamentos de seguridad, a través de ciertas prohibiciones (no conducir en la ciudad a más de 60 kms. por hora) o de ciertas obligaciones (es indispensable utilizar cinturones de seguridad), podrá reducirse al mínimo el número anual de damnificados. Pero siempre habrán personas damnificadas.

En segundo lugar, el accidente tiene un ingrediente social, una raíz colectiva: aparece como consecuencia de la vida en común. Aún más. La sociedad podría eliminar eventualmente las causas de ciertos accidentes: podría, por ejemplo, como ya se ha dicho, prohibir la circulación automotriz; o condicionarla a que los vehículos no puedan circular a más de 10 kms. por hora y a que sean construidos con engorrosos acolchados de paja para que

no produzcan daño al chocar. En esta forma, se suprimirían totalmente los accidentes automovilísticos. Pero la sociedad no quiere eliminarlos, porque prefiere aprovechar las ventajas sociales que le brinda la moderna tecnología del transporte y de la velocidad. Aun cuando sabemos que habrán muertos y heridos en las calles, preferimos que los hayan si ése es el precio de utilizar los modernos automóviles. En consecuencia, todos nos beneficiamos con el sacrificio de esas muertes y de esas lesiones; por tanto, todos debemos responder de alguna manera por ellas.

En tercer lugar, el paso de esas perspectivas generales a la perspectiva individual del caso concreto, se realiza con la ayuda del azar. El causante efectivo y la víctima concreta son personas individuales. Pero las circunstancias del accidente suponen una buena dosis de azar. Es verdad que en muchos casos podemos encontrar la presencia de errores o faltas en el causante. Pero lo que produjo realmente el daño fue la combinación de esas faltas con el azar: en la vida diaria tenemos frecuentemente descuidos que no producen daños y que, por tanto, no son sancionados; es sólo cuando el azar coloca una víctima frente al descuido, que se produce el daño y que, consecuentemente, el Derecho interviene. Gran parte de los accidentes se producen cuando dos o más eventos de baja probabilidad se presentan en la peor de las combinaciones; combinación que, a su vez, presenta una probabilidad mínima. Estos eventos, considerados aisladamente, hubieran podido ser manejados sin problema; pero la simultaneidad de ellos produce el accidente. Un instante de descuido lo tenemos todos al manejar un automóvil; y mucho más frecuentemente de lo que nos damos cuenta. No conducimos normalmente con la máxima atención posible sino que vamos frecuentemente pensando en nuestros problemas, en nuestros proyectos del día. Este defecto de atención usualmente es controlable y no produce consecuencias dañinas. Pero si se combina con un defecto similar de un peatón (que, desde el punto de vista del control del vehículo es un azar, porque escapa a su control) o con circunstancias tales como la aparición en uno cualquiera de esos muchos instantes de un vehículo por la calle lateral, es probable que tengamos un accidente. Por consiguiente, la intervención del Derecho no es provocada realmente por la falta —que se presenta innumerables veces sin consecuencias jurídicas en la vida de los individuos— sino por el azar que transforma esa falta en daño.

En cuarto lugar, los accidentes requieren por su naturaleza misma una atención rápida y a un menor costo para la víctima. La necesidad de iniciar un largo juicio y de asumir el costo de abogados, actuación de pruebas a ve-

ces complicadas, etc. reduce —y hasta muchas veces anula— el efecto reparativo.

Al hablar de accidentes estamos entonces dentro de un campo que, si bien no es únicamente el del caso fortuito clásico (porque incluye las negligencias ordinarias), presenta sin embargo una dosis muy grande de azar. De otro lado, presenta además un carácter rutinario, una atenuación de la efectividad de las medidas para erradicar el daño o el riesgo (*deterrence*) en razón de la reducida posibilidad de control de la voluntad sobre la situación (aunque todavía exista un cierto control teóricamente, a diferencia del caso fortuito clásico donde desaparece totalmente), una urgencia de reparación y una cierta "culpabilidad" social.

671. *Los componentes de la nueva nación.* Parte de la responsabilidad por accidentes se instala, obviamente, en terrenos que antes pertenecían a la responsabilidad extracontractual; pero de ninguna manera podemos decir que es una simple subdivisión de la noción clásica de tal responsabilidad.

En primer lugar, notemos que si bien esta nueva responsabilidad asume aquellos daños que formaban parte del "acto ilícito" y que no constituyen dolo ni culpa inexcusable, también asume otros daños que estaban más allá de lo ilícito, en los dominios de la ausencia de culpa e incluso del caso fortuito. El mero hecho de ser principal o patrón no involucra, ciertamente, ilicitud alguna; sin embargo, los daños accidentales que causen los servidores tienen que ser asumidos objetivamente por los patrones, aunque no tengan culpa alguna en el sentido clásico. De esta misma forma, existen una serie de accidentes que tienen que ser reparados objetivamente por sus causantes o incluso simplemente por los propietarios de los bienes que causaron el daño —daños producidos con cosas o actividades riesgosas, daños causados por animales, la caída del edificio, etc— sin que pueda decirse conceptualmente que haya mediado un acto ilícito. Por otra parte, los seguros obligatorios de automóvil —sobre todo dentro del sistema *no fault*— intentan atenuar no sólo el efecto de los daños provenientes de una negligencia del causante sino también el efecto que se deriva de las casualidades o azares de la vida cotidiana. Y la noción de bienes y actividades ultrariesgosos extiende la responsabilidad más allá de las fronteras del caso fortuito y responsabiliza por daños y perjuicios a los propietarios y/o responsables de tales actividades, aun cuando se trate manifiestamente de un caso fortuito o de un hecho determinante de tercero.

En segundo lugar, la responsabilidad por accidentes asume también daños que formaban parte de la responsabilidad contractual, particularmente en el área de las llamadas obligaciones implícitas de seguridad o garantía. Los accidentes que ocurren en el seno de una relación contractual, no dejan de ser accidentes; y están sometidos a las reglas propias de esta categoría. Esto explica que muchos de estos casos estén regidos por la responsabilidad objetiva (porque ha mediado un bien o actividad riesgosos) aun cuando la responsabilidad propiamente contractual sigue subordinada al principio de la culpa (con la carga invertida). En realidad, la ficción de las obligaciones de garantía (en tanto "estipulaciones no estipuladas") carece de sentido e incluso de valor práctico si entendemos que existe una "obligación de garantía" global, no creada por la voluntad contractual sino por la ley, cuya sanción está actualmente organizada por el régimen de la responsabilidad extracontractual. Esta "obligación de garantía" funciona exista o no exista contrato entre las partes (en todo aquello que no ha sido expresamente estipulado en el contrato) y, cuando se presenta con ciertas características de imposibilidad de control individual pleno, de tolerabilidad social y de urgencia de la reparación, puede pasar a formar parte de esta categoría nueva de los accidentes. Desde esta perspectiva, propiamente hablando, podríamos decir que la responsabilidad por accidentes se forma exclusivamente como una segregación de la responsabilidad extracontractual, siempre que aceptemos que la responsabilidad de un contratante por actos no específicamente contratados, no es contractual sino extracontractual. Pero como la doctrina de las últimas décadas ha sostenido que aún esas responsabilidades eran contractuales mediante la ficción de las "obligaciones generales de garantía", nosotros hemos dicho que la responsabilidad por accidentes se forma con saldos y retazos tanto de la responsabilidad extracontractual como contractual.

En consecuencia, aunque esto no sea absolutamente exacto desde un punto de vista lógico (*i.e* atendiendo a las respectivas naturalezas de la responsabilidad contractual y extracontractual), cuando menos desde un punto de vista histórico (atendiendo a lo que históricamente la doctrina ha considerado como contractual y extracontractual) podemos decir que la nueva nación de la "responsabilidad por accidentes" se crea cuando asumen su identidad común ciertos pueblos que se encuentran a ambos lados de la frontera de la contractualidad; pero además, recibe el aporte de poblaciones de otros mundos, ajenos a la responsabilidad tradicional, como las situaciones de caso fortuito que antes hemos mencionado.

CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD CIVIL RECONSTRUIDA

Sección I: Fundamentos de la unidad de la responsabilidad civil

672. *¿Es posible todavía hablar de responsabilidad civil*? Hemos visto que la institución de la responsabilidad civil ha tenido que ser sucesivamente fraccionada para aprehender mas exactamente sus peculiaridades: responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual y ahora todavía se propone una fragmentación más para establecer una responsabilidad por accidentes.

Unas veces tal fraccionamiento no ha consistido sino en el reconocimiento de la existencia de territorios que tenían independencia desde hace algún tiempo —incluso desde antes de la aparición de la idea generalizadora de la responsabilidad civil—y que han procedido a reafirmar un cierto grado de identidad propia; otras veces, el fraccionamiento ha dado nacimiento a territorios que luchan todavía por conseguir su independencia conceptual. Entre los primeros se encuentra la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual; entre los segundos, aparece la teoría jurídica del accidente.

En estas circunstancias, ¿podemos siempre hablar de una "responsabilidad civil" como institución única? ¿O es que quizá estamos ante diversas repúblicas conceptuales que sólo tienen en común un nombre poco apropiado? Ciertamente, si existe todavía una responsabilidad civil que comprenda estas diferentes categorías, no podemos fundar su unidad en la presencia de los tres elementos señalados por los hermanos MAZEAUD: perjuicio, culpa y nexo causal. La nueva provincia de los accidentes no reúne esas características; al menos si entendemos la culpa en el sentido individual — y no social— que le asigna la tradición jurídica (ya que la responsabilidad objetiva desconoce la culpa) y si entendemos el nexo causal en el sentido de cau-

sa eficiente (ya que la responsabilidad del principal por los actos del servidor o la del asegurador respecto de su asegurado obligatorio, nos hace dudar de la universalidad de la relación directa de causa a efecto como fuente de responsabilidad dentro de la responsabilidad extracontractual).

673. *La responsabilidad civil: una federación de instituciones jurídicas.* Pensamos que es posible seguir hablando de una responsabilidad civil, siempre que fundemos su unidad sobre otras bases, que intentaremos explicar a continuación. Sin embargo, a pesar de la reafirmación de la unidad de la institución, creemos que no es posible concebir la nueva responsabilidad civil como una nación centralizada y homogénea sino, más bien, como una federación de Estados o regiones que conservan su autonomía y sus características propias.

De ahí que, habiendo precisado las justificaciones de las independencias regionales, se haga ahora necesario —y difícil— recrear la institución, estableciendo los principios de su unidad.

674. *La institución jurídica como paradigma teórico.* Thomas S. KUHN [957] afirma el carácter paradoxal del conocimiento científico, el cual permanentemente busca constituir unidades herméticas de saber sólido pero a su vez requiere que ese esfuerzo sea cuestionado por otro sector de la ciencia que se esfuerza en destruir tal solidez con el objeto de construir una nueva unidad, diferente (y quizá contrapuesta) pero igualmente hermética y sólida.

El método de la ciencia consiste en organizar la información miscelánica sobre un sector del mundo dentro de modelos o patrones, a los que KUHN denomina paradigmas. Estos modelos gana su prestigio por el hecho de que permiten una mejor y más completa explicación teórica de los diferentes elementos y conductas que los integran; no hay ciencia propiamente dicha, sin la construcción de sistemas explicativos.

La ciencia jurídica no procede de modo distinto: sus paradigmas teóricos, en torno a los cuales organiza las normas particulares, son lo que los juristas llaman instituciones: concepciones coherentes de un conjunto de comportamientos que la sociedad permite, prohíbe u ordena, organizados en

957. Thomas S: KUHN: *The Structure of Scientific Revolutions.* 2nd. ed. International Encyclopedia of United Science. Vol 2, No. 2. The University of Chicago Press, 1970, *passim.*

torno a un problema social y a ciertos valores. La propiedad, el contrato de compra venta, el juicio ordinario, la nulidad procesal, son diferentes instituciones jurídicas; la responsabilidad extracontractual es también otra.

Estas instituciones o paradigmas jurídicos son de distintos niveles, de manera que pueden incluirse unas dentro de otras (como cajas chinas) para formar totalizaciones teóricas superiores; la locación de servicios, el contrato de obra, el mandato, el depósito y el secuestro (todas ellas instituciones en sí mismas) pueden —quizá— ser incluidos dentro de la institución más general de la prestación de servicios; y la prestación de servicios, conjuntamente con la compra-venta, la permuta, el suministro, etc., puede ser incluida dentro de la institución de los contratos nominados; y ésta dentro de los contratos en general. La responsabilidad por daño socialmente intolerable (de la cual el acto ilícito constituye una sub-categoría), la responsabilidad contractual, la responsabilidad por accidentes (si aceptamos la nueva categoría), siendo instituciones del Derecho Civil en sí mismas, pueden quizá ser incorporadas dentro de la institución de nivel superior (*i.e.* más abarcante) denominada responsabilidad civil, si encontramos los lazos teóricos que las vinculan entre sí.

Los paradigmas científicos establecidos —al igual que las características doctrinales de las instituciones jurídicas— son perpetuados a través de la enseñanza y de la investigación normal: los manuales científicos —como lo hacen también los manuales y tratados exegéticos en el campo del derecho— alimentan el mito de un progreso lineal y acumulativo de la ciencia, refuerzan el paradigma y transmiten un *corporem* de conceptos que permite a los nuevos científicos (como a los nuevos juristas) adherir a las soluciones establecidas, realizando los cambios estrictamente indispensables para remozar la institución y evitar que devenga en obsoleta. De esta manera se crea un *consensum* en el interior del grupo aristocrático de los "científicos serios". Este proceso es aún más agudo en el campo de la "ciencia del Derecho", donde la tradición muchas veces se disfraza de razón: el peso de la *auctoritatis* se vuelve irresistible dentro de la comunidad de juristas "serios" y las nuevas ideas que lo desafían corren el riesgo de perder credibilidad académica y profesional.

Sin embargo, paralelamente a la "ciencia normal" (en palabras de KUHN) que está dedicada permanentemente a poner al día y fortalecer estos paradigmas integrando todas las novedades menores dentro de su marco teórico, hay otra ciencia "extraordinaria" (siempre en palabras de KUHN) que

se encarga de detectar las anomalías que el paradigma no puede explicar y de intentar, sobre la base de ellas, la destrucción del paradigma anterior y la construcción de una nueva unidad teórica que permite entender de una manera más completa el área de conocimientos en juego: mientras que la ciencia normal busca soluciones a las dificultades con ayuda del paradigma, la ciencia extraordinaria busca dificultades a las soluciones hasta llegar a subvertir el valor explicativo del paradigma existente.

Hay un momento en que las anomalías son tantas o de tal naturaleza que ya no pueden ser asimiladas a la institución o paradigma anterior y tampoco pueden ser colocadas despreciativamente fuera del campo de la ciencia. Esto sucede, por ejemplo, cuando la responsabilidad objetiva exige un lugar propio dentro de la reflexión teórica de los juristas civilistas. Inicialmente y ante la imposibilidad de erradicarla del derecho contemporáneo, los partidarios del subjetivismo intentan asimilarla a la idea de la culpa: se trata, dicen, de una presunción de culpa irrefutable, *iuris et de iure*. Pero luego la responsabilidad objetiva se rebela teóricamente y muestra en forma insolente su propia especificidad: una culpa jurídicamente irrefutable —aunque sea posible demostrar la ausencia de culpa—ya no es culpa, sino otra cosa. En ese momento sobreviene una crisis doctrinal: todo será confuso hasta que sea posible recrear un nuevo paradigma de naturaleza distinta que permita englobar tanto a la responsabilidad subjetiva como a la objetiva.

De manera que el progreso en la ciencia del derecho, como en cualquier otra disciplina, no procede por asimilación y continuidad sino por ruptura y revolución (en sentido teórico). Y es bueno y hasta indispensable que, frente a la labor exegética que conserva el paradigma, se desarrolle una labor de subversión teórica a fin de que, en un momento posterior, se produzca una nueva creación paradigmática: la ciencia "normal" dice KUHN es hostil a las novedades (cuando menos a aquellas de carácter tan radicalmente nuevo, que implican una ruptura de la continuidad de la tradición científica).

675. *El lay-out.* Sin embargo, más allá —o más abajo— del nivel de explicitación teórica que constituye el paradigma o institución jurídica, podemos encontrar un plano explicativo más general, implícito, más difuso, pero no por ello menos constringente, al que llamaremos *lay-out* o diagrama del área integrada.

Es sobre este diagrama que se articulan las nociones jurídicas de una determinada área con una finalidad operativa, como las distintas unidades o

sectores de una fábrica se organizan de acuerdo a una finalidad productiva. Cada unidad de la fábrica puede trabajar de acuerdo a principios físicos o químicos diferentes, pero todas ellas están coordinadas para lograr un producto aceptable. Similarmente, cada una de las instituciones que conforman el diagrama jurídico del área (*e.g.* responsabilidad contractual, por "acto ilícito", por bienes o actividades riesgosos, etc.) puede responder a teorías distintas (*e.g.* principio subjetivo, objetivo, etc); pero todas estas instituciones —de diferente nivel de generalidad— se combinan implícitamente para producir una sentencia judicial aceptable para la consciencia jurídica del momento.

Así, si existe una "responsabilidad civil" aun cuando todavía no hubiera una teoría convincente de su identidad como institución comprensiva de las diferentes responsabilidades que contempla el Derecho Civil, la operación de tal responsabilidad civil (a través de la práctica de los juristas) tendría que responder por lo menos a un *lay-out* en el que deberán integrarse los diferentes tipos de responsabilidades que contiene el Código Civil.

El diagrama no es una teoría manifiesta, sino una suerte de croquis subyacente, de carácter descriptivo-normativo, que puede no ser percibido conscientemente como diseño integrativo de una institución o de un conjunto de instituciones positivas, pero que hace que éstas funcionen relativamente articuladas, a pesar de que pudieran encontrarse informadas por teorías distintas y hasta quizá contradictorias. El diagrama es lo que hace decir a un magistrado: "Me parece justo" que en este caso se otorgue una indemnización al demandante"; y para fundamentar tal decisión —básicamente intuitiva— recurre tanto a elementos de la responsabilidad contractual como de la responsabilidad extracontractual, a criterios derivados de la culpa y a razonamientos basados en la teoría del riesgo, sin estar consciente de las contradicciones teóricas que ello implica: es el diagrama inconsciente (o, cuando menos, organizado sin profundizar sus implicancias teóricas), que percibe como un "sentimiento de justicia", lo que permite a ese juez acomodar elementos tan heterogéneos (desde una perspectiva teórica rigurosa) para construir un resultado satisfactorio, tanto para su propia consciencia como también probablemente para la consciencia del medio que comparte tal diagrama. En otras palabras, el juez no es necesariamente un científico del Derecho: es un técnico que acomoda los elementos del caso en función de una finalidad operativamente aceptable y no con el ánimo de construir una nueva teoría.

En realidad, cuando el diagrama resulta íntegramente explicitado, se identifica con una teoría (en el sentido fuerte del término) y explica sin problemas sus diferentes elementos: en tal caso, el diagrama y el paradigma de KUHN (de carácter general) son una sola cosa. Por ejemplo, si el diagrama de la responsabilidad civil se encontrara rigurosamente desarrollado y explicitado coherentemente, tendríamos una "teoría de la responsabilidad civil".

Pero el Derecho es una "ciencia" práctica: los problemas jurídicos exigen una solución aún cuando no exista todavía una integración teórica acabada de los elementos que deben intervenir en ellos. Incluso en los casos en que no se ha logrado el grado de desarrollo conceptual necesario para establecer un paradigma indiscutible, una teoría generalmente aceptada, una institución jurídica perfectamente delineada (todos éstos son conceptos relativamente equivalentes), el jurista no tiene más remedio que plantear una solución; le está vedado decir, como sí puede hacerlo el científico, que todavía esa área no se encuentra perfectamente estudiada y que, por consiguiente, no tiene por el momento una respuesta al problema consultado o sometido a su decisión. Es entonces que el diagrama funciona como un marco vago, como un sentimiento insatisfecho de unidad, pero que tiene suficiente fuerza como para armar la solución. De la misma manera que el *lay-out* de una fábrica, su coherencia no está en sus aspectos conceptuales o doctrinarios sino en sus aspectos operativos: es la finalidad de producir un resultado aceptable lo que crea una unidad inestable entre restos de varios naufragios teóricos, sentimientos de justicia y equidad, lugares comunes, percepciones sobre diversos aspectos de la vida social, etc.

Y esta agrupación operativa de elementos disímiles se va completando más o menos inconscientemente, se va desarrollando intuitivamente, en razón de los nuevos desarrollos teóricos parciales que se siguen realizando y —sobre todo— de las sucesivas exigencias de la práctica. Por ello, desde el punto de vista "científico" (atendiendo exclusivamente a su coherencia racional), los resultados obtenidos son mediocres, inconsistentes y hasta contradictorios. Sin embargo, ese diagrama vago, en el que han sido situados elementos teóricamente tan heterogéneos, permite que esa área de la vida social siga gobernada por el Derecho, a pesar de que la doctrina no se pone de acuerdo sobre una teoría que organice coherentemente los diferentes elementos en juego.

Entonces, cuando el paradigma de la institución no se encuentra todavía plenamente desarrollado y las soluciones jurídicas se encuentran organi-

zadas sólo por un diagrama intuitivo, se producen intensas polémicas doctrinarias entre las distintas teorías y hay la impresión incómoda de que estamos ante un área "muy difícil" del Derecho. En el fondo, se trata de un área en crisis, donde no solamente la fundamentación teórica de la normatividad que rige ese espacio jurídico no ha alcanzado a salir a la superficie bajo la forma de una nueva teoría, sino que incluso el diagrama mismo (que proporciona una cierta unidad operativa) no es un cuadro estático sino que está siendo agitado bajo el agua por los remolinos que produce esa "ciencia extraordinaria" u opositora: inconscientemente sentimos que no es ya posible pensar en el área en los términos de antes y que incluso los intentos operativos de unificación (diagrama) no tiene aún suficiente estabilidad.

Es por ello que las relaciones entre el diagrama general y la práctica de los juristas no son simples. De ninguna manera puede decirse que la acción se desarrolle en un solo sentido, como si el diagrama ordenara indefectiblemente la práctica. Por el contrario, el diagrama ejerce influencia sobre la práctica, pero es también un resultado de ella: existe un condicionamiento y un aprovechamiento mutuos. El diagrama selecciona mecanismos, admite o rechaza principios y explicaciones que proceden de distintas teorías se agencia elementos normativos o interpretativos que corresponden a su plan general, vengan de donde vinieren; pero, a su vez, la práctica de los juristas —ya sea ésta legislativa, jurisprudencial o doctrinal— impone perspectivas específicas, modifica criterios, crea normas que cumplen funciones ajenas a las requeridas por el diagrama, obliga a través de las decisiones judiciales que ciertas soluciones sean consideradas aunque se enfrenten con el diagrama.

Lo que sucede es que los diagramas, si bien constituyen una suerte de zócalo global que soporta teorías y normas bastante contradictorias (el diagrama es más un *sentimiento* de racionalidad antes que *especulación* rigurosamente racional), están sujetos también a cambios, aún antes de que hayan tenido tiempo de convertirse en teorías. Dentro de su área de control comienzan a ocurrir cosas que, vistas desde los principios del diagrama "establecido" (el "sentimiento de la institución"), son tildadas de heréticas o de anómalas. Llega un momento en que el diagrama no se ajusta más a la forma como se vienen resolviendo los casos: ha nacido un nuevo "sentimiento de justicia". Entonces se produce una crisis. Sin embargo, el carácter inconsciente del diagrama lo hace simultáneamente más maleable y más estable. Como no tiene que vencer las resistencias de la tradición doctrinal o científica ni está sometido a las exigencias racionales de una lógica estricta, es erosionado con mayor facilidad (siempre inconscientemente) por las nue-

vas ideas: el diagrama presenta un carácter plástico que le permite modificar sus alcances, sin que ello implique necesidad alguna de adherir formalmente a una nueva teoría. Pero, por este mismo motivo, los cambios de diagrama no son rupturas dramáticas sino progresivas evoluciones que dan la impresión de permanencia; al punto que no es posible decir cuando un diagrama deja de ser predominante y comienza otro: es más fácil percibir los cambios de diagrama en el largo plazo que en el corto plazo, salvo excepciones.

676. *La evolución del diagrama de la responsabilidad.* El diagrama de la responsabilidad romana (que no llegó nunca a ser una teoría explícita) estaba basado en la idea objetiva de responsabilidad, no en el sentido moderno de protección a la víctima o de riesgo creado sino de *iniuriae* (daño no autorizado o no justificado por el Derecho o daño causado sin derecho a causarlo); quien había causado un daño *in-iuria* (*sin iure* o derecho para hacerlo), independientemente de que tuviera culpa o no, debía repararlo.

Este diagrama (todavía no es una "teoría" de la responsabilidad) ubica dentro de su croquis a un cierto número de disposiciones muy concretas en tal sentido; estaban sujetos a la obligación de reparar, de acuerdo a la *lege Aquilia*: el que matara a un esclavo de otro o a un animal que vive en tropa (*occidere*) o que causara daños por incendio (*urere*) o por fractura (*frangere*) o por rotura o deterioro (*rumpere*). Pero poco a poco comienza a introducirse un elemento ajeno al diagrama: la idea de culpa. En ciertos casos específicos, se exonera al autor de reparar el daño, aun cuando no estaba autorizado a causarlo, sobre la base de que no había tenido culpa. Esta noción de *culpae* es todavía borrosa y sólo va a ser aplicada a soluciones muy particulares. Paulatinamente, la idea de culpa irá afinándose y entrometiéndose en mayor número de casos. En tiempos de Justiniano, aunque todavía no hay una *teoría* basada en la culpa, ya el diagrama de la *iniuriae* ha sido casi sustituido por otro que organiza los elementos de responsabilidad en torno a la idea de culpa. Será necesario esperar la influencia canonista y la perspectiva individualista del Renacimiento y de los S. XVII y XVIII para que el Derecho convierta el diagrama justinianeo en una teoría propiamente dicha de la responsabilidad subjetiva.

En realidad, la teoría subjetivista de la responsabilidad extracontractual no queda definitivamente constituida sino recién en el S: XIX. Es entonces que todos estos procesos, que venían desde muy atrás, cuajan en una teoría que pronto asume el rol de *vedette* dentro del Derecho.

Sin embargo, nuevos hechos aparecieron en este mismo período que perturbaron la teoría recientemente desarrollada y alteraron la consciencia de la institución de la responsabilidad: el aumento de las posibilidades de daños dentro del mundo moderno, el maquinismo, la industrialización, el desarrollo de la tecnología, el fenómeno de las masas, una mejor comprensión del funcionamiento del mercado, el descubrimiento por las ciencias y prácticas de la administración de mecanismos institucionales de difusión social de los daños (los seguros) una nueva percepción existencial del hombre, una nueva consciencia social y muchas otras cosas más, introdujeron la idea inquietante de que quizá no sólo los culpables debían pagar por los daños que causaran, sino también algunas otras categorías de causantes (y hasta de "no causantes" en sentido estricto). Es así como hay casos que parecen resolverse mejor bajo la idea de la obsoleta *iniuriae* antes que en virtud de la moderna culpa. Aparecen nuevos principios que compiten con la culpa, como el que reza: "entre dos inocentes, el que causó el daño debe pagar". El hecho de haber creado un riesgo pasa a ser también un elemento determinante de la responsabilidad, sin referencia a la culpa.

Hay situaciones en las que la convicción respecto de la persona que debe hacer frente a un daño se invierte. Por ejemplo, en los comienzos del desarrollo industrial, predominaba en la jurisprudencia de algunos países la tesis de que el servidor sólo puede reclamar a su empleador aquello a lo que éste se había comprometido contractualmente; y si el contrato no incluía reparación alguna por daños y perjuicios sufridos con motivo del trabajo, debía entenderse que el salario libremente pactado cubría tal riesgo y, por tanto, el servidor debía soportar sus daños. Sin embargo, poco a poco fue admitiéndose que el empleador fuera cargado con el peso económico del daño, aun cuando no hubiera sido así estipulado por los contratantes y aún si el empleador no tenía culpa en el daño sufrido por el servidor. Más tarde, el derecho del servidor a obtener una reparación fue repartido socialmente a través de los seguros de accidentes de trabajo.

677. *La evolución del diagrama en el Perú.* En el Perú, durante los últimos 50 años, el diagrama de la responsabilidad extracontractual ha evolucionado casi imperceptiblemente con cada resolución judicial; y no siempre en el mismo sentido.

El diagrama que inspiraba a los legisladores de 1936 estaba fuertemente basado en la idea de la culpa, pero con una cierta contaminación objetivista en lo que se refiere a algunos aspectos particulares, tales como la

responsabilidad del incapaz con discernimiento (art.1139), del padre, madre, tutor o curador por los daños causados respectivamente por los hijos menores y por las personas sujetas a su guarda (art. 1142, del empleador por los actos de su servidor (art. 1144), del dueño del animal (art. 1145) y del propietario del edificio (art.1146), según lo declara OLAECHEA [958].

En consecuencia, ese diagrama lleva a los legisladores de 1936 a diversas acciones no siempre consistentes entre sí: recoger textos del Código de 1852 que traducen normativamente el principio de la culpa, pero colocándolos lado a lado con normas de tendencia objetivista; importar normas de otras legislaciones para completar su esquema, aunque procedan de contextos diferentes; mantener su adhesión a la doctrina subjetivista, pero acoger elementos de las posiciones críticas con el objeto de modernizar sus planteamientos. Sin embargo, todo ello estaba de acuerdo a ese *lay-out* de la responsabilidad extracontractual —teóricamente heterogéneo, pero funcional para la mentalidad de los juristas peruanos en la década del 30— que se encontraba implícito en la mente de quienes redactaron el Código y que desbordaba la teoría de la culpa.

Ahora bien, la práctica jurisprudencial de los años siguientes a su vez modifica sustancialmente esta *lay-out* el admitir la responsabilidad objetiva con un papel mucho más importante que el previsto por el legislador de 1936 [959]. La palabra "hechos" contenida en el artículo 1136 (con un sentido originario totalmente diferente, según se ha explicado antes [960]) es interpretada como una puerta abierta para la responsabilidad objetiva.

No se desarrolla una teoría nueva de la responsabilidad extracontractual sino que simplemente se van acogiendo elementos conceptualmente heterogéneos, pero que funcionan para la solución de cada caso. Sin embargo, queda un sentimiento de culpa por la consciencia de estar transgrediendo el sentido tradicional de los términos. Esto lleva a que muchas de las decisiones judiciales de la época sean aparentemente muy poco consistentes. Muchas veces las opiniones de los Fiscales y de la Corte asumen las ambiguas características del murciélago que, según como se lo mire, puede ser tomado por un pájaro o por un pericote: no es posible decir si estamos fren-

---

958. Cf. *supra*, No. 35.

959. V. *supra*, No. 36.

960. V. *supra*, No. 45.

te a la aplicación de una responsabilidad subjetiva estirada o de una responsabilidad objetiva ruborosamente expuesta con el lenguaje de la culpa. Sin embargo, esta inconsistencia en el plano verbal, manifiesto, doctrinal, puede ser perfectamente explicada si entendemos que esos jueces tuvieron un diagrama de la responsabilidad civil diferente del que inspiró a los legisladores de 1936 y radicalmente distinto del que resulta de la aplicación estricta de la teoría de la culpa: sin proponerse trazar una nueva teoría de la responsabilidad perfectamente elaborada y quizá pensando algunos que seguían dentro de los límites de la teoría de la culpa, concebían en realidad la responsabilidad extracontractual con una carga de objetivismo posiblemente intolerable para los juristas auténticamente subjetivistas.

Pero, como este diagrama no permanece inmutable, cada cierto tiempo observamos resoluciones judiciales que se pronuncian aún más decididamente por la responsabilidad objetiva y otras que reaccionan en favor de la culpa.

678. *El "lay-out" actual.* Todo ello ha llevado a la modificación paulatina del diagrama basado en la culpa para llegar, a través de una serie de diagramas intermedios, hasta la consciencia actual de la responsabilidad que parece basarse en la idea de la gestión del daño: el daño hay que administrarlo en función de ciertos propósitos sociales, utilizando los nuevos instrumentos que se encuentran a mano.

Este diagrama diferente incide quizá más profundamente en el campo de la responsabilidad por accidentes donde, sin descuidar los fines erradicativos, coloca el acento principal en la víctima y pretende encontrar una solución a su problema, considerando que este tipo de daño no es el resultado de un hecho individual sino de circunstancias sociales. Parafraseando a FOUCAULT —quién ciertamente no se ocupó de la responsabilidad civil— podríamos decir que, de acuerdo al moderno diagrama, la responsabilidad no pretende vigilar y castigar, no intenta establecer listas de conductas punibles y aplicar sanciones económicas a los culpables, sino que es más bien una gestión de los daños que resultan del hecho de vivir en sociedad, con el propósito de controlar su producción y redistribuir sus efectos.

Este nuevo diagrama nos lleva hasta el tratamiento del azar: no siendo ya el objetivo castigar a un culpable sino remediar a una víctima, poco importa en última instancia si el daño fue causado por una negligencia ordinaria de otro ser humano o incluso por un infortunio del destino que ha obrado sin participación directa de un agente humano. En este sentido, ya hoy en

día los seguros voluntarios compensan los daños sufridos por los asegurados debido al azar o a la naturaleza. Algún día será posible que, sin recurrir necesariamente a una solución estatal del tipo de Nueva Zelandia, toda persona esté protegida económicamente frente a la inseguridad y a la desgracia, vengan éstas de donde vinieren.

Sin embargo, como el diagrama funciona de manera inconsciente, su unidad no es comprendida desde la perspectiva particular de cada una de las teorías en juego (que el diagrama utiliza en función de sus propias necesidades y sin preocuparse muchas veces de conservar la coherencia entre ellas). Los defensores de la teoría de la culpa o de la teoría de la responsabilidad objetiva sólo pueden ver lo que pasa dentro de su propio edificio teórico; y perciben las otras construcciones teóricas no sólo como diferentes sino hasta como antagónicas. Cada una rechaza las conclusiones de la otra teoría; y cuando se ve obligado a admitir un elemento de la teoría ajena, lo hace vergonzantemente, introduciéndolo por la ventana y, si es posible, maquillándolo para que parezca propio: los partidarios de la teoría subjetiva disfrazan de culpa a todas las causas que dan lugar a indemnización; y los partidarios de la responsabilidad objetiva desvisten el hecho de toda culpa para que parezca una pura causa. Sin embargo, si realizamos un corte horizontal del funcionamiento efectivo del Derecho, comprobaremos que las aplicaciones de todas estas teorías ocupan un lugar dentro de un croquis que las sobrepasa: a veces, el daño se administra más fácilmente con la teoría de la culpa, a veces con la teoría objetiva, a veces con la ayuda de otras teorías; pero todo ello responde objetivamente a un planteamiento, aunque éste no se encuentre explicitado ni reconocido desde el punto de vista teórico.

Es posible que, poco a poco, el diagrama de gestión del daño inspire un mayor número de normas legales, de decisiones jurisprudenciales, de estudios doctrinales y también de expectativas en las víctimas y de comportamientos adecuados de quienes pueden administrar mejor el peso económico de los daños. En esta misma medida exigirá una mayor explicitación racional de la coherencia de ese conjunto de fundamentos, mecanismos, decisiones, normas, opiniones, sentimientos y conductas: en otras palabras, deberá convertirse de diagrama subterráneo en teoría expuesta a la luz pública, deberá pasar de motivación inconsciente a la explicación consciente.

Este salto de lo arqueológico a lo manifiesto requerirá una gran dosis de rigor conceptual a fin de superar con ayuda de lo profundo esas contradicciones que se presentan a nivel de la superficie. Esta es quizá la gran ta-

rea de los juristas actuales en materia de responsabilidad civil. Nos guste o no, ya hay un nuevo diagrama funcionando que no se ajusta ni a la teoría de la culpa ni a la teoría del riesgo sino que toma de ambas —y de otras menos conspicuas— para hacer operar el sistema con una finalidad diferente: la administración social del daño.

679. *Los elementos del diagrama de gestión: el daño.* La especifidad tanto de un diagrama como de una institución o de una teoría jurídica, está determinada por la naturaleza común de los eventos que suceden dentro de su campo. Pero el surgimiento de tales eventos dentro de este país de responsabilidad civil no es un hecho puro sino que a su vez está determinado por ciertas condiciones de aparición que la propia responsabilidad civil establece: sólo los eventos que tengan las características necesarias para pasar el tamiz teórico (o diagramático) aparecen como pertenecientes a la responsabilidad civil.

Ahora bien, encontramos que la responsabilidad civil se establece sobre la base de un elemento central, que debe ser jurídicamente tratado (sin perjuicio de que el tratamiento sea diferente según los casos): la existencia de un daño. Siempre que hay un daño que debe ser reparado por alguien, estamos frente a un caso de responsabilidad civil. No importa por el momento si ese daño surge dentro de un contexto de relaciones contractuales o como consecuencia de un delito o de un acto prohibido por la ley o de un abuso de un derecho o por una negligencia del causante o simplemente por el azar, ni si el daño era estadísticamente inevitable o no. Lo que cuenta es que cualquiera que sea la forma como se produjo y cualquiera que sea la solución jurídica que se otorgue al problema de atribución y redistribución del peso económico, estamos en presencia de un daño que la sociedad considera que debe ser resarcido.

El sustrato conceptual de la responsabilidad civil —el territorio de la responsabilidad civil, para retomar la metáfora geográfica que antes propusimos— es el daño no autorizado. A esta escena pueden acudir los actores por razones diferentes y pueden representarse sobre ella libretos diversos: puede darse que un personaje ingrese a él porque ha incumplido una obligación contractual; puede ser también que otro personaje ingrese a escena a través de una calumnia o a través de haberse excedido en la velocidad reglamentaria al conducir su automóvil; puede ocurrir simplemente que el nuevo habitante se dirija a este territorio en uno de los tantos momentos de descuido o distracción que nos suceden todos los días o que llegue sin quererlo y sin

haber hecho nada para ello, simplemente porque su servidor cometió un daño. En cada uno de estos casos, la historia que vivirá ese sujeto dentro del país al que ha llegado será diferente; pero en todos estos casos, no hay duda de que esos sujetos habrán ingresado a un nuevo país y que quizá habrán adquirido —lo que será materia de verificación judicial— una nueva nacionalidad: la del responsable.

680. *Los elementos del diagrama de gestión: la obligación de reparar.* El primer elemento que confiere unidad a todas estas regiones conceptuales relativamente autónomas es, entonces, el daño. El segundo elemento, de acuerdo a lo ya dicho, es la obligación de reparar.

El territorio de la responsabilidad civil no está demarcado por la simple existencia de un daño. Lo fundamental para configurar la responsabilidad civil estriba en que a ese daño en particular, la sociedad le agrega como correlato una obligación de reparar.

No todo daño es reparable sino sólo aquel que constituya *iniuria datum*: la ley o el uso social confieren un derecho a la víctima (derecho a la vida, a la integridad de su cuerpo, a su honra, a su patrimonio, etc.) que el daño vulnera sin tener a su vez el causante un derecho para causar el daño. Podríamos estar tentados de decir que el daño administrado por la responsabilidad civil tiene que ser antijurídico, injusto, ilícito o injustificado, como lo hacen algunos Códigos [961] y algunos autores [962]. Empero, estos adjetivos se prestan muy fácilmente para deslizar la noción de culpa como implícita siempre en el daño reparable; y esto se opone a lo que hemos sostenido a lo largo de este libro.

Nótese, por ejemplo, en la utilización del término "antijuricidad" que realiza Jaime SANTOS BRIZ, como finalmente juega un rol muy cercano a la "culpabilidad" cuando se dice que no es antijurídico el obrar en el ejercicio legítimo de un derecho; y a su vez el término "derecho" no se encuentra referido aquí a un derecho de dañar sino a cualquier derecho. De ello se de-

---

961. El Código Civil italiano, en su artículo 2043 se refiere al "daño injusto"; el Código Civil portugués de 1966, en su artículo 483, habla de la violación "ilícita" del derecho de otro o de una disposición legal que protege intereses ajenos.

962. Cf. Adriano de CUPIS: *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Trad. de la 2a. ed. italiana. Bosch. Barcelona, 1975, Nos. 4-5, pp. 84-100; Jaime SANTOS BRIZ: *La Responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*. 4ta. ed. Editorial Montecorvo. Madrid, 1986, pp. 28-36.

duce que no obramos antijurídicamente cuando, al realizar cualquier actividad lícita, no incurrimos en culpa ni irregularidad. Sin embargo, puedo estar conduciendo mi automóvil de la manera más experta y diligente, lo que constituye obrar en el ejercicio legítimo de un derecho (no de dañar, sino de conducir); pero, si un peatón es atropellado, estoy objetivamente obligado a indemnizarlo (responsabilidad por riesgo) aunque no he incurrido en una situación de antijuricidad de acuerdo a la definición antes reseñada. Por consiguiente, si la idea de antijuricidad —así entendida, como un elemento subjetivo— fuera un ingrediente esencial del daño reparable, entonces la responsabilidad *objetiva* resultaría inadmisible: habríamos caido por el tobogán del subjetivo al acoger una noción (antijuricidad) en el fondo innecesaria porque no se distingue en la práctica de la culpa.

De todos estos adjetivos, quizá el más exacto es el del daño injustificado si entendemos por ello que una persona recibe un daño de un tipo que la sociedad *no justifica que sea asumido por la propia víctima* como parte de la vida social ordinaria: es posible que la sociedad no quiera tampoco erradicar de manera tajante la causa del daño, pero cuando menos considera que el daño una vez producido es un fenómeno suficientemente anormal como para que alguien deba repararlo.

Es verdad que hay situaciones en las que el daño se encuentra justificado por el Derecho [963]; y algunas de ellas involucran a pesar de ello la obligación de reparar. En realidad, la justificación social del daño tiene grados: en el extremo, encontramos el daño que ya ni siquiera es percibido como tal y que no forma parte de la responsabilidad civil (*e.g* los daños comerciales que causa un fabricante a otro dentro de una competencia leal); luego hay el daño legalmente autorizado que, aunque es percibido como daño, no da lugar a indemnización (*e.g* los daños a un agresor causados en legítima defensa); y finalmente hay el daño que, si bien es igualmente autorizado, exige una reparación (*e.g* los daños al predio ajeno para evitar un peligro en el predio propio, art. 959). En este último caso, aun cuando el autor del daño está autorizado a producirlo en su propio provecho, desde el punto de vista de la víctima no existe justificación para que se le cause; y es esta falta de justificación para la víctima lo que asimila de alguna manera este "daño justificado y autorizado" por el Derecho a la categoría de "daño injustificado" y da lugar a la obligación de reparar. Dicho de otra forma, mientras que el

963. Sobre este punto, puede verse el análisis de la ley peruana *supra*. Parte Segunda, Título III, Capítulo II.

daño causado a un agresor en legítima defensa se encuentra justificado tanto por el beneficio que reporta al causante (salvar su vida) como por la propia actitud de la presunta víctima (asumió el riesgo de ser dañado al adoptar la conducta agresiva), el daño causado a un predio ajeno para salvar la propia cosecha o incluso los daños causados a un tercero no agresor cuando uno se defiende legítimamente contra una agresión, sólo tiene justificación en el interés o beneficio de quien los causa pero no en la actitud de quien los sufre. Es por ello que, aunque se permiten debido a que el interés tutelado es grande, tienen que ser reparados por el causante.

En el cuadro anexo, hemos intentado sistematizar los diferentes tipos de daño civil desde la perspectiva de su reparación, su no reparación o, eventualmente, su reparación y sanción.

Para que tal esquema fuera completo, habría quizá que agregar la posibilidad de la ejecución forzosa respecto de los daños derivados del incumplimiento de una promesa. En efecto, en este caso, la ley permite demandar la ejecución de la obligación (responsabilidad contractual en el sentido más estricto y restringido de la expresión) o, alternativamente, la aplicación de la responsabilidad civil mediante la imposición de una reparación; salvo cuando se trata de obligaciones de carácter personalísimo, donde sólo queda ésta última vía abierta. Pero no hemos agregado la ejecución forzosa en el Cuadro, porque ella excluye el otorgamiento de una indemnización por la vía de la responsabilidad civil: en razón del cumplimiento (forzoso) de la obligación, ya no hay daño civil. Nótese que el contratante que tuvo que recurrir a la ejecución forzosa puede todavía exigir daños y perjuicios. Pero éstos no se refieren ya a aquella parte de la obligación que fue cumplida sino a aquella que no puede ser ejecutada forzosamente; por ejemplo, la entrega *oportuna* del bien vendido. mediante la ejecución forzosa, se puede obligar a cumplir con la obligación de entregar; pero no se puede dar marcha atrás en el tiempo: la mora queda y produce daños. Cuando hablamos de responsabilidad civil en materia contractual, nos estamos refiriendo entonces a aquellos daños que efectivamente se producen y tiene que ser reparados y no a aquellos daños que pueden ser obviados mediante la ejecución de la obligación con la ayuda de la coerción jurídica.

681. *Los elementos del diagrama de gestión: la fuente común de la obligación de reparar.* La atribución de la obligación de reparar presenta variaciones regionales. En algunos casos, esa obligación afectará al "culpable". En otros casos, la obligación de reparar recaerá sobre el "causante" objetivo o

sobre el que creó el riesgo o sobre el que se benefició con él. En otros, la obligación será impuesta a un tercero, por razones varias: el principal: el asegurador, etc.

Pero notemos que la obligación de reparar tiene siempre una fuente común [964]. No es que en unos casos, la obligación sea adjudicada a una determinada persona por un contrato y en otras por la ley. En *todos los casos*, ya se trate de un daño producido por el incumplimiento de una promesa previamente constituida o por un daño socialmente intolerable o por un accidente, la obligación de reparar es creada por la ley. Como ya hemos visto, ni aún el contrato crea la responsabilidad llamada contractual [965]. El contrato crea la obligación del cumplimiento de las prestaciones recíprocas; la ley atribuye al incumplimiento de la obligación contractual una segunda obligación (legal), que no fue contratada: la de pagar una indemnización por los daños que cause la ruptura de la voluntad contractual [966].

El reconocimiento de una fuente común de responsabilidad —la ley— no significa que adhiramos a las posiciones extremistas de LEFEBVRE y de GRANDMOULIN, disolviendo los diferentes tipos de obligaciones de indemnizar —contractual, daño socialmente intolerable y accidentes— en una sola homogénea e indiferenciada responsabilidad civil. Por el contrario, no sólo hemos reconocido la especificidad de la responsabilidad contractual y de la extracontractual en lo que precede [967] sino que incluso hemos desgajado de ellas un tercer tipo de responsabilidad: la derivada de accidentes [968]. Pero creemos también en una república conceptualmente federada de la responsabilidad civil, una de cuyas bases constitucionales (sin perjuicio de la diversidad de sus Estados miembros) es la fuente común de todas estas obligaciones: todas nacen de la ley, pero no todas son iguales entre sí.

682. *Carácter eminentemente jurídico de la obligación de reparar.* La noción de obligación de reparar que hemos establecido como uno de los elementos determinantes de la responsabilidad civil, no es una categoría meta-

964. *Supra*, Nos. 650-652.

965. *Supra*, No. 639.

966. *Supra*, No. 650.

967. Cf. *supra*, No. 654.

968. Cf. *supra*, Nos. 664 y ss.

física: es una obligación estrictamente jurídica, es decir, propia de las relaciones entre los hombres.

Esto significa que no constituye una categoría que pueda existir *per se* sino una conceptualización de la relación entre los hombres: su *habitat* es la *otredad*. En última instancia, la obligación de reparar no existe *en* el hombre ni *sobre* el hombre, sino *entre* hombres.

En este sentido, discrepamos de JOSSERAND cuando éste sostiene que existe responsabilidad civil aun cuando la víctima "culpable" no pueda dirigirse contra un tercero en busca de reparación sino que sólo pueda hacer recaer el peso del daño sobre ella misma, porque ella es la única responsable [969]. De esta manera, siguiendo a JOSSERAND, la responsabilidad sería una categoría metafísica, que surge en el vacío y que se aplica a un hombre o a otro al margen de que se encuentre en relación o no con otros hombres.

Sin embargo, el uso de la palabra "responsable" parece en este caso más vulgar que jurídico. Para nosotros, desde el punto de vista del Derecho, toda relación jurídica requiere una pluralidad de personas: el Derecho —a diferencia de la Moral— no tiene otro sentido que regular conductas sociales; y no hay sociedad de una sola persona. Esa persona que se causó a sí misma el daño no puede, en tanto que "víctima", ejercitar un derecho contra sí misma en tanto que "causante": incurriríamos en una esquizofrenia jurídica. Toda utilización dentro de este contexto solitario de palabras tales como "obligación", "derecho" y "acción", deviene en pura ficción.

La posibilidad de ser el causante de su propio daño no es absurda; por el contrario, sucede frecuentemente y por ello esta situación es usualmente tratada dentro de la responsabilidad civil (por ejemplo, en uno de los casos del artículo 1972 del Código Civil peruano). Pero es contemplada por el Derecho precisamente para rechazarla: dado que el daño se cometió por causa absoluta de la víctima, no hay responsabilidad civil. Estamos ante una asunción del riesgo, que no es un caso de responsabilidad sino de exclusión de la responsabilidad.

Cabe también tener en cuenta que un sistema de seguro obligatorio de accidentes puede cubrir no sólo los daños que se causen a terceros sino tam-

---

969. Cit. p. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile delictuelle et contractuelle*. T. I, 6ta. ed. Editions Montchrestein. París, 1965. No. 4, p. 2.

bién los del propio asegurado. Pero aquí tampoco se trata de una situación en la que la víctima es "responsable" de su propio daño. Por mandato de la ley o del contrato de seguro, el asegurador resulta responsable —es decir, obligado a pagar una suma destinada a la reparación del daño— frente a la víctima. Por consiguiente, responsable y víctima son siempre personas distintas que pueden exigirse jurídicamente el cumplimiento de ciertas prestaciones.

683. *El Derecho y la Moral.* En razón de esta estricta especificidad jurídica de la responsabilidad civil, pensamos que es muy importante también distinguirla claramente de la responsabilidad moral [969bis].

Dado que el Derecho y la Moral son dos campos de regulación diferentes (aunque eventualmente puedan tocarse en ciertas circunstancias), hay que evitar el error de atribuir a la obligación jurídica las características y exigencias que son propias de la obligación moral: el resultado sólo llevaría a una distorsión tanto de los preceptos jurídicos como de los morales.

Esta ascesis metodológica es particularmente necesaria en el campo de la responsabilidad civil debido a la posición que tradicionalmente ha ocupado dentro de él la idea de la culpa. Y ya hemos visto que la culpa se encuentra fuertemente teñida por ideas religioso-morales derivadas de la noción de pecado.

El Derecho no pretende encontrar culpas ni pecados a través de la investigación de responsabilidad civil sino organizar en la mejor forma la reparación de las víctimas: su finalidad es eminentemente social de ayuda a la víctima antes que moral de sanción a quien ha cometido una falta. Dentro de este orden de ideas, el Derecho de la responsabilidad civil únicamente pretende, más allá de la inocencia y de la culpa (más allá del bien y del mal, como diría NIETZSCHE), hacer frente de una manera solidaria a los riesgos de vivir en común. En consecuencia, el problema principal del Derecho está dentro del campo de lo que ARISTOTELES llamaba justicia distributiva: se trata de repartir con justicia las cargas sociales —una de ellas está constituida por los daños resultantes de los riesgos de vivir en común— entre los diferentes componentes de la sociedad; en otras palabras, establecer de mane-

---

969bis. Sobre las "indemnizaciones inmorales" —que constituyen un tema distinto del fundamento moral de la responsabilidad, a que se refiere el presente numeral— *vide supra*, Parte Segunda, Título VII, Capítulo III.

ra justa (siempre desde una perspectiva social) las personas entre quienes se deberá distribuir el peso de los daños.

Para los efectos de individualizar a quienes en cada caso deberán soportar una porción de estas cargas sociales, el Derecho utilizará diversos criterios, incluyendo el de la culpa: en unos casos, obligará a pagar al culpable (que es la hipótesis más cercana a la perspectiva moral); en otros casos, hará responsable a una persona aunque no tenga culpa porque sería un mal mayor —desde el punto de vista jurídico-social— que la víctima no reciba reparación o porque esa persona está en mejor aptitud de difundir el peso del daño (*e.g* accidentes aéreos o responsabilidad del patrono por los actos del servidor); en otras circunstancias, finalmente, no hará responsable a nadie en particular sino que intentará directamente disolver la obligación de reparar entre un conjunto de personas o incluso dentro de la sociedad toda (casos de seguro obligatorio de accidentes).

La doctrina tradicional identificaba de alguna manera la obligación jurídica de reparar con la obligación moral: a nadie se le podía exigir jurídicamente una reparación si no tenía la obligación moral de indemnizar. Sin embargo, esta tesis ha sido objeto de severa crítica. Boris STARCK, en un texto todavía de alguna manera moralista (porque inconscientemente pretende fundar "otra" moral, diferente a la de la culpa), señala: "esta 'regla moral' no nos parece tan evidente. Causar un daño a otro y abandonarlo a una suerte miserable, a él y a los suyos, porque uno no tiene culpa de que reprocharse es inhumano y, por consiguiente, en nuestra opinión, es inmoral en gran parte de los casos; particularmente si se hubieran podido contratar seguros en previsión de estos daños. Inversamente, no es moralmente satisfactorio dejar a cargo del autor de una falta involuntaria —negligencia o imprudencia— una indemnización que podría alcanzar millones de francos. También desde este punto de vista, la intervención de los seguros cambia las "perspectivas" morales del problema" [970].

Como es evidente, la distinción entre la responsabilidad jurídica y la responsabilidad moral se ha hecho patente con la aparición de la responsabilidad objetiva (sin culpa) y del seguro. Pero lo importante estriba en comprender que el Derecho y la Moral son dos perspectivas diferentes, con fundamentos y propósitos distintos, aún en los casos en que el uno pudiera ha-

970. Boris STARCK: *Droit Civil Obligations. I. Responsabilité delictuelle.* 2a. ed. Revisada por los Prof. Henri ROLAND y Laurent BOYER. Librairies Techniques. Librairie de la Cour de cassation. París, 1985. No. 8, p. 8.

cer uso de categorías de la otra. El Derecho no es simplemente una forma de darle carácter imperativo a la Moral, no es el brazo armado de la moralidad, sino una disciplina social que organiza sus instituciones sobre bases diferentes y muchas veces totalmente ajenas y hasta aparentemente contradictorias (caso de la responsabilidad objetiva) a las de la Moral.

Así, la responsabilidad no es una suerte de idea platónica, universal e inmutable, inherente a la naturaleza del hombre, como de alguna manera lo planteó la teoría de la culpa, sino un producto de las relaciones entre los hombres: más modestamente, es una construcción humana, destinada a ayudar a las víctimas de daños, independientemente de la responsabilidad "moral" de las partes involucradas.

Sección II: El sistema de principios de la responsabilidad civil

684. *Las regiones.* Parecería, entonces, que a pesar de las diversidades, es posible todavía mantener la tesis de la identidad nacional del país de la responsabilidad civil. Pero nos encontramos con un nuevo mapa que describe tres regiones —en vez de dos— que tienen una cierta autonomía y que están informadas por finalidades y principios distintos.

685. *Las regiones: la responsabilidad derivada de promesa.* La responsabilidad vinculada a la existencia de una promesa previa —responsabilidad contractual y responsabilidad derivada de la promesa unilateral— tiene como finalidad principal el resarcimiento de quien confió (vanamente) en la palabra dada; y, además, tiene una función de *deterrence* pues, a través de la intimidación indemnizatoria, contribuye a reforzar el cumplimiento de la prestación que ha sido materia del contrato.

686. *Las regiones: el daño socialmente intolerable.* La responsabilidad derivada de daño socialmente intolerable encierra finalidades y se rige por principios similares a la anterior.

Esta categoría comprende a los actos dolosos y a los inexcusablemente negligentes, así como a los cometidos en infracción de una norma legal, todo lo cual se asimila de alguna manera a la antigua noción de "acto ilícito"; pero además incluye daños que, aunque hayan sido cometidos sin que mediara ilicitud alguna, no pueden ser tolerados por la sociedad, como es el caso de los daños por contaminación, los accidentes nucleares, etc. A estos últimos, aunque la situación pudiera tener características accidentales,

la sociedad les deniega el *status* de accidente y no permite la difusión del daño, que es la regla de la responsabilidad por accidentes.

Aquí, como en toda la responsabilidad civil, se persigue fundamentalmente proporcionar una reparación al damnificado; pero hay además la intención de sancionar al autor o de incentivar a quien mejor puede evitar la producción de situaciones generadoras de daño, para erradicar ciertas conductas antisociales o para promover ciertas conductas que la sociedad requiere para su seguridad (el incumplimiento culpable en el caso del contrato, el acto de causar un daño injusto en el caso del acto ilícito o la adopción de precauciones excepcionales en los casos de actividades contaminantes, etc).

687. *Las regiones: el mundo del accidente.* La responsabilidad en los casos de accidentes —tomando este término en el sentido que lo hemos caracterizado anteriormente [971]— presenta algunas variaciones significativas con respecto a las otras dos categorías. La finalidad primordial es siempre la reparación de la víctima; pero en este caso la finalidad erradicativa queda muy atenuada por el hecho de que, por definición, los accidentes no son voluntariamente controlables o lo son en forma muy tenue.

Planteándolo en términos de CALABRESI, el objetivo fundamental es reducir los costos del accidente. Pero para ello es preciso distinguir entre los costos primarios del accidente, los costos secundarios y los costos terciarios. Los primeros se refieren al impacto del accidente mismo en la vida social y pueden ser reducidos más eficazmente mediante prohibiciones y obligaciones específicas que tiendan a disminuir el número de accidentes: límites de velocidad, derechos de paso, equipos de seguridad, etc. Los segundos son los costos para la víctima, como consecuencia de la producción del accidente. Si "inventamos" un único responsable, ya sea por el camino de la responsabilidad subjetiva o por el camino de la responsabilidad objetiva, simplemente trasladamos esos costos de la víctima a tal responsable; pero los costos permanecen y afectan con todo su peso a una persona individual (natural o jurídica). Sin embargo, si tenemos en cuenta que estos costos surgen como contrapartida de ciertas ventajas sociales que todos aprovechamos, entonces quizá es necesario repartirlos entre la sociedad toda que se beneficia con tales ventajas; de esta manera, el costo secundario reduce sus efectos negativos por la vía de la dilución. Finalmente, los costos terciarios son los

971. *Supra*, no. 670.

que aparecen con motivo de la administración de nuestro tratamiento de los costos primarios y secundarios; estos son tanto costos individuales (como los gastos de juicio para lograr la reparación de la víctima, el monto que tiene ésta que ceder o renunciar en las transacciones con el causante o con la compañía de seguros para obtener un pago más rápido, el tiempo empleado en la tramitación de la reparación, etc) como costos sociales (el costo de la administración policial de las medidas de prevención de accidentes, etc).

Evidentemente, el mejor sistema de responsabilidad civil en materia de accidentes será aquél que logre reducir los tres tipos de costos. Empero, ello no es fácil porque la acción sobre uno de esos tipos de costos origina incrementos en los otros tipos de costos: podríamos, por ejemplo, reducir casi totalmente los costos primarios y secundarios (el caso varias veces mencionado de la prohibición del uso de vehículos automotores); pero los costos terciarios se incrementarían con esta medida de tal manera (debido a la pérdida de las ventajas sociales del transporte masivo y rápido) que se convertirían en costos mayores que lo que vale para esa sociedad la reducción de los costos primarios y secundarios. Por todo ello, es necesario encontrar un compromiso satisfactorio entre las acciones que controlan esos tres tipos de costos [972].

Los criterios aplicados para diluir el aspecto económico del daño en los casos de accidentes, se basan fundamentalmente en el sistema de precios y en los seguros.

El primero de estos métodos coloca la responsabilidad —es decir, la obligación directa de pago a la víctima— en quien mejor puede trasladar el costo del daño al precio de un artículo y, por esa vía, obtener un reembolso de todos los consumidores o usuarios: de esta forma, aun cuando el que paga en primer lugar es una persona o empresa en particular, los que efectúan finalmente el desembolso son todos los que participan como compradores de ese mercado.

El segundo de esos métodos implica el establecimiento de seguros obligatorios para los riesgos más comunes de accidentes. Sin embargo, debe notarse que la responsabilidad objetiva también cumple —indirectamente y desventajosamente— esta función porque, cuando todo causante es

---

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

automáticamente responsable, lo prudente para quien ejerce una actividad susceptible de producir accidentes es asegurarse: por esa vía llegamos también a un sistema generalizado de seguro. Claro está que el seguro voluntario presenta inconvenientes en cuanto a su contratación y en cuanto al control de la finalidad social subyacente en esta teoría; además, como no toda persona tiene obligación de asegurarse, no alcanza el grado de eficiencia que tiene el seguro obligatorio en materia de seguridad de las víctimas para obtener la indemnización que les corresponde ya que siempre existirán los "imprudentes" que no se aseguran.

688. *El principio de construcción del sistema.* Un sistema no es tal si no integra todos sus elementos dentro de un diseño global. En ese sentido, la construcción de un sistema de principios de la responsabilidad civil requiere la existencia de un principio general que asegure la unidad del conjunto. ¿Existe tal "principio de principios" en el caso de la nueva responsabilidad civil propuesta, cuando comprobamos que cada aspecto de ella presenta diferentes principios de determinación de la responsabilidad?

La doctrina tradicional ha fundado la responsabilidad civil en una obligación genérica de respeto de los derechos individuales. Cada individuo debe respetar los derechos de los demás; luego, aquél que no los respeta y de esa manera causa un daño debe ser sancionado mediante la obligación de reparar el daño que ha cometido. De esta manera, ese principio de sanción actúa a manera de "principio de principios": justifica la responsabilidad contractual, porque el incumplimiento de la obligación libremente pactada debe ser sancionado; asimismo, justifica la responsabilidad extracontractual porque tampoco puede quedar impune el atentado contra los derechos subjetivos absolutos, tales como el derecho a la vida y a la integridad corporal, el derecho de propiedad (que no es absoluto en razón de su uso sino en razón de que existe una obligación general —no particularizada en otra parte contratante— de respetarlo), etc.

Esto significa que la responsabilidad civil funciona esencialmente en el plano negativo, para castigar a quien ha perturbado el orden social y de esa manera ha causado un perjuicio a otro. Es por ello que sólo puede imponerse contra quien de alguna manera es "culpable" de lo sucedido. Así concebida, la responsabilidad civil tiene casi una labor de policía que exige el reembolso de lo que se ha hecho perder ilícitamente a un tercero. Esa fundamentación no permite convertirla en instrumento de cooperación social.

Tal naturaleza sancionatoria de la responsabilidad se expresa bien en

la teoría de la culpa. En cambio, encuentra serias dificultades con la teoría objetiva porque, si la responsabilidad se limita a hacer que quien afectó el orden de las cosas se encuentre obligado a reponerlo, no se comprende la razón por la que se puede obligar a pagar una suma de dinero a quien no tiene culpa en la perturbación. Y la situación es aún menos comprensible cuando hablamos de repartición social del riesgo: ¿por qué se va a repartir el daño cometido entre un gran número de personas que no tienen nada que ver? Esto equivale a atentar a su vez contra los derechos subjetivos de todas esas personas convertidas arbitrariamente en responsables.

689. *Teoría de la garantía.* Boris STARCK [973] propone una teoría llamada de la garantía que constituye una verdadera revolución de la perspectiva, dentro de una línea similar a la que hemos defendido desde hace muchos años. Dice: "Hasta hoy, para responder a la pregunta ¿por qué debe repararse los daños causados a otro? las respuestas han sido publicadas *sólo del lado del autor de los daños*: 'porque ha cometido una falta', dicen unos; 'porque quien se *beneficia* con una actividad debe asumir los riesgos inherentes a ella', declaran los otros. Tienen razón quienes observan que la teoría del riesgo, como la de la culpa, son ambas subjetivas; en el sentido de que buscan las razones para condenar al autor del daño. Esta manera de razonar es incompleta porque omite *el punto de vista de la víctima*" [974].

Situado en la perspectiva de la víctima, STARCK encuentra que lo que le ha sucedido es una afectación de sus derechos. "Cada uno tiene dere-

---

973. Lamentablemente, las ideas de STARCK no fueron conocidas por quien estas páginas escribe sino hasta sólo unas semanas. El libro de este jurista francés, una de las mentes más imaginativas y creadoras en el campo de la responsabilidad, llegó a mis manos cuando me encontraba revisando las pruebas de imprenta de este trabajo. Por ese motivo, no me ha sido posible utilizar más abundantemente las ideas de Boris STARCK que son una fuente riquísima de reflexión en esta materia; apenas si he podido agregar algunas referencias de último momento que me han parecido indispensables.
Al leer el libro de STARCK me encontré con la grata sorpresa de que existía gran afinidad entre la posición que fuera planteada allá por los años cuarenta en Francia por este jurista prematuramente desaparecido y la sostenida por quien escribe estas líneas desde hace algunos años en el Perú y que ha sido tratada de insólita y de "revolucionaria" por algunos. No significa esto que adhiera enteramente a la tesis de STARCK: en el texto se puede apreciar que discrepo de algunas; y otras deben ser situadas dentro de un contexto más amplio para desarrollar toda su potencialidad. Sin embargo, creo que ese autor constituye un hito fundamental en la historia de la responsabilidad civil; y es posible que el propio STARCK hubiese hecho las correcciones y ampliaciones necesarias si su muerte no hubiera frustrado el desenvolvimiento pleno de su rica imaginación jurídica.

974. Boris STARCK: *Droit Civil. Obligations. I. Responsabilité délictuelle.* 2a. ed. Revisada por Henri ROLAND y Laurent BOYER. Librairies Techniques. París, 1985. Nos. 57-58, pp. 34-5. El énfasis es del autor citado.

cho a su vida y a su integridad corporal, así como a las de sus 'personas cercanas'; cada uno tiene derecho a la integridad material de los bienes que le pertenecen y, más generalmente, a su seguridad material y moral. Estos derechos, es verdad, no se encuentran definidos y consagrados expresamente por una ley en particular, pero no se sabría desconocer su existencia sin negar los imperativos elementales de la vida social. Si estos derechos existen —formulemos, por el momento, la hipótesis— ¿no deben ser protegidos, es decir, *garantizados* por el Derecho?...Ahora bien, el ataque a un derecho protegido (esto es, por otra parte, un pleonasmo, ya que un derecho tiene que estar *necesariamente* protegido porque sin ello no sería derecho), es una razón suficiente para pronunciar una sanción. *Esta sanción no es otra que la obligación de reparar*, es decir la *responsabilidad* de aquél que ha causado el daño y que, por este hecho, ha afectado los derechos de otro" [975].

A partir de esas ideas, STARCK plantea una teoría de la responsabilidad basada todavía en la culpa, pero complementada por el seguro.

En principio, niega toda validez a la responsabilidad objetiva o por riesgo, así como a todas aquellas teorías que pretenden crear una "falta sin culpabilidad", a las que acusa de jugar con las palabras, apoyándose en una terminología inexacta y generadora de confusiones [976]. Pero, por otra parte, habiendo adoptado en principio la perspectiva de la víctima, reconoce la importancia enorme de los seguros y pronostica su desarrollo futuro: "entre la aseguración y la responsabilidad, se ha entablado una verdadera carrera: el desarrollo de los seguros *sigue* al de la responsabilidad y a veces incluso lo *precede*. Si en numerosos casos la proclamación de la responsabilidad en un determinado campo ha provocado la implementación de los seguros correspondientes, el fenómeno contrario también se produce: la existencia de una posibilidad de seguro incita a los tribunales a adelantar la admisión de la responsabilidad sin culpa, a extender el campo de la garantía" [977].

Dado que STARCK no acepta la responsabilidad sin culpa (e incluso sin culpa de una cierta gravedad) pero que, al mismo tiempo, quiere proteger a la víctima, piensa que los seguros pueden cubrir ese campo de daños sin culpable: "El futuro sin duda es el de la reparación de ese tipo de daños

---

975. Boris STARCK: *Op. cit.*, Nos. 58-59, p. 35. El énfasis es del propio STARCK.

976. Boris STARCK: *Op. cit.* No. 75, p. 41.

977. Boris STARCK: *Op. cit.* No. 81, pp. 42-43.

a cargo de seguros generalizados y obligatorios, que desembocarán probablemente en algún sistema de seguridad social generalizado" [978]. Algún tiempo después de estas palabras visionarias, en 1958, Francia implantaba el seguro obligatorio para accidentes de automóviles.

La teoría de STARCK es probablemente una de las formas más inteligentes de plantear la ideología tradicional de la responsabilidad civil; tan inteligente que casi se sale de los marcos tradicionales.

Sin embargo, desde nuestra posición, la consideramos insuficiente. STARCK realiza esa inversión copernicana que coloca a la víctima al centro del sistema y no ya al autor del daño. Sin este cambio radical de perspectiva, no es posible entender la responsabilidad moderna. Este es quizá su mayor mérito: abrió las puertas para que se pudiera pensar de otra manera. Lamentablemente, su sólida formación tradicional no le permitió atravesar el umbral. Cuando prácticamente había dado un paso muy decidido dentro de una nueva responsabilidad civil, su razonamiento da marcha atrás y regresa sobre la idea de la obligación de reparar como sanción. No advirtió que la garantía del derecho individual lo deslizaba hacia la sanción del infractor y esto lo colocaba nuevamente en el punto de vista del autor del daño. Es por ello que sus reflexiones sobre los seguros, siendo muy certeras, parecen disgresiones que no tiene conexión con la línea principal de su pensamiento, meros agregados que no encuentran todavía su lugar dentro de la teoría.

690. *El principio de principios: la solidaridad social.* Las cosas se presentan de una manera radicalmente diferente si concebimos la responsabilidad civil como fundada no en el respeto de los derechos subjetivos sino en la solidaridad social: esta variación de principios convierte la responsabilidad civil de mero servicio de policía en una forma de ayuda común.

El principio de solidaridad no es otra cosa que la expresión operativa de la toma de consciencia del lazo social, de la percepción de que vivimos en un estado de dependencia recíproca en el que nuestros beneficios se basan en perjuicios de otros y en el que nuestras potencialidades sólo pueden ser plenamente actualizadas con la ayuda de otros. De ahí que exista un deber de asistencia mutua que se funda tanto en la naturaleza social de los perjuicios como en la necesidad de la colaboración recíproca para la puesta en

978. Boris STARCK: *Op. cit.* No. 86, p. 44.

valor de nuestra propia humanidad: la solidaridad supone un doble aspecto de comunidad y de complementaridad.

No nos corresponde intentar en este libro la justificación moral del deber de solidaridad: el paso de la dependencia recíproca como hecho a la solidaridad como deber implica el acceso a una nueva dimensión de carácter moral. Baste señalar que la solidaridad social es un concepto que, aunque admite numerosas interpretaciones, se encuentra actualmente compartido en términos generales por la mayor parte de sectores de opinión. Para algunos, esta solidaridad tiene un sentido más preciso y es el instrumento que permite ampliar los estrechos marcos del individualismo liberal sin incurrir en la disolución colectiva de la identidad personal.

Desde una cierta perspectiva podríamos decir que ese principio de solidaridad se encuentra consagrado por la Constitución vigente cuando en su artículo 79 establece que el Perú es una república social; o también cuando el artículo 110 dispone que el régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social; o cuando en su artículo 115 define el sistema económico del país como una economía social de mercado; o cuando el artículo 124 prescribe que la propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social; etc. El Código Civil se encuentra igualmente impregnado con la idea de solidaridad en cada una de sus instituciones; pero esta idea aflora de manera más destacada en instituciones tales como la obligación de pagar alimentos a los familiares en ciertos casos, el abuso del derecho, la obligación de permitir que el vecino pueda llevar a cabo servicios provisionales urgentes para efectuar reparaciones en su propiedad a través de nuestro terreno, etc.

Sin embargo, esta indiscutible presencia legislativa del principio de solidaridad en nuestro ordenamiento jurídico vigente no es una condición *sine qua non* para que pueda ser utilizado por los jueces para que pueda resolver los problemas interpretativos. Aun cuando su presencia en los textos legales fuera discutible o incluso inexistente, los jueces podrían aplicar el principio de solidaridad como criterio interpretativo en la medida de que no se viole el tenor literal de la norma. No se puede argumentar que un determinado principio de interpretación no es válido porque no existe una manifestación explícita en tal sentido dentro del sistema legal. Los principios no son leyes sino espíritus transeúntes que ingresan y se alojan en los pasadizos secretos que existen dentro de los muros del orden legal. Esta ocupación de la letra de la ley puede darse en el mismo momento de la creación legis-

lativa; pero también puede suceder que el espíritu llegue y se hospede cuando ya la construcción legislativa estaba terminada y en operación. En consecuencia, las leyes no son la expresión unívoca de principios sino simples contendores o envases cuyas características permiten que ciertos principios —incluso ignorados por el legislador— se alojen en su interior, mientras que otros no. Por consiguiente, para rechazar la validez de un determinado principio en la aplicación de la ley no hay que demostrar que ese principio no *está contenido* en ninguna ley sino que *no puede ser* contenido por la ley que se pretende aplicar: la prueba de quien se opone a la aplicación de un determinado principio tiene que estar orientada a acreditar que existe un principio contrario sagrado expresamente o que, cuando menos, el texto legal no admite que se le interprete a la luz del principio propuesto. Si la ley tiene —como creemos— una "textura abierta" y puede entonces ser aplicada de acuerdo a principios distintos, es sólo la propia ley quien podría prohibir la utilización de un determinado principio: si éste no se opone al texto legal, a las palabras de la ley, nadie puede ser prohibido de aplicarlo como nadie puede ser impedido de hacer lo que la ley no prohibe.

Es importante destacar que el principio de solidaridad no es la afirmación simplista del interés público o la prevalencia del interés del estado sobre los intereses de los particulares, como podrían entenderlo los totalitarismos de derecha y de izquierda. La solidaridad, dentro del planteamiento que hacemos, tiene un sentido fundamentalmente privado, pero social: es la obligación de cooperación y ayuda mutua entre los hombres. Dentro de este orden de ideas, la solidaridad no es la exaltación de un valor abstracto, pero tampoco es un mero límite del derecho subjetivo; es más bien un aliento vital que inspira el uso del ordenamiento jurídico y lleva a impedir cosas como también a hacer cosas. Así, no tiene una mera formulación negativa de límite o prohibición (y reparación si ésta es infringida) sino que también puede ser formulada positivamente: no es sólo una obligación de no hacer (que también lo es) sino además es una obligación de hacer.

Podríamos decir de esta forma que el principio de solidaridad, *formulado negativamente*, está constituido por el clásico *neminem laedere*: el primer deber de la solidaridad consiste en no hacer daño al prójimo, no herirlo en su derecho, en abstenernos de realizar ciertas conductas que son dañinas. Este es el aspecto que preocupó fundamentalmente a STARCK, según hemos visto, al formular su teoría de la garantía. Para nosotros es importante, pero constituye sólo un aspecto de la solidaridad: en efecto, la responsabilidad civil tutela los derechos subjetivos absolutos (oponibles a todos los

hombres) mediante la responsabilidad extracontractual y los derechos subjetivos relativos (oponibles sólo a ciertas personas) del individuo mediante la responsabilidad contractual. Cualquier violación dolosa o gravemente negligente de estos derechos, que genere daño, da origen a la obligación de reparar por el culpable. Pero el mismo principio de solidaridad, *formulado positivamente*, nos obliga a realizar ciertas conductas que son benévolas, a no limitarnos a permanecer encerrados dentro de los muros de nuestro castillo de derechos subjetivos sin atacar el castillo vecino sino a salir de nuestros muros y acudir en ayuda del otro. Por consiguiente, dado un daño, aunque no haya habido "responsabilidad" (en el sentido de culpa) de nadie, la sociedad debe acudir en ayuda del damnificado, sea a través de un instituto público, sea a través de una persona privada que puede diluir socialmente el peso económico del daño [979]. Y estas conductas también son impuestas por la responsabilidad civil, sino que constituyan sanciones ni exista un culpable.

Es esta significación positiva que tiene el principio de solidaridad —y de la cual carece la teoría de la simple tutela o garantía del derecho individual— que lleva a reconocer jurídicamente la existencia del azar no como un mero factor eximente de responsabilidad sino como un elemento muchas veces perturbador que debe ser contrarrestado por medios sociales. La obligación de acudir en ayuda del otro nos impone la necesidad de humanizar las consecuencias dañinas del azar con la intervención del Derecho, haciendo que el conjunto de la sociedad —por vía no estatal sino interindividual— acuda en ayuda de quienes sufrieron el impuesto arbitrario de la fatalidad. Es también el principio de solidaridad el que invita a reconocer que muchos daños tienen un origen social por que es la sociedad entera la que se beneficia con el riesgo creado y, por tanto, sus consecuencias dañinas deben ser repartidas también entre toda la sociedad.

Como puede apreciarse, el principio de solidaridad explica la superación de la idea de culpa como único criterio para obligar a la reparación del daño y nos abre las puertas para responsabilizar a otras personas no culpables —la empresa, el asegurador, etc— en la medida en que son canales de repartición social del peso económico del daño. En este sentido, las responsabilidades ajenas a la culpa (riesgo, distribución social de los daños, etc.) devienen inteligible. Es así como lo entendió tempranamente ese jurista de mirada avizora hacia el futuro que fue Manuel Augusto OLAECHEA quien,

---

979. Stefano RODOTA: *Il Problema della Responsabilitá Civile*. Dott. A. Giuffré, Editore. Milano, 1964, pp. 116 y 176.

en una intervención ante la Comisión Reformadora que preparó el Proyecto de Código de 1936 (de la que da cuenta el Presidente de esa Comisión, don Juan José CALLE), dijo: "El fecundo sentimiento de la *solidaridad social*, que aflora en todos los pueblos cultos, aconseja admitir, como fuente de responsabilidad civil, al lado de la noción pura de la falta, *el principio objetivo derivado de la repartición de los riesgos*" [980]. No deja de ser interesante comprobar que ya en 1928, un jurista peruano esbozaba el nuevo principio de responsabilidad basado en la repartición social del riesgo y lo fundaba en la misma idea de solidaridad social que ahora nos sirve para reconstruir la responsabilidad civil.

691. *Los principios intermedios.* Fundamentar la responsabilidad en ideas de justicia, de equidad, de garantía de los derechos subjetivos individuales, de solidaridad, etc., parece todavía muy general y abstracto. Los juristas realizan su actividad en el mundo concreto de los hechos; por ello, se requiere que esos grandes principios sean desarrollados hasta constituir un sistema integrado de principios intermedios que, como peldaños de una escalera construida por la teoría, permitan descender desde las formulaciones más abstractas (pero fundamentales, en el sentido más literal del término) hasta los criterios operativos que manejan las situaciones prácticas.

La doctrina tradicional de la responsabilidad civil confundió el principio de la culpa con la idea misma de justicia. Por ello, le otorgó a la responsabilidad por culpa un rango teórico que no le correspondía, al convertirla en principio de principios. Ello explica que —aún después de la aceptación de la responsabilidad objetiva— la culpa era considerada como el criterio central, el principio de clausura (es decir, aquél que se aplica a todos los casos no previstos) del sistema total de la responsabilidad civil, mientras que la responsabilidad objetiva era una excepción impuesta por las nuevas circunstancias; y el problema consistía en fundamentar adecuadamente el carácter excepcional de las excepciones.

Más tarde, algunos juristas quisieron reducir la aplicación de la responsabilidad a un principio objetivo, ya sea bajo su formulación genérica de responsabilidad absoluta (todo causante paga por sus efectos dañinos), ya sea bajo sus formulaciones limitadas de la responsabilidad por riesgo (ahí donde está quien pone el riesgo debemos encontrar a quien paga por los da-

980. Juan José CALLE: *Código Civil del Perú*. Lima, 1928. Nota al artículo 2191, p. 702. El énfasis es nuestro.

ños que se deriven de tal riesgo) o de la responsabilidad por beneficio (*ubi commoda, ibi incommoda*). Pero la causalidad objetiva genera problemas casi tan graves como la culpabilidad y, sobre todo, no resuelve satisfactoriamente los aspectos éticos del problema debido a una deficiente comprensión del daño por accidente, en el que la teoría objetiva no percibió su naturaleza social.

En realidad, estas tesis tienen el grave el defecto de ser "reduccionistas": todo hay que resolverlo en términos de culpa o de responsabilidad objetiva. Como señala STARCK: "se ha hecho mal al encerrar el problema del fundamento de la responsabilidad en el dilema: 'Culpa' o 'Riesgo'. Ese es el tipo de falso dilema que proviene del hecho de que el problema ha sido mal planteado" [981]. Pero cuando se ha intentado combinar ambos principios, el resultado ha sido tan monstruoso como un hombre con dos cabezas. En realidad, estos intentos han adolecido de la falta de un principio más general, en cuyo marco se inserten tanto la responsabilidad subjetiva y la objetiva, como también otros principios operativos en este campo (*e.g* difusión del riesgo); principio general que debe organizar el campo, asignando a cada uno de los principios intermedios su lugar específico.

Si partimos del principio de solidaridad, es éste el que asume el papel de principio de principios, con una función totalizadora del sistema. La responsabilidad subjetiva, la responsabilidad objetiva, la repartición social del daño y cualquier otro principio que pueda ser imaginado como mecanismo de asignación del peso económico de ciertos daños particulares a determinadas personas, no son sino expresiones de ese principio común; juegan el papel de principios de clausura para los respectivos sub-sistemas en los que operan. La implantación del principio de solidaridad como eje central de la responsabilidad civil conduce a que los casos de responsabilidades ajenas a la falta o culpa dejen de ser *excepciones o anomalías* para convertirse en principios alternativos de acuerdo a las particularidades regionales de la responsabilidad civil.

Desde esa perspectiva, la responsabilidad contractual se encuentra todavía regida por el principio de la culpa, aunque con carga invertida de la prueba: el demandante debe acreditar simplemente que se produjo un daño porque el deudor se comportó de manera distinta a la documentada; pero

---

981. Boris STARCK: *Op. cit.* No. 57, p. 34.

este demandado-deudor puede exonerarse probando que no tuvo culpa en su incumplimiento.

En el caso del daño socialmente intolerable, el principio de responsabilidad puede ser objetivo o absolutamente objetivo, según las circunstancias.

Si se trata de una responsabilidad por dolo o por culpa inexcusable, no cabe duda de que es la noción de culpa (en el sentido amplio, que incluye al dolo) que tiene la función rectora; y, como en el caso de la responsabilidad contractual, la carga de la prueba ha sido invertida en el Código de 1984: la víctima se limita a probar la existencia del daño y su vinculación causal con el demandado, quien puede intentar exonerarse probando su ausencia de culpa. Ahora bien, en algunos casos, el demandado puede no exonerarse demostrando su ausencia de culpa, ya que tal probanza sólo hace pasar el daño intolerable a accidente: aquél que es demandado por daños y perjuicios en razón de un atropello causado con dolo o culpa inexcusable puede acreditar que no tuvo intención de atropellar ni tampoco hubo una imprudencia o negligencia más alla de la ordinaria. En esa hipótesis, existe siempre necesidad de reparar porque la víctima accidental tiene que ser indemnizada; pero el caso se traslada a la responsabilidad por accidentes, con sus propios regímenes de indemnización (responsabilidad objetiva, seguros obligatorios, agente difusor a través del mercado, etc.) Hay otras situaciones, en cambio, en las que la ausencia de culpa libera definitivamente de responsabilidad porque, si no se trata de un daño socialmente intolerable, el daño como tal no es reparable: si se acredita que el medio de comunicación que difundió una noticia denigrante sobre una determinada persona lo hizo en cumplimiento de sus funciones periodísticas y porque ello era necesario por tratarse de una información requerida por el público, no hay difamación; y en este caso no nos deslizamos a la categoría del accidente porque si no hay difamación, el daño causado (siempre hay un daño causado) resulta autorizado por la ley y no es susceptible de ser reparado por nadie.

Ahora bien, en los casos de daños socialmente intolerables por contaminación, es el principio objetivo que entra en juego: el agente contaminante paga aunque no haya tenido culpa. Aquí no es posible pasar de la responsabilidad por daño intolerable a la responsabilidad por accidente para los efectos intolerable a la responsabilidad por accidente para los efectos de acogerse al principio de la difusión del riesgo porque, atendiendo a los intereses sociales involucrados, los daños por contaminación no son accidentes aunque se produzcan en condiciones que los harían asimilables a tal catego-

ría en otras circunstancias. Aún más; en ciertos casos de actividades con posibilidades de contaminación particularmente graves, la responsabilidad objetiva se torna en estricta. Esto significa que el causante no puede exonerarse normalmente ni siquiera por caso fortuito, como sucede en la responsabilidad objetiva por riesgo ordinario. Esta responsabilidad derivada de bienes o de actividades ultrarriesgosos admite todavía dos variantes: absolutamente estricta y relativamente estricta. En el primer caso, todo riesgo, cualquiera que sea, es considerado "típico" de la actividad y, por consiguiente, pierde su carácter extraordinario: no existe el caso fortuito. En el segundo caso, las posibilidades de factores extraordinarios o "atípicos" que configuren un caso fortuito están taxativamente determinadas. Un ejemplo de esta última variante lo constituye la ley sobre resarcimiento de daños derivados del ejercicio de la actividad nuclear que fue promulgada en Italia el 31 de diciembre de 1962, n. 1860. Según ella, la regla general es que el titular de una instalación nuclear es responsable de todos los daños que cause su actividad a las personas o las cosas (art.15). Se trata, pues, de una responsabilidad estricta, que opera indefectiblemente si el daño ha sido causado por un incidente nuclear ocurrido en las instalaciones nucleares del demandado. Sin embargo, se admiten cuatro —y sólo cuatro— tipos de caso fortuito con capacidad exoneratoria: (1) el conflicto armado derivado de invasión; (2) la guerra civil; (3) la insurrección; y (4) el cataclismo natural de carácter excepcional [982]. Notemos como, aún en el caso de la catástrofe natural, se limita su eficacia exoneratoria a la que realmente fuera de toda medida. La idea que prima en esta configuración de la responsabilidad es que el caso fortuito como tal no exime de responsabilidad, sino sólo algunos casos fortuitos admitidos por la propia ley [983].

Hemos dicho que tratándose de daño contractual y de daño intolerable es justo que paguen quienes tuvieron culpa en su producción (o cuando menos, en los casos de daños por actividades contaminantes, quienes pueden invertir en impedir el daño) porque no se trata de riesgos ordinarios de la vida social sino de riesgos adicionales, agregados por la conducta controlable de uno o varios individuos en particular. En cambio, tratándose de accidentes, podríamos decir (parafraseando la teoría de la repartición de cargas entre los ciudadanos, que ha desarrollado el Consejo de Estado francés) que

---

982. Una parte importante del texto de la ley se encuentra transcrita en el libro de G. ALPA y M. BESSONE: *La Responsabilitá Civile*. Dott. A. Giuffré Editore, 1976, pp. 459-463.

983. Sobre responsabilidad por bienes y actividades ultrariesgosos, *vide supra*, No. 177.

ningún hombre debe sufrir más que otros la cargas de la vida en común ni pagar un precio mayor por el hecho de vivir en sociedad.

Por consiguiente, tratándose de accidentes, el principio de imputación de la responsabilidad que proponemos no es más el de la culpa, sino que deben aplicarse criterios y crearse mecanismos capaces de distribuir o diluir el aspecto económico del daño entre la sociedad toda o entre un grupo grande de usuarios.

Es interesante notar que algunos grandes juristas de formación clásica han advertido sin embargo que los accidentes constituyen un campo que debe estar gobernado por el principio de la difusión del riesgo. Este es el caso de los hermanos MAZEAUD, cuya adhesión al principio de la culpa es conocida. Como se recordará, los MAZEAUD habían incorporado dentro del contrato a los accidentes ocurridos en el seno de la relación contractual, aduciendo la existencia de una implícita obligación de seguridad o garantía [983 bis]. No obstante, cuando se refieren al uso de esta obligación de seguridad o garantía dentro del contexto de los daños causados por productos defectuosos (que encaran todavía desde la perspectiva tradicional del contrato). señalan: "En fin, la garantía puede servir a una política de 'dilución' del riesgo. Porque los recursos de cada garante contra su propio vendedor remontarán sin duda hasta el vendedor profesional o fabricante, para quienes la garantía entrará en sus gastos generales, mientras que la ausencia de garantía habría golpeado duramente el adquirente en cuyas manos se revela el vicio". Como puede apreciarse, el remedio contractual propuesto es ineficiente (una escalera de juicios de comprador a vendedor anterior), pero la noción de que hay otro principio en juego distinto de la culpa —¡aun en el caso de lo que ellos consideran responsabilidad contractual!— es clarísima [983ter].

La responsabilidad objetiva puede ayudar en la realización de esta política de difusión del riesgo, aunque no es el único medio posible (ni quizá tampoco el mejor). Dado que hemos afirmado que la víctima de accidente debe ser siempre indemnizada y que tal indemnización debe ser soportada por el mayor número de personas que viven en sociedad, se requiere encontrar al mejor agente difusor del daño y hacerlo responsable en primera ins-

---

983bis. *Supra*, No 661.

983ter. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contactuelle*. 6ta. ed. T. I. Editions Montchretien. París. 1965. No. 103-8, p. 126.

tancia frente a la víctima. Ahora bien, en la mayor parte de los casos podemos presumir que el mejor difusor es el causante: más fácil es pedirle que se asegure a quien realiza una actividad que puede causar daños que a quien eventualmente puede ser pasible del daño causado por la actividad de un tercero (la excepción evidentemente, la constituye un seguro general como el implantado en Nueva Zelandia, pero que creemos que no constituye una solución para países con civismo menos desarrollado). Esta presunción — que conlleva la aplicación de responsabilidad objetiva— puede ser destruida ya sea por el legislador (quien quizá encuentre una persona que puede distribuir mejor el daño en una situación específica, *e.g.* el empleador), ya sea por el juez dentro del marco que le permita la ley.

Es interesante advertir que, determinada la aplicación de la responsabilidad objetiva por la naturaleza accidental del daño antes que por la noción de "riesgo creado", desaparece el problema relativo a cuánto riesgo se requiere para ingresar a la responsabilidad objetiva. Decíamos que para distinguir entre los casos sometidos el artículo 1969 (responsabilidad por culpa) y los casos sometidos al artículo 1970 (responsabilidad objetiva fundada en el riesgo), teníamos que hablar de un riesgo mayor que el habitual, porque simplemente vivir en sociedad crea riesgo. Esto originaba un problema teórico complicado y, en el fondo, absolutamente subjetivo: el límite de lo que es un riesgo mayor que el ordinario no podía basarse en ningún criterio permanente (cambia con las circunstancias, con las convicciones de los jueces, etc.)[984]. Es así como, eventualmente, puede destacarse una tendencia en el sentido de que la idea de riesgo se haga cada vez más extensiva hasta terminar eliminando a la idea de culpa, porque todo implica riesgo en última instancia.

Sin embargo, desde el punto de vista que ahora sostenemos, esto no representaría una catástrofe teórica para la responsabilidad civil en materia de accidentes. Simplemente, como todo acto crea riesgo, todo daño por accidente es indemnizable por el causante; salvo excepciones. El principio general de la responsabilidad por accidentes pasa a ser el de la responsabilidad objetiva (cuando no hay seguros obligatorios); y, en cambio, la aplicación del principio de la culpa en este campo será una excepción (si tiene lugar). En esta forma, nos encontraríamos en la situación inversa a la actual: el principio de clausura del sistema de responsabilidad por accidentes no sería más el de la culpa sino el objetivo.

---

984. Vid. *supra*, No. 73.

No podemos insistir suficientemente en que las tesis que hemos sostenido en este libro en materia de accidentes llevan a una inversión de la perspectiva tradicional hasta sus últimas consecuencias: en vez de contemplar la responsabilidad desde el punto de vista del responsable hay que mirarla desde el punto de vista de la víctima. Si la indemnización sólo fuera una sanción (como lo planteaba la teoría de la culpa, desde el punto de vista del responsable), el causante *sólo paga* cuando es susceptible de ser sancionado. Si la indemnización es ante todo reparación (como lo plantea la teoría objetiva, desde el punto de vista de la víctima), entonces el causante *paga siempre* (e incluso pueden ser obligados a pagar otros que no son estrictamente causantes: el empleador, el asegurador, etc.), *salvo* que se encuentre autorizado a dañar (artículo 1971) o no tenga vinculación directa con el daño (artículo 1972).

Sección III: Hacia una reestructuración de la sistemática del Código Civil

692. *Una cuestión topográfica.* La ubicación que una determinada institución jurídica tenga dentro del Código no es determinante de su naturaleza. Sin embargo, no cabe duda de que es importante tratar de que las diferentes instituciones se encuentren debidamente ubicadas a fin de resaltar su naturaleza propia y evitar confusiones innecesarias.

Dada la nueva conformación del campo de la responsabilidad civil que hemos propuesto en este libro, ¿dónde es que debe situarse esta institución dentro del Código Civil? ¿Le corresponde su actual emplazamiento en el interior del Libro sobre Fuentes de las Obligaciones?

693. *La ubicación tradicional de la responsabilidad civil.* El Código Civil peruano de 1852 tenía un solo Libro que trataba tanto de los principios generales de las obligaciones como de las fuentes de las obligaciones (Libro III: De las obligaciones y contratos). El Código no hacía referencia alguna a la responsabilidad civil como institución sino que se limitaba a establecer los casos de responsabilidad contractual y de la responsabilidad delictual. Así, el artículo 1265 —que formaba parte del Título relativo a los efectos de los contratos dentro de la Sección Primera dedicada a los principios generales—establecía que el que celebra un contrato se obliga también a resarcir los daños que resulten de la inejecución de las obligaciones contratadas. De otro lado, el Título 3° de la Sección VII que trataba de las obligaciones que

nacen del consentimiento presunto, contemplaba las obligaciones que nacen de delitos o de cuasi delitos (art.2189 al 2211). Por consiguiente, aun cuando la responsabilidad civil no tenía todavía identidad propia y se encontraba desparramada por el Código, existía una cierta intuición de la unidad de campo: se trataba de obligaciones. Pero las obligaciones estaban fundadas todas en el consentimiento: expreso en el caso de la responsabilidad contractual, presunto en el caso de la responsabilidad extracontractual (delitos y cuasi-delitos).

El Código Civil de 1936 hizo el importantísimo descubrimiento de que el consentimiento no se encontraba en la base de todas las obligaciones: la llamada responsabilidad por "acto ilícito" no estaba fundada en el consentimiento; pero, como las ideas aún no estaban claras sobre los nuevos planteamientos que aparecían a lo lejos en el horizonte, no logró proponer una nueva unidad fundada en una borrosa solidaridad social que recién era alistada por las mentes más lúcidas. Consecuentemente, desarticuló esa incipiente unidad basada en un ficticio consentimiento, sin poder rearmar nuevamente el sistema que quedó definitivamente escindido en la responsabilidad contractual (basada en la voluntad) y la responsabilidad extracontractual (basada en la ley). Escuchemos al doctor Manuel Augusto OLAECHEA: "En puridad de verdad jurídica, no existen sino dos grandes causas fuentes de las obligaciones: la concordia de las voluntades y la ley. Los antiguos conceptos simétricos del cuasi contrato y del cuasi delito son, sin duda, falaces; porque ninguno de ellos tiene realidad jurídica. La pretendida obligación cuasi contractual, como la proveniente del cuasi delito, son obligaciones que, verdaderamente, no derivan su imperio de la voluntad sino de la ley, considerada como fórmula tutelar de armonía para reparar una lesión producida o para proteger el riesgo de una lesión futura" [985]. Como consecuencia de tal escisión se incluyó a la responsabilidad contractual en las normas referentes a inejecución de obligaciones (entiéndase, contractuales), mientras que la responsabilidad extracontractual —convertida en una institución incómoda porque no era fácil ubicar en el Código Civil a las obligaciones derivadas de la ley— fue enviada al Título sobre Acto Jurídico.

El Código Civil de 1984 dispuso dos libros para las normas sobre obligaciones: en el Libro VI desarrolló los aspectos generales de las obligaciones, mientras que el Libro VII incluyó todo lo relativo a las formas de nacimiento de las obligaciones. Además, separó en un libro independiente lo

985. Juan José CALLE: *Código Civil del Perú*. Lima, 1928. Nota de la p.413.

referente al acto jurídico (Libro III). Dentro de esta nueva configuración, la responsabilidad contractual permaneció dentro de las normas generales sobre obligaciones en el Título sobre inejecución de las mismas. En cambio, la responsabilidad extracontractual fue removida de su anterior ubicación dentro del acto jurídico —que obviamente no era la mejor— y fue colocada *más adecuadamente* dentro del Libro VII como una fuente de las obligaciones, paralelamente a los contratos, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y la promesa unilateral.

694. *Propuesta para una nueva ubicación de la responsabilidad civil.* Si aceptamos la perspectiva que venimos desarrollando, las normas sobre responsabilidad civil deben ser reubicadas dentro del Código a fin de reflejar mejor su naturaleza propia. Esta reubicación tiene que reflejar, de un lado, la unidad de la responsabilidad civil, y de otro lado, su complejidad interna.

La unidad del campo de la responsabilidad civil nos obliga a colocar juntas las normas sobre responsabilidad contractual y extracontractual. Pero ¿cuáles son las que debemos mudar de su actual emplazamiento: aquéllas sobre responsabilidad contractual, aquéllas sobre responsabilidad extracontractual o ambas?

Ya hemos señalado, siguiendo a los MAZEAUD, que uno de los elementos comunes entre ambos tipos de responsabilidad consiste en que las dos derivan su obligación de la ley: el contrato no es fuente de la responsabilidad llamada contractual sino que ésta es también el resultado de la ley que aplica un efecto jurídico a un acto determinado, al igual que en la responsabilidad extracontractual [986]. Caben entonces dos soluciones posibles al problema de la topografía civilista. De un lado, es posible juntar las dos responsabilidades de manera de constituir una Sección Tercera (no un simple Título) del Libro VI suprimiendo el Título IX de la Sección Segunda del Libro VI y la Sección Sexta del Libro VII. De otro lado, es posible también juntarlas de manera de constituir la Sección Sexta del Libro VII, suprimiendo el Título IX de la Sección Segunda del Libro VI. Ya sea que se opte por una u otra solución, la nueva Sección debe denominarse "De la responsabi-

---

986. *Supra*, Nos. 939 y 650.

986bis. Vid. Fernando de TRAZEGNIES GRANDA: *El rol político del abogado litigante*, en Joaquim Falcao, et al: *Los Abogados y la Democracia en América Latina*. Asociación Interamericana de Servicios Legales (ILSA). Quito, Ecuador, 1986.

lidad civil" y contener cuatro Títulos: las reglas comunes de la responsabilidad civil y las reglas particulares correspondientes a la responsabilidad vinculada a la existencia de una promesa previa (ya se trate de contrato o de promesa unilateral) a la responsabilidad por daño intolerable y a la responsabilidad por accidentes.

En cualquier caso, aún si no se aceptara la unificación de la responsabilidad civil ni el nacimiento de la nueva provincia de los accidentes; hay que señalar que el actual Título IX presenta problemas topográficos. En efecto, aparece dentro de un Libro dedicado teóricamente a las obligaciones en general pero su contenido está pensado exclusivamente en función de las obligaciones derivadas de incumplimiento de los contratos[987]. Por tanto, no correspondiéndole el carácter general del Libro (que, en principio debe abarcar los principios que se refieren a todas las obligaciones sean éstas contractuales o extracontractuales), ese Título relativo sólo a obligaciones contractuales debió haber formado parte de la Sección Primera del Libro VII que contiene los aspectos generales de los contratos.

---

987. Felipe OSTERLING PARODI, con la colaboración de Carlos CARDENAS QUIROS: *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil en Código Civil*. T. V. Comisión Encargada del Estudio y revisión del Código Civil. Compiladora: Delia Revoredo de Debakey. Lima, 1985, p. 439

TITULO I

SIC ET NON

695. *El Derecho: espacio de discusión.* Este libro está lleno de cosas discutibles. Pero, afortunadamente, el Derecho es un espacio de discusión, donde todo dogma —salvo el texto literal de la ley— está fuera de lugar.

Como decían los antiguos, *in negotiis humanis non potest haberi demonstrativa probatio.* No hay, pues, un razonamiento puramente deductivo que pueda pretender descubrir una "verdad" jurídica irrefutable por la vía de la demostración. En el campo del Derecho es reina la *prudentia* que es "esa investigación flexible que se ejerce en el interior de lo contingente" [988]. La prudencia se desarrolla a través de la dialéctica, es decir, a través del doble discurso contrapuesto, de la evaluación permanente de argumentos contrarios y la ponderación de su peso específico en circunstancias concretas: "el dialéctico nunca llega a una conclusión *definitiva*; está siempre listo para sufrir el choque, para tener en cuenta una opinión, una argumentación nueva, como el maestro medieval frente a una *quaestione disputata*: lo mismo sucede en los juicios, donde siempre será necesario escuchar los planteamientos de ambos abogados" [989].

696. *La ciencia del Derecho.* Cuando algunos kelsenianos de segunda generación pretendieron que no sólo el texto de la ley era incuestionable sino también su contenido o interpretación con el pretexto de darle un espíritu y métodos científicos al Derecho, estaban pasando un contrabando absolutista que hubiera sido duramente rechazado por KELSEN. La idea de crear una "Dogmática Jurídica" —es decir, una interpretación dogmática de las pala-

---

988. Michel VILLEY: *Lecons d'Histoire de la Philosophie du Droit.* Nouvelle Edition. Dalloz. París. 1962, p. 143.

989. *Ibid.*, p. 142.

bras de la ley para hacer de esa manera una "ciencia" del Derecho— habría repugnado a los positivistas serios de la primera generación.

KELSEN, por ejemplo, nos advierte: "La interpretación científica no puede hacer otra cosa ni nada más que establecer las [diversas] significaciones posibles de las normas jurídicas. En tanto que conocimiento de su objeto, no puede optar y decidir entre las posibilidades que hace aparecer; debe dejar la opción y la decisión al órgano jurídico competente para aplicar el Derecho" [990]. Por eso, el juez crea Derecho aunque se encuentre sometido al marco de la ley. Dice siempre KELSEN: "urge advertir que la antítesis entre legislación y jurisdicción, esto es, entre creación y aplicación del Derecho, no es absoluta sino relativa" [991]. A pesar de que la doctrina tradicional contrapone la creación y la aplicación de la ley, no hay una separación tajante entre la *legis latione* y la *legis executione*; legislación y jurisdicción deben ser vistas como etapas diferentes del proceso de creación jurídica: "el acto de jurisdicción es creación, producción o posición del Derecho como el acto legislativo; y uno y otro no son sino dos etapas diferentes del proceso de creación jurídica" [992]. Es verdad, dice KELSEN, que la norma superior determina "más o menos" el contenido de la norma de grado inferior. Pero "todo el proceso de creación jurídica constituye una sucesión continuada de actos de concreción e individualización crecientes del Derecho"[993]. Aún la aplicación más estricta es siempre creación de Derecho: "Contrariamente a lo que admite la teoría tradicional, estas dos nociones no representan una antítesis absoluta; no es justo distinguir y oponer los actos creadores del Derecho y los actos aplicadores del Derecho...todo acto jurídico es a la vez aplicación de una norma superior y creación, reglamentada por esta norma, de una norma inferior" [994].

Esto es todo lo que he pretendido en este libro; simplemente abrir posibilidades, mostrar que los mismo textos legales desembocan en diferentes interpretaciones entre las que el Juez deberá optar, denunciar la necesidad

---

990. Hans KELSEN: *Théorie Pure du Droit*. Trad. fr. de la 2a. ed. de la "Reine Rechtslehre". Dalloz. París, 1962, p. 462.

991. Hans KELSEN: *Teoría General del Estado*. Traducc, del alemán por Luis Legaz y Lacambra. Editorial Nacional. México, 1970, p. 302.

992. *Ibid.* p. 305.

993. *Loc. cit.*

994. Hans KELSEN: *Théorie Pure du Droit*. Trad. fr. de la 2a. ed. de la "Reine Rechtslehre". Dalloz. París, 1962, p. 315.

de crear Derecho a cada instante para aplicar adecuadamente la responsabilidad civil. Pero, como no soy positivista ni pretendo ser "puro", no he podido resistir a la tentación de cuando menos sugerir algunas líneas de política jurídica que los jueces acogerán o no. No tiene importancia. Mi misión ha terminado si logro que, antes de fallar, los jueces sean conscientes de que existen varias interpretaciones válidas del texto positivo y, por consiguiente, queden confrontados con su responsabilidad ineludible y delicada de continuar la obra creativa del legislador e incluso de enmendarla ahí donde el texto literal lo permite.

697. *La doctrina.* Por consiguiente, no estamos sino ante una exploración preliminar de las inmensas posibilidades significativas de los textos del Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual. Pudiera incluso parecer que nos hemos solazado en exponer contradicciones. Al punto que uno se encuentra tentado de terminar estas páginas heterodoxas como lo hacen los historiadores árabes, luego de plantear las diferentes opiniones contrarias que existen sobre un hecho histórico, con la frase: "Pero Dios es el único que realmente sabe sobre esto". Porque afirmar una "verdad" indiscutible en materia jurídica es pretender usurpar la perspectiva de Dios: la idolatría puede convertirse muchas veces en una vulgar teomanía.

Nosotros hemos partido de la convicción de que el papel de la doctrina no consiste en imponer una solución jurídica entre las varias posibles sino investigar los diferentes caminos interpretativos y mostrar a los jueces las consecuencias de optar en una u otra dirección a fin de que la decisión judicial sea perfectamente razonada y responsable. La doctrina puede incluso intentar persuadir a la comunidad jurídica que, reconociendo que hay varias interpretaciones posibles del texto positivo, es mejor escoger una antes que las otras por razones que ya no son positivas: la conveniencia social, la coherencia del sistema, el servicio de la justicia (cuyo sentido ofrece también múltiples alternativas respecto de las cuales será asimismo preciso persuadir que la que adoptamos es la mejor). Pero cada vez que intentamos convencer a nuestro "auditorio jurídico" de nuestra posición frente a las posiciones abiertas, debemos conservar la consciencia clara de que en materia de negocios humanos no es posible "demostrar" la verdad como un teorema matemático; y que, por consiguiente, debemos discutir el punto desde una perspectiva no dogmática, con profundo respeto y atención por las alternativas (serias) que se opongan a nuestro planteamiento.

Dentro de ese espíritu, no hemos pretendido reglamentar doctrinariamente la utilización de los textos normativos de la responsabilidad extra-

contractual mediante el vano —y presumido— artificio de plantear una interpretación "verdadera" o "correcta" de "lo que dice la ley": quien quiera encontrar la "verdad" del Código en este campo del derecho, ha equivocado de libro; y mucho me temo que equivocará siempre, porque la "verdad" (a nivel del derecho positivo) es un espejismo. Por el contrario, nuestro objetivo ha consistido en abrir ventanas, airear la casa legal de la responsabilidad extracontractual y examinar la potencialidad de sentidos de nuestro Código a fin de que los jueces, los abogados litigantes, los investigadores del Derecho, dispongan del mayor número de alternativas legales posibles y puedan encontrar aquellas que es más adecuada y conforme a los criterios aceptados de justicia y de organización social del momento y dentro de las circunstancias en que se apliquen.

698. *La responsabilidad extracontractual: un modelo para desarmar.* Julio CORTAZAR escribió un *Modelo para armar*. Este libro quiere ser un "Modelo para Desarmar, Rearmar y Profundizar". No es una obra terminada: es un juego que el autor invita a sus lectores a jugar.

Las piezas de este modelo se encuentran fundamentalmente definidas por los artículos 1969 a 1988 del Código Civil, más algunos otros artículos repartidos a lo largo del Código. Pero, a diferencia de lo que sucede con un Meccano, en Derecho no solamente existen múltiples posibilidades combinatorias de las mismas piezas que permiten armar modelos muy diferentes, sino que además cada elemento normativo es plástico en sí mismo, es maleable y su definición literal en el texto de la norma es lo suficientemente suelta como para tolerar que sus sentidos puedan ser moldeados por el usuario de formas muy diversas.

Puede reprochársenos que de esta manera incurrimos en una noción subjetiva del Derecho, donde nada es seguro. Lamentablemente pensamos que este reproche no está dirigido a nosotros sino a la naturaleza misma del Derecho. Es así. No lo podemos cambiar. Porque, como lo dijo poéticamente Recasens Siches, el Derecho no es "vida humana *objetivada*": esta expresión sólo puede ser aplicada a la norma positiva, cosificada, hecha instrumento. El Derecho es "vida humana *viva*" [995], en acción, destruyendo sentidos anteriores y construyendo nuevos, es vida "haciéndose" con la ayuda de

995. Luis RECASENS SICHES: *Tratado General de Filosofía del Derecho*. 2a. ed. Ed. Porrúa. México, 1961, p. 112 *et passim*. Cabe advertir que en Recasens hay una cierta

los instrumentos culturales que existen a su disposición (incluyendo obviamente las normas positivas), arrollando a su paso las organizaciones significativas anteriores y, a la manera de un *bricoleur*, reconstruyendo nuevas formas sociales y nuevas soluciones jurídicas con la ayuda de los restos de las construcciones anteriores [996].

699. *La Política jurídica.* Por otra parte, el sistema jurídico positivo está habitualmente afectado por contradicciones y vacíos; y ello sucede aún con más frecuencia en un campo como el de la responsabilidad extracontractual, que tiene que enfrentarse con nuevas y cambiantes realidades.

Lo importante es que las contradicciones y las lagunas —tan inevitables al momento de legislar como los accidentes automovilísticos rutinarios al momento de conducir— constituyen un desafío para el intérprete, exigen una respuesta imaginativa y siempre replanteable del jurista: son oportunidades brillantes para el ejercicio de la creación jurídica permanente.

Hay pues, un problema insoslayable de política jurídica que obliga a los juristas a pronunciarse. No es posible evadirlo porque el simple hecho de emitir una opinión legal o de expedir una sentencia implica una toma de posición política personal: ya hemos visto que no es posible refugiarse detrás del biombo del texto de la ley para intentar sostener una posición

---

ambigüedad —quizá motivada únicamente por un problema de estilo Je escribir— sobre el papel del intérprete como destructor y reconstructor de sentidos. Es verdad que declara categóricamente que la aplicación del texto positivo "no constituye un simple reproducir mecánico de lo establecido en la norma preformulada" sino que "engendra innovaciones y modificaciones al esquema objetivado previamente" (p. 112); y esta comprobación es repetida en varias partes (Vid. pp. 106, 110, 112, 113, 156, etc.). Sin embargo, a veces pareciera que concibe el proceso de interpretación más como un acto de resurrección de los sentidos objetivados antes que como una verdadera creación, más como un rito revivalista, como una re-actualización de lo que estaba latente en la norma: el sentido del Derecho descansaría en la norma como una Bella Durmiente que espera que venga el Príncipe-Juez que la despierte y la haga vivir de nuevo. Es quizá por ello que encontramos también a veces una identificación del Derecho con la ley, con la norma, antes que con el proceso de creación jurídica *con la ayuda de la norma* que caracteriza la aplicación efectiva del Derecho: "El Derecho, en tanto que es una forma objetivada de vida humana, está constituido por un conjunto de ideas —mejor diríamos de significaciones— que constituyen reglas para la conducta humana" (p. 108); o también: "Derecho propiamente lo son tan sólo esas normas fabricadas por los hombres..." (p. 159).

996. Cf. Fernando de TRAZEGNIES: *La Idea de Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980, particularmente el Capítulo IV de la Parte Tercera (Apuntes para un estudio sobre la las relaciones entre teoría social y *praxis*); etiamque. Fernando de TRAZEGNIES: *Ciriaco de Urtecho. Litigante por amor. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico*. Pontificia Universidad católica del Perú. Lima, 1981, III, 8 (Hacia una teoría dinámica del Derecho).

"pura" y neutral: ese biombo está lleno de huecos y no cubre nuestras intimidades ideológicas [996bis].

Lo que debe quedar muy claro es que no estamos ante un problema de política nacional sino ante uno más modesto —pero más concreto— problema de política jurídica, en el que interviene un gran número de valores en conflicto y cuyos planteamientos son menos esquemáticos, menos simplistas y menos cargados de pasión que los de la Política (con mayúscula). André TUNC nos advierte: "Una legislación nacional sobre compensación de accidentes de tráfico no es de 'derecha' ni de 'izquierda'" [997].

Pero el problema jurídico está ahí, esperándonos. Henri y León MAZEAUD y André TUNC nos dicen, en su ya clásico *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, que la responsabilidad civil no es un terreno jurídicamente firme, conocido y seguro sino que "es un terreno movedizo que hace falta explorar; y es que sobre él que tenemos que construir...Para resolver los problemas [planteados por el mundo moderno], uno está obligado a forzar el sentido de los textos, a construir pretendidos sistemas de interpretación; por consiguiente, a tantos autores, tantos sistemas, tantas soluciones contrarias que son propuestas; ¿cómo, en esas condiciones, no habrían divergencias en la jurisprudencia?" [998]. Los jueces peruanos, siguiendo el ejemplo extraordinario de los pretores romanos que iniciaron el desarrollo de la responsabilidad extracontractual a través de las interpretaciones de la *legis Aquiliae* —forzándola y llevándola más lejos de lo originalmente previsto— tendrán que esforzarse en desarrollar un sistema de responsabilidad extracontractual que satisfaga las necesidades del Perú de hoy.

700. *La interrogación como actividad subversiva.* El lector no tiene, entonces, en las manos un libro exegético que consagra y revela una venerada verdad establecida. Más bien, parafraseando a Lawrence DURRELL, po-

---

996bis. Fernando de TRAZEGNIES GRANDA: *El rol político del abogado litigante*, en Joaquín Falcao *et al.*: *Los Abogados y la Democracia en América Latina*. Asociación Interamericana de Servicios Legales. Quito, Ecuador, 1986.

997. André TUNC: *The French Law of Traffic Victims Compensation: the Present and the Possible*. 31 The American Journal of Comparative Law 493.

998. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile délictuelle et contractuelle*. 6ta. ed. T. I. Editions Montchrestien. París, 1965. No. 16, p. 23.

dríamos decir que el propósito fue entregar a los estudiosos del Derecho un libro obsesivo, que no fuera didáctico ni explosivo sino más bien infeccioso, con la idea de inocular el microbio del cuestionamiento y de la inquietud intelectual, de colocar un grano de levadura que fermente la reflexión jurídica aun cuando el resultado de ella no coincida a la larga con las proyecciones preliminares en estas páginas.

Tomando en préstamo una expresión de NIETZCHE, pudiéramos decir que lo más importante en muchas de las obras de los juristas son los pequeños signos de interrogación que podrían ponerse a continuación de las palabras "Justicia", "Culpa", "Responsabilidad", "Sanción" y otras que tan solemnemente pronuncian. Y quizá todo el valor de este libro no esté constituido también sino por los interrogantes que han sido plantados como bombas al pie de las doctrinas tradicionales con el objeto de probar su solidez y de promover su cambio cuando se han convertido en obsoletas.

No ha habido, pues, la intención de mostrar la "verdad" de la responsabilidad civil (en la que no creemos) como quien desvela un monumento conmemoratorio. Se trataba simplemente de desempeñar el papel del dedo que va señalando diferentes direcciones posibles: los múltiples senderos, brumosos e inciertos, que se abren en torno nuestro para atravesar el bosque de la interpretación legal desde el claro del texto normativo que tomamos como punto de partida. Por eso quien confunda el dedo que apunta con la dirección apuntada, quien trate de encontrar en estas páginas el fin del camino, se sentirá legítimamente frustrado. Pensará que no ha recibido nada de esta lectura y quizá tendrá razón; porque todo lo que este libro entrega son invitaciones al lector para que él, por su propia cuenta, emprenda diversas exploraciones conceptuales. Si el lector no se decide a internarse en el monte de la reflexión jurídica, no podrá gozar del paisaje; y este libro no es un sustituto de la aventura individual. Pero aún quienes decidan adentrarse por la selva confusa de sentidos, no deben pensar que al final llegarán necesariamente a una meta. Es probable que todo lo que encuentren, después de muchos esfuerzos, sacrificios y penurias, será un nuevo claro del bosque erizado de flechas indicadoras, que sugieren nuevamente otros tantos destinos ignotos.

BIBLIOGRAFIA

ALPA, G. y BESSONE, M.: **La Responsabilitá Civile**. Dott. A. Giuffre, Editore. Milano, 1976.

ALPA, Guido: **Profili extracontracttuali dell'attività negoziale**, en Giovanna VISINTINI: **Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale**. Dott. A. Giuffrè, Editore. Milano, 1984.

ALTAMIRA GIGENA, Julio I.: **Responsabilidad del Estado**. Astrea. Buenos Aires, 1973.

ALTERINI, Jorge H.: **Responsabilidad de los consorcistas**, en ALTERINI et al.: **Temas de Responsabilidad Civil, en Honor al Dr. Augusto M. Morello.** Librería Editora Platense. La Plata (Argentina), 1981.

ANONIMO: **Punitive damages and Libel Law**. Nota de la redacción. 98 Harvard Law Review 847 (Febrero de 1985).

ANONIMO: **Class certification in mass accident cases under Rule 23 (b) (1)**. 96 Harvard Law Review [1983] 1143.

APARICIO y GOMEZ SANCHEZ, Germán: **Código Civil (1936)**. 15t. Librería e Imprenta Gil S. A. (T. 1-5), Taller de Linotipia (T. 6-15) Lima, 1937-1944.

APARICIO y GOMEZ SANCHEZ, Germán: **Código de Procedimientos Civiles**. 2a. ed. Librería e Imprenta Gil S.A. Lima, 1938.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: **Responsabilità Contrattuale in Diritto Romano**. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Nápoles, 1958.

ARIAS SCHREIBER, Max: **Proyecto sobre disposiciones generales de los contratos**, en **Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del código Civil**. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1980.

ARIAS SCHREIBER, Max: **Comentarios al Proyecto de nuevo Código Civil**. Editorial Jurídica del Colegio de Abogados de Lima. Lima, 1982.

ARNAUD, André Jean: **Essai d'analyse structurale du Code Civil français. La régle du jeu dans la paix bourgeoise**. Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence. París, 1973.

ALSINA, Hugo: **Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial**. 3t. Cía. Argentina de Editores, Soc. de Resp. Ltda. Buenos Aires, 1941.

ATIYAH, P.S. y CANE, Peter: **Accidents, Compensation and the Law**, 4ta. ed. Law in context. Weidenfeld and Nicolson. London, 1987.

BACON, Sir Francis: **Novum Organum**. William Benton, Publisher. Encyclopedia Britannica, Inc. The University of Chicago. Chicago (USA). 1982.

BACHELARD, Gastón: **La Formación del Espíritu Científico. Contribución a un psicoanálisis del conocimiento objetivo**. 6ta. ed. Siglo Veintiuno Editores S. A. México, 1978.

BARBERO, Omar M.: **Responsabilidad por daños resultantes del divorcio**, en ALTERINI **et al.: Temas de Responsabilidad Civil, en Honor al Dr. Augusto M. Morello**. Librería Editora Platense. La Plata (Argentina), 1981.

BASADRE, Jorge: **Historia de la República del Perú**. 5ta. ed. Ediciones Historia. Lima, 1961.

BATIFFOL, Henri: **Questions de la interprétation juridique**. Archives de Philosophie du Droit. T. XVII: **L'interprétation dans le droit**. Sirey. París, 1972.

BERMAN, Harold J: **Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition.** Harvard University Press. Cambridge, U.S.A. 1983.

BERNE, Eric: **Games People Play. The Psychology of Human Relationships.** Grove Press. New York, 1967.

BOLIVIA: **Código Civil**, concordado y anotado por Carlos Morales Guillén. Colección Guttentag. Editorial "Los Amigos del Libro". La Paz-Cochabamba, 1977.

BONFANTE, Pietro: **Corso di Diritto Romano.** Dott. A. Giuffrè. Editor. Milano, 1979.

BONVICINI, Eugenio: **La Responsabilità per i danni nel Diritto delle Obligazioni.** Dott. A. Giuffrè, Editor. Milano, 1963.

BORDA, Guillermo A.: **Fundamento de la Responsabilidad**, en ALTERINI **et al.: Temas de Responsabilidad Civil, en Honor al Dr. Augusto M. Morello.** Librería Editora Platense. La Plata (Argentina) 1981.

BORRELL MACIA, Antonio: **Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Estudio del artículo 1902 del Código Civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio Cuerpo legal.** 2a. ed. Bosch. Barcelona, 1958.

BREBBIA, Roberto H.: **La persona jurídica como sujeto pasivo del agravio moral**, en ALTERINI **et al.: Temas de Responsabilidad Civil, en Honor al Dr. Augusto M. Morello.** Librería Editora Platense. La Plata (Argentina), 1981.

BRIGANTI, Ernesto: **Tradizione e Novità nella Responsabilitá Civile**, en Francesco LUCARELLI: **Diritti Civil e Istituti privatistici.** Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova, 1983.

BROSETA PONT, Manuel: **Manual de Derecho Mercantil.** Ed. Tecnos. Madrid, 1983.

BUERES, Alberto J.: **Responsabilidad Civil de los médicos.** Prólogo de Jorge Bustamante Alsina. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, 1979.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: **Teoría General de la Responsabilidad Civil**. 3a. ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980.

CABELLA PISU, Luciana: **Clausole di limitazione o esclusione del risarcimento**, en Giovanna VISINTINI: **Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale**. Dott. A. Giuffrè. Editore. Milano, 1984.

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

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

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

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

CALABRESI, Guido y KLEVORICH, Alvin K.: **Four tests for liability in torts**. The Journal of Legal Studies. Vol XIV. Diciembre de 1985.

CALLE, Juan José: **Código Civil del Perú (1852)**. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1928.

CANADA, PROVINCIA DE QUEBEC: **Code Civil de la Province de Quebec**, revisado por Lise SAINTONGE-POITEVIN. Wilson & Lafleur Limitée. Montreal, 1980.

CARDENAS QUIROS, Carlos: **Exposición de Motivos y Comentarios de la Gestión de Negocios**, en Delia Revoredo de Debakey (ed.): Código Civil. Vol. VI Comisión Encargada del estudio y la Revisión del Código Civil de 1936. Lima, 1985.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de: **Responsabilidad en las colisiones entre dos o más vehículos**, en **Temas de Responsabilidad Civil en honor al Dr. Augusto M. Morello**. Librería Editora Platense S. R. L. La Plata (Argentina). 1981.

CASTAÑEDA, Jorge Eugenio: **El Derecho de las Obligaciones.** Lima. Ediciones de 1955 y de 1963 (hay elementos nuevos en ésta última).

CASTRO, Máximo, **et al.: Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina.** Ediar. Buenos Aires, 1946

CATTANEO, Giovanni: **Concorso di colpa del danneggiato,** en Giovanna VISINTINI: **Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale.** Dott A. Giuffrè, Editore. Milano, 1984.

CAZEAUX, Pedro Néstor: **Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance,** en **Temas de Responsabilidad Civil, en Honor al Dr. Augusto M. Morello.** Librería Editora Platense. La Plata (Argentina) 1981.

CENDON, Paolo: **Danno imprevedibile e illecito doloso,** en Giovanna VISINTINI: **Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale.** Dott. A. Giuffrè, Editore. Milano, 1984.

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

COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISION DEL CODIGO CIVIL DE 1936: **Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil.** Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1980.

COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISION DEL CODIGO CIVIL DE 1936: **Proyecto de Código Civil.** Publicación coordinada con la Comisión Revisora creada por la Ley 23403. Ministerio de Justicia. Diario Oficial "El Peruano", editor. Lima, noviembre de 1982.

COMISION REVISORA DEL PROYECTO DE CODIGO CIVIL CONSTITUIDA DE CONFORMIDAD CON LA LEY N° 23403: **Proyecto de Código Civil aprobado por la Comisión Revisora.** Diario Oficial "El Peruano" Lima, febrero de 1984.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H.: **Daños causados por productos elaborados,** en ALTERINI **et al.: Temas de Responsabilidad Civil, en Honor al Dr. Augusto M. Morello.** Librería Editora Platense. La Plata (Argentina), 1981.

CORNEJO CHAVEZ, Héctor: **Derecho Familiar Peruano**. 2 t. Librería Studium S. A. Lima, 1985.

COTTA, Sergio: **Absolutisation du droit subjectif et disparition de la responsabilité**. Archives de Philosophie du Droit. T XII: **La responsabilité**. Sirey, 1977.

CRUMP, C. G. y JACOB, E.F. (ed.): **El Legado de la Edad Media**. 2a. ed. Universidad de Oxford. Ediciones Pegaso. Madrid, 1950.

CUELLO CALON, Eugenio: **Derecho Penal**. 2 t. 13a. ed. Bosch. Barcelona, 1960.

DAVIES, Martín: **The road from Morocco: Polemis through Donoghue to no-fault**. 45 The Modern Law Review 534 (Gran Bretaña, Septiembre de 1982).

DEBAKEY, Delia Revoredo de: **Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios**. Comisión Encargada del Estudio y la Revisión del Código Civil de 1936. Lima, 1985.

de BEAUVOIR, Simone: **La Force des Choses**. Gallimard. París, 1963.

de CUPIS, Adriano: **Dei fatti illeciti**. Art. 2043-2059. 2a. ed. Commentario del Codice Civile, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Libro cuarto. **Delle obligazioni**. Nicola Zanichelli y Soc. Ed. del Foro Italiano, editores. Bologna-Roma, 1971.

de CUPIS, Adriano: **El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil.** Trad. de la 2a. ed. italiana. Bosch. Barcelona, 1975.

de la PUENTE y LAVALLE, Manuel: **Estudios del Contrato Privado**. 2 t. Cultural Cuzco S. A. Editores. Lima, 1983.

de TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: **De la responsabilidad no derivada de acto jurídico,** en **Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil**. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1980.

de TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: **La idea de Derecho en el Perú Republicano del S. XIX**. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980.

de TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: **Ciriaco de Urtecho, litigante por amor. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico**. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1981.

de TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (ed.): **Para leer el Código Civil**. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1984 (Vol I), 1985 (Vol. II).

de TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: **El rol político del abogado litigante**, en Joachim Falcao **et al.: Los Abogados y la Democracia en América Latina**. Asociación Interamericana de servicios Legales (ILSA). Quito, Ecuador, 1986.

DUGUIT, León: **Manual de Derecho Constitucional**. 2a. ed. española. Francisco Beltrán, editor. Madrid, 1926.

DUGUIT, León: **Las transformaciones del Derecho Público**. 2a. ed. española. Francisco Beltrán, editor. Madrid, 1926.

DURRELL, Lawrence: **El Cuarteto de Alejandría**. 4t. Edhasa. Barcelona, 1970.

DWORKIN, Ronald: **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press. Cambridge (U.S.A.), 1978.

EBENE COBELLI, Cristina: **Reintegrazione in forma specifica**, en Giovana VISINTINI: **Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale**. Dott. A. Giuffrè, Editore. Milano, 1984.

ECO, Umberto: **Apostillas a "El Nombre de la Rosa"**. Editorial Lumen, Barcelona, 1985.

EHRENZWEIG, Albert A.: **Psychoanalytic Jurisprudence**. A. W. Sijthoff/ Oceana. Leyden/Dobbs Ferry, New York, 1971.

ELLIOT, E. Donald: **Why courts? Comment on Robinson**. The Journal of Legal studies. Vol. XIV. Diciembre de 1985.

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

EVANS, E.P.: **The criminal prosecutions and capital punishment of animals.** (Heinemann, 1906). Prólogo de Nicolás Humphrey. Faber and Faber. London and Boston, 1987.

FERNANDEZ, Demetrio y TORO VIZCARRONDO, Carlos E.: **El lucro cesante en materia de responsabilidad civil extracontractual. La confusión de la Torre de Babel.** Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico. Vol. LII, No. 11. 1983.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: **Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano. Derecho de las personas,** en Delia Revoredo de DEBAKEY, compiladora: **Código Civil.** Vol. IV. Comisión Encargada del Estudio y la Revisión del Código Civil de 1936. Lima, 1985.

FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo: **La Acción Solidaria contra el Asegurador. Artículo 1987 del Código Civil de 1984.** Tesis. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985.

FLEMING, John G.: **The role of negligence in modern tort law.** Virginia Law Review. Vol. 53. No. 4. 1967.

FOULQUIE, Paul: **L'éxistentalisme.** Presses Universitaires de France. 16a. ed. París, 1966.

FRANK, Jerome: **Law and the Modern Mind (1930).** Anchor Books. Doubleday. New York, 1963.

FRANKLIN, Marc. A.: **Replacing the negligence lottery: compensation and selective reimbursement.** Virginia Law Review. Vol. 53. No. 4. 1967.

FUMAGALI BEONIO BROCCHIERI, Mariateresa: **Eloisa e Abelardo.** Oscar Mondadori. Milano, 1987.

GARCIA CALDERON, Francisco: **Diccionario de la Legislación Peruana.** Imprenta del Estado, por Eusebio Aranda. Lima, 1860 (T.I) y 1862 (T.II).

GARCIA DEL CORRAL, Ildefonso L.: **Cuerpo del Derecho Civil Romano. Instituta-Digesto.** 6 t. Kriegel, Hermann y Osenbroggen. Jaime Molinas, Editor. Barcelona, 1889.

GASTON, Alfredo: **Compilación de las vistas Fiscales que en materia judicial y administrativa se han expedido en el Perú, desde el año de 1840 hasta 1870 por los Doctores D. José Gregorio Paz Soldán y D. Manuel Toribio Ureta**. 2t. Imprenta del Estado. Lima, 1873 (T. I) y 1875 (T. II).

GOLDENBERG, Isidoro H.: **La relación de causalidad en la responsabilidad civil**. Astrea. Buenos Aires, 1984.

GOLDENBERG, Isidoro H.: **Acción de derecho común en los accidentes laborales**, en ALTERINI et al.: **Temas de Responsabilidad Civil, en Honor al Dr. Augusto M. Morello**. Librería Editora Platense. La Plata (Argentina), 1981.

GONZALEZ, Matilde M. Zabala de: **La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente**. Editorial Abaco de Roberto Depalma. Buenos Aires, 1980.

GRAF, Silvana: **Environmental Torts Class Actions**. Mecanografiado. University of Wisconsin at Madison. U.S.A, 1986.

GRECO, Roberto Ernesto: **Responsabilidad por daños causados por aeronaves a terceros en la superficie**, en ALTERINI et al.: **Temas de Responsabilidad Civil, en Honor al Dr. Augusto M. Morello**. Librería Editora Platense. La Plata (Argentina), 1981.

GUARINO, Antonio: **Diritto Privato Romano**. 7ma. ed. Editore Jovene Naponi. 1984.

HART, H.L.A.: **The concept of law**. At Clarendon Press. Oxford, 1961.

HEINECCIO, J. Gottl.: **Recitaciones del Derecho Civil, según el orden de la Instituta**. 2a. ed. Librería de D. Vicente Salvá. París, 1847.

HEISENBERG, Werner: **La nature dans la physique contemporaine**. Gallimard. París, 1962.

HENRIOT, Jacques: **Note sur la date et le sens du mot 'responsabilité'**. Archives de Philosophie du Droit. T. XXII: **La responsabilité**. Sirey. París, 1977.

ITALIA: **Codice Civile, con la Costituzione e le principali legge speciali. Aggionarmento al 31 luglio 1976**. Dott. A. Giuffrè. Editore. Milano, 1976.

INZITARI, Bruno: **I danni nelle obligazioni pecuniarie**, en Giovanna VISINTINI: **Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale**. Dott. A. Giuffrè, Editore. Milano, 1984.

IZARD, Georges: **Kravchenko contre Moscou. Plaidoieries de Maître Heiszmann et de Maître Izard presentées par Monsieur le Batonnier Ribet**. Les Editions París-Vendome. París, 1949.

JAMES, Philip S.: **Introduction to English Law.** 10. ed. Butterworths. London, 1979.

JAMES, Philip S. y BROWN, D. J. Latham: **General Principles of the Law of Torts**. 4ta. ed. Butterworths. London, 1978.

JORS, Paul y KUNKEL, Wolfang: **Derecho Privado Romano**. Editorial Labor S.A. Barcelona, 1937.

JOSSERAND, Louis: **Derecho Civil**. 3a. ed. fr. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch y Cía., Editores. Buenos Aires, 1950.

KANT, Inmanuel: **The Metaphysical Elements of Justice. Part I of the Methaphysics of Morals**. The Library of Liberal Arts. Bobbs-Merrill. U.S.A., 1965.

KEETON, Page Y KEETON, Robert E.: **Torts. Cases and Materials**. West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1971.

KEETON, Page; KEETON, Robert E.; SARGENTICH, Lewis D.; y STEINER, Henry J.: **Tort and Accident Law**. West Publishing Co. St. Paul, Minn. (U.S.A), 1983.

KELSEN, Hans: **Théorie Pure du Droit**. Trad. francesa de la 2a. ed. de la **Reine Rechtslehre**, por Charles Einsenmann. Dalloz. París, 1962.

LAQUIS, Manuel A.: **Responsabilidad Civil del "consorcio" e individual de los propietarios en el régimen de la propiedad horizontal**, en

ALTERINI et al.: **Temas de Responsabilidad Civil, en Honor al Dr. Augusto M. Morello**. Librería Editora Platense. La Plata (Argentina), 1981.

LE BRAS, Gabriel: **Derecho Canónico**, en C.G. CRUMP y E.F. JACOB (ed.): **El Legado de la Edad Media**. Universidad de Oxford, Ediciones Pegaso. 2a. ed. Madrid, 1950.

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

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

LEON BARANDIARAN, José: **Responsabilidad Extracontractual. Exposición de Motivos y Comentarios**, en Delia Revoredo de Debakey (ed.): **Código Civil**. Vol VI. Comisión Encargada del Estudio y la Revisión del Código Civil de 1936. Lima, 1985.

KIONKA, Edward J.: **Torts in a nutshell. Injuries to persons and property**. West Publishing Co. St. Paul, Minnesota, 1977.

KUHN, Thomas S.: **The Structure of Scientific Revolutions**. 2a. ed. International Encyclopedia of Unified Science. Vol. 2. No. 2. The University of Chicago Press. Chicago (U.S.A.), 1970.

LUCARELLI, Francesco: **Diritti Civili e Istituti privatistici**. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova, 1983.

McBRIDE, Jeremy: **Damages as a Remedy for Unlawful Administrative Action**. 38 The Cambridge Law Journal 323 (Gran Bretaña, noviembre de 1979).

MARCUSE, Herbert (ed.): **The Democratic and The Autoritarian State. Essays in Political and Legal Theory**. The Free Pres. New York, 1964.

MATIENZO, Juan de: **Gobierno del Perú**. Institut Français d'Etudes Andines. París-Lima, 1967.

MAZEAUD, Henri: **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 Flórez. Lima, *ca*, 1942.

MAZEAUD, Henri, León y Jean: **Lecciones de Derecho Civil**. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1978.

MAZEAUD, Henri y León y TUNC, André: **Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle**. T. I. 6ta. ed. Editions Montchrestien. París, 1965.

MAZEAUD, Henri, León y Jean: **Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle**. T. II. 6ta. ed. refundida. Editions. Montchrestien. París, 1965.

MAZEAUD, Henri, León y Jean CHABAS, François: **Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle**. T. III. vols. I y II. 6ta. ed. refundida. Editions Montchrestien París, 1968 (vol I) y 1983 (vol II).

MEDELIUS RODRIGUEZ, Oscar: **La Responsabilidad Civil derivada del ejercicio de la Profesión Médica**. Tesis. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1978.

MESSINEO, Francesco: **Manual de Derecho Civil y Comercial**. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979.

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

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

MILLER, Jonathan: **Products Liability in Argentina**. The American Journal of Comparative Law. Vol. 33. 1985.

MISHAN, E.J.: **Pareto Optimality and the Law**. American Economy Association. Vol. LVII, No. 3. Evanston, Illinois. June 1967.

MOISSET de ESPANES, Luis: **Formas de reparación (Estudio de Derecho Comparado y Argentino)**, en ALTERINI et al.: **Temas de Responsabilidad Civil, en Honor al Dr. Augusto M. Morello**. Librería Editora Platense. La Plata (Argentina), 1981.

MONTENEGRO BACA, José: **Ejecutorias de Derecho Civil Peruano**. 17 t. Lima.

MOSSET ITURRASPE, Jorge; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; y PARRELLADA, Carlos A.: **Responsabilidad de los Jueces y del Estado por la actividad judicial**. Rubinzal-Culzoni, Editores Santa Fe (Argentina), 1986.

NADER, Ralph y ROSS, Donald: **Action for a change. A Student's Manual for Public Interest Organizing**. Grossman Publishers. New York, 1971.

NEUMANN, Franz: **The Change in the Function of Law in Modern Society**, en Herbert MARCUSE (ed.): **The Democratic and the Autoritarian State. Essays in Political and Legal Theory**. The Free Press, New York, 1964.

NIETZCHE, Friedrich: **Beyond Good and Evil. Preludes to a Philosophy of the Future**. Penguin Books. England, 1983.

NOEL, Dix W. y PHILLIPS, Jerry J.: **Products Liability in a Nutshell**. 2a. ed. West Publishing Co. St. Paul, Minnesota (U.S.A.), 1981.

OGUS, A.I. y RICHARDSON, G.M.: **Economics and the environment: a study on private nuisance**. Cambridge Law Journal, 36(2). Cambridge, Engl., noviembre de 1977.

OLAECHEA, Manuel Augusto: **El Problema de la Responsabilidad Extracontractual en el nuevo Código Civil**. Lima, *ca.* 1940.

OLAECHEA, Manuel Pablo (ed.): **Estudio Olaechea 1878-1978**. Lima, 1978.

ORGAZ, Alfredo: **El daño resarcible. (Actos ilícitos)**. 3a. ed. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1947.

ORTOLAN: **Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano**. 2 t. Establecimiento Tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera, Editor. Madrid, 1847.

OSTERLING PARODI, Felipe: **Inejecución de las Obligaciones Contractuales en el Código Civil Peruano de 1936: La indemnización de daños y perjuicios**. Tesis doctoral. Mimeografiado. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1967.

OSTERLING PARODI, Felipe: **Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones)**, con la colaboración de Carlos CARDENAS QUIROS, en Delia Revoredo de DEBAKEY, compiladora: **Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios**. Comisión Encargada del Estudio y la Revisión del Código Civil de 1936. Lima, 1985.

PACHECO, Toribio: **Tratado de Derecho Civil**. T.I.: Establecimiento Tipográfico de Aurelio Alfaro y Ca., Lima, 1860. T.II: En la Librería Hispano-Francesa, Lima, 1862. T.III (2a. ed.): Imprenta del estado, Lima, 1872.

PALMERO, Juan Carlos: **El daño involuntario. Indemnización de equidad**. Astrea. Buenos Aires, 1973.

PALMERO, Juan Carlos: **Nuevas reflexiones sobre el daño involuntario**, en ALTERINI **et al.: Temas de responsabilidad Civil, en Honor al Dr. Augusto M. Morello**. Librería Editora Platense. La Plata (Argentina), 1981.

PARETO, Vilfredo: **Manuel d'Economie Politique**. Marcel Giard, Libraire-Editeur. París, 1927.

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

PEIRANO FACIO, Jorge: **Responsabilidad Extracontractual**. 3a. ed. Editorial Temis. Bogotá, 1981.

PERELMAN, Chaim: **Droit, Morale et Philosophie**. Bibliothèque de Philosophie du Droit. Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence. París, 1968.

PERELMAN, Chaïm: **Le Champ de l'Argumentation.** Université Libre de Bruxelles. Travaux de la Faculté de Philosophie et Lettres. Presses Universitaires de Bruxelles. Bélgica, 1970.

PERELMAN, Chaïm: **La Lógica jurídica y la nueva retórica.** Editorial Civitas. Madrid, 1979.

PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, L.: **Traité de l'Argumentation. La nouvelle rhétorique.** 2a. ed. Editions de l' Institut de Sociologie. Université Libre de Bruxelles. Bélgica, 1970.

PEREZ PERDOMO, Rogelio y RUGGERI, Ana María: **La protección de intereses difusos, fragmentarios y colectivos.** Revista de Derecho Público. no. 16. Caracas (Venezuela), 1983.

PERU: **Código Civil del Perú (1852)**, concordado y anotado por Juan José CALLE. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1928.

PERU: **Código Civil (1984).** Edición Oficial. Ministerio de Justicia. Lima, 1984.

PETIT, Eugéne: **Tratado Elemental de Derecho Romano.** Trad. de la 9a. ed. francesa. Editorial Albatros. Buenos Aires.

PINO CARPIO, Remigio: **Nociones de Derecho Procesal y Comento del Código de Procedimientos Civiles.** 5 t. Lima, 1945.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges: **Traité Pratique de Droit Civil Français.** 14 t. Con la colaboración de Paul ESMEIN. Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence. París, 1930.

PROSSER, William L. y SMITH, Young B.: **Torts, Cases and Materials.** 3a. ed. The Foundation Press, Inc. Brooklyn, 1962.

RABIN, Robert L.: **Perspectives on Tort Law**, 2a. ed. Little, Brown and Company. Boston-Toronto, 1983.

RABIN, Robert L.: **Indeterminate risk and tort reform: comment on Calabresi and Klevorick.** The Journal of Legal Studies. Vol XIV. Diciembre de 1985.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA: **Diccionario de la Lengua Española.** Décimoctava edición. Madrid, 1956.

RECASENS SICHES, Luis: **Tratado General de Filosofía del Derecho.** 2a. ed. ED. Porrúa. México, 1961.

RESCIGNO, Pietro: **Valutazione equitativa: profili comuni,** en Giovanna VISINTINI: **Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale.** Dott. A. Giuffré, Editore. Milano, 1984.

REY de CASTRO, Alberto: **La Responsabilidad Civil Extracontractual. Estudio teórico-práctico del Derecho Nacional y Comparado.** Lima, 1972.

ROBINSON, Glen O.: **Probabilistic causation and compensation for tortious risk.** The Journal of Legal Studies. Vol XIV. Diciembre de 1985.

RODOTA, Stefano: **Il Problema della Responsabilitá Civile.** Dott. A. Giuffrè, Editor. Milano, 1964.

ROITMAN, Horacio: **El seguro de la responsabilidad civil.** Lerner Ediciones. Córdova (Argentina), 1974.

ROJO y FERNANDEZ-RIO, Angel: **La responsabilidad civil del fabricante.** Studia Albornotiana. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1974.

ROMERO, Julián Guillermo: **Estudios de Legislación Procesal.** Tip. de "El Lucero". Lima, 1917.

ROPPO, Enzo: **Danno e risarcimento nell'esercizio di mass media,** en Giovanna VISINTINI (ed.): **Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale.** Dott. A. Giuffrè, Editore. Milano, 1984.

ROSENBERG, David: **The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System.** 97 Harvard Law Review 849 (Febrero de 1984).

ROSELLO, C. Carlo: **Il danno evitabile con l'ordinaria diligenza,** en

Giovanna VISINTINI: **Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale.** Dott. A. Giuffré, Editore. Milano, 1984.

RUBIO CORREA, Marcial: **Abuso del Derecho,** en Fernando de TRAZEGNIES (ed.): **Para leer el Código Civil.** Vol II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985.

RUBIO CORREA, Marcial: **Título Preliminar.** Biblioteca "Para leer el Código Civil". Vol. III. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1986.

RUBIO CORREA, Marcial: **Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil.** Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente. Lima, 1987.

SACCO, Rodolfo; MAJELLO, Ugo; y FERRARINI, Guido: **Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale,** en Giovanna VISINTINI: **Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale.** Dott. A. Giuffrè, Editore. Milano, 1984.

SALAS, Acdeel Ernesto: **Relaciones entre el dueño y el guardián de la cosa inanimada dañosa,** en ALTERINI et al.: **Temas de Responsabilidad Civil, en Honor al Dr. Augusto M. Morello.** Librería Editora Platense. La Plata (Argentina), 1981.

SANTOS BRIZ, Jaime: **La Responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal.** 4ta. ed. Editorial Montecorvo S.A. Madrid, 1986.

SARTRE, Jean-Paul: ***L'etre et le néant. Essai d'ontologie phénoménologique.*** Gallimard. París, 1943.

SAVATIER, René: **Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français civil, administratif, professionel, procédural.** 2 t. Prólogo de Henri Capitant. Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence. París, 1951.

SAVATIER, René: **Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui.** 3a. ed. Librairie Dalloz. París, 1964.

SCHIPANI, Sandro: **Diritto romano e attuali esigenze della responsabilitá civile: pluralità di prospettive e ruolo della "culpa"**

come criterio elaborato dalla scienza del diritto nell'interpretazione dalla "lex Aquilia", en *Studia Juridica*, XII/ 1985.

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

SCHMALZ, Richard A.: **On the financing of compensation systems.** The Journal of Legal Studies. Vol XIV. U.S.A., Diciembre de 1985.

SCHWARTZ, Gary T.: **Foreword: Understanding Products Liability.** 67. California Law Review 438 (1979).

SCHWARTZ, Gary T.: **The Viality of Negligence and the Ethics of Strict Liability,** en Robert L. RABIN: **Perspective on Tort Law,** 2a. ed. Little, Brown and Company. Boston-Toronto, 1983.

SIMPSON, Laurence P.: **Handbook of the Law of Contracts.** West Publishing Co. St. Paul, Minessota (U.S.A.), 1954.

SPACONE, Andrew Carl: **The Emergence of Strict Liability: A Historical Perspective and Other Considerations, Including Senate 100.** Journal of Products Liability. Vol. 8. Pergamon Press. U.S.A., 1985.

SPOTA, Alberto J.: **Medidas cautelares,** en Máximo CASTRO **et al.: Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina.** Ediar. Buenos Aires, 1946.

STARCK, Boris: **Droit Civil. Obligations. 1. Responsabilité délictuelle.** 2a. ed. revisada por Henri ROLAND y Laurent BOYER. Librairies Techniques. Libraire de la Cour de Cassation. París, 1985.

STEINER, Henry J.: **The Reshaping of american Law: Legal Expressions of Change in Social Structure and Theory.** Preliminar Draft. Harvard Law School. Cambridge (U.S.A.), octubre de 1974.

STEINER, Henry J.: **Justification and Social Visión in Common Law Change. The Case of Modern Accident Law.** Preliminary draft. Harvard Law School. Cambridge (U.S.A.), julio de 1983.

STIGLITZ, Gabriel A.: **La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas.** Prólogo del Dr. Augusto Mario MORELLO. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1984.

STIGLITZ, Rubén S.: **Seguro contra la responsabilidad profesional del médico. El riesgo cubierto. Inasegurabilidad del siniestro provocado dolosamente,** en ALTERINI **et al.: Temas de Responsabilidad Civil, en Honor al Dr. Augusto M. Morello.** Librería Editora Platense. La Plata (Argentina), 1981.

SUGARMAN, Stephen D.: **Doing Away with Tort Law.** California Law Review. Vol. 73. No. 3. May de 1985.

SUIZA: **Legge federale di complemento del Codice Civile Svizzero.** Libro Quinto. **Diritto delle Obligazioni.** Cancellería Federale. 1966.

TEJERINA, Wenceslao: **Culpa por omisión,** en ALTERINI **et al.: Temas de Responsabilidad Civil, en Honor al Dr. Augusto M. Morello.** Librería Editora Platense. La Plata (Argentina), 1981.

TERRE, François: **Propos sur la responsabilité civile.** Archives de Philosophie du Droit. T. XII: **La responsabilité.** Sirey, 1977.

TRIGO REPRESAS, Félix A.: **Subsistencia del perjuicio como requisito del resarcimiento del dato patrimonial,** en ALTERINI **et al.: Temas de Responsabilidad Cviil, en honor al Dr. Augusto M. Morello.** Librería Editora Platense. La Plata (Argentina), 1981.

TRIMARCHI, Pietro: **Rischio e Responsabilità Oggetiva.** Dott. A. Giuffrè, Editore. Milano, 1961.

TRIMARCHI, Pietro: **Causalità giuridica e danno,** en Giovanna VISINTINI: **Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale.** Dott. A. Giuffrè, Editore. Milano, 1984.

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

TUNC, André: **Le droit en miettes.** Archives de Philosophie du Droit. T. XII: **La responsabilité.** Sirey, 1977.

TUNC, André: **La Responsabilité Civile.** Economica. París, 1981. Este trabajo es una adaptación de la Introducción preparada por el Prof. TUNC para el Volumen XI (Torts) de la **International Encyclopedia of Comparative Law.**

U.R.S.S.: **Fundamentos de la Legislación de la U.R.S.S. y de las Repúblicas Federadas Soviéticas.** Editorial Progreso. Moscú, 1975.

U.R.S.S.: **Legislación Soviética Moderna.** Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. México, 1947.

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

VELASCO GALLO, Francisco: **Derecho Procesal Civil. Juicios Especiales y Procedimientos No Contenciosos.** 2a. ed. Lima, 1977.

VENINI, Juan Carlos: **Responsabilidad civil de los directores del colegio,** en ALTERINI **et al.: Temas de la Responsabilidad Civil, en Honor al Dr. Augusto M. Morello.** Librería Editora Platense. La Plata (Argentina), 1981.

VIDAL RAMIREZ, Fernando: **La Prescripción y la caducidad en el Código Civil peruano.** Cultural cuzco S.A., Editores. Lima, 1985.

VIDAL RAMIREZ, Fernando: **Teoría General del Acto Jurídico.** Cultural Cuzco S.A., Editores. Lima, 1985.

VILLEY, Michel: **Introduction a l'histoire de la philosophie du droit,** en **ipso auctore: Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit.** Dalloz. París, 1962.

VILLEY, Michel: **Gaius et le droit subjectif, en ipso auctore: Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit.** Dalloz. París, 1962.

VILLEY, Michel: **Préface.** Archives de Philosophie du Droit. T. XVII: **L'interprétation dans le droit.** Sirey. París, 1972.

VILLEY, Michel: **Modes classiques d'interprétation du droit.** Archives de Philosophie du Droit. T. XVII: **L'interprétation dans le droit.** Sirey. París, 1972.

VILLEY, Michel: **Esquisse historique sur le mot responsable.** Archives de Philosophie du Droit. T. XXII: **La Responsabilité.** Sirey. París, 1977.

VINEY, Geneviève: **De la responsabilité personelle a la répartition des risques.** Archives de Philosophie du Droit. T. XII: **La responsabilité.** Sirey, 1977.

VISINTINI, Giovanna (ed.): **Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale.** Dott. A. Giuffrè, Editore. Milano, 1984.

VISINTINI, Giovanna: **Il criterio legislativo delle conseguenze dirette ed inmediate,** en Giovanna VISINTINI: **Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale.** Dott. A. Giuffrè, Editore. Milano, 1984.

VIVANTE, Cesare: **Trattato di Diritto Commerciale.** 4ta. ed. Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi. Milano, 1916.

WHITESIDE, Thomas: **The Investigation of Ralph Nader. General Motors vs. One determined Man.** Pocket. New York, 1972.

WITTGENSTEIN, Ludwig: **Tractatus logico-philosophicus.** Gallimard. París, 1961.

ZANNONI, Eduardo A.: **Epoca de la determinación del daño,** en ALTERINI et al.: **Temas de Responsabilidad Civil, en Honor al Dr. Augusto M. Morello.** Librería Editora Platense. La Plata (Argentina), 1981.

ZILE, Zigurds L.: **Kasten's Products Liability Bill is of benefit of nobody.** The Capital Times. Other Voices. Madison, Wisc. (U.S.A.), 15 de mayo de 1985.

ZOLEZZI, Lorenzo: **Disposiciones de contenido procesal,** en Fernando de TRAZEGNIES GRANDA (ed.): **Para leer el Código Civil.** T. II, 2a. ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985.

TABLA DE DISPOSICIONES LEGALES*

La referencia corresponde a los numerales del texto.

LEYES PERUANAS

Constitución de 1933

Artículo 63: 313.

Constitución de 1979.

Artículo 79: 690.
Artículo 110: 690.
Artículo 115: 690.
Artículo 123: 578, 597, 619.
Artículo 694: 690.

Código Civil de 1852.

Artículo 1265: 696.
Artículo 2111: 657.
Artículos 2189 a 2211. 693.
Artículo 2189: 44.
Artículo 2191: 34, 499.
Artículo 2192: 33, 260.
Artículo 2194: 33, 499.
Artículo 2196: 247.
Artículo 2197: 33, 247.
Artículo 2198: 33, 247.
Artículo 2202: 401.

Código Civil de 1936.

Título Preliminar, artículo II: 594.
Título Preliminar, artículo III: 594.
Artículo 79: 401.
Artículo 1136: 34, 35, 45, 46, 66, 83, 90, 401, 489, 506, 547, 548, 677.
Artículo 1137:
inciso 1°: 34, 35, 36, 66, 90.
inciso 3°: 105, 107.
Artículo 1138: 25, 340, 354.
Artículo 1139: 35, 677.
Artículo 1140: 26, 35, 247.
Artículo 1141: 193.
Artículo 1142: 35, 258, 677.
Artículo 1143: 35, 258.
Artículo 1144: 35, 80, 258, 281, 302, 509, 677.
Artículo 1145: 35, 258, 259, 677.
Artículo 1146: 35, 258, 273, 677.
Artículo 1147: 35, 332.
Artículo 1148: 35, 401.
Artículo 1149: 35, 401.
Artículo 1168:
inciso 6°: 394, 530.
Artículo 1233: 418.
Artículo 1269:
inciso 2°: 438.
Artículo 1270:
inciso 1°: 438.
Artículo 1310: 137.
Artículo 1321: 115, 122.
Artículo 1323: 83, 368, 369, 636.
Artículo 1345: 416.
Artículo 1358: 548.
Artículo 1359: 548.

Código Civil de 1984.

Título Preliminar, artículo II: 95, 616, 617.
Artículo 5: 311, 647.

Artículo 14: 618, 647.
Artículo 16: 618, 647.
Artículo 17: 311, 332, 410, 608, 618, 620, 647.
Artículo 26: 647.
Artículo 28: 608, 647.
Artículo 43: 231.
Artículo 44: 231.
Artículo 140: 636.
Artículo 168: 125.
Artículo 169: 125.
Artículo 170: 125.
Artículo 219: 129.
Artículo 240: 642.
Artículo 257: 648.
Artículo 309: 148 y nota 237.
Artículo 312: 151.
Artículo 885: 110.
Artículo 886: 110.
Artículo 924: 617, 648.
Artículo 959: 108, 648, 680.
Artículo 961: 617, 648.
Artículo 962: 648.
Artículo 963: 617, 620, 648.
Artículo 1013: 273, 642.
Artículo 1026: 273.
Artículo 1079: 642.
Artículo 1081: 642.
Artículo 1124: 423.
Artículo 1147: 334.
Artículo 1182: 424.
Artículo 1184: 431.
Artículo 1186: 595.
Artículo 1188: 329, 339, 423.
Artículo 1189: 339.
Artículo 1196: 329, 423.
Artículo 1197: 423.
Artículo 1219, inciso 4°: 418.
Artículo 1235: 381.
Artículo 1236: 384.

Artículo 1242: 638.
Artículo 1261, inciso 1°: 438.
Artículo 1269: 644.
Artículo 1270: 644.
Artículo 1295: 123.
Artículo 1296: 123.
Artículo 1297: 123.
Artículo 1298: 123.
Artículo 1299: 123.
Artículo 1302: 135, 137.
Artículo 1306: 137.
Artículos 1314 a 1332: 640.
Artículo 1315: 171, 173.
Artículo 1319: 122.
Artículo 1321: 122, 159, 215, 272, 368, 566, 636, 638, 654.
Artículo 1322: 402.
Artículo 1328: 120, 122, 639.
Artículo 1330: 122.
Artículo 1333: 636.
Artículo 1336: 636, 638, 640.
Artículo 1339: 638.
Artículos 1341 a 1350: 638.
Artículo 1341: 640.
Artículo 1358: 129.
Artículo 1362: 646.
Artículo 1398: 119, 641.
Artículo 1401: 119.
Artículo 1428: 641.
Artículo 1429: 641.
Artículo 1432: 641.
Artículo 1447: 124.
Artículo 1455: 135.
Artículos 1470 a 1472: 642.
Artículo 1484: 641.
Artículo 1495: 641.
Artículo 1512, inciso 5°: 566, 641.
Artículo 1525: 641.

Artículo 1541: 642.
Artículo 1555: 642.
Artículo 1556: 642.
Artículo 1563: 642.
Artículo 1621: 123.
Artículo 1680: 273.
Artículo 1682: 642.
Artículo 1718: 642.
Artículo 1719: 642.
Artículo 1749: 642.
Artículo 1756: 308.
Artículo 1762: 308, 642.
Artículo 1764: 302.
Artículo 1777: 642.
Artículo 1782: 642.
Artículo 1783: 642.
Artículo 1784: 272, 642.
Artículo 1791: 143, nota 221.
Artículo 1794: 642.
Artículo 1796: 642.
Artículo 1808: 143, nota 227.
Artículo 1818: 143, nota 221.
Artículo 1820: 642.
Artículo 1824: 642.
Artículo 1833: 143, nota 227.
Artículo 1841: 642.
Artículo 1880: 642.
Artículo 1920: 642.
Artículo 1952: 642.
Artículo 1954: 109, 648.
Artículo 1955: 648.
Artículo 1963: 642.
Artículo 1969: **42-66**, 67, 68, 69, 70, 74, 87, 90, 91, 96, 99, 100, 101, 109, 131, 132, 148, nota 237, 156, 162, 166, 167, 184, 189, 220, 226, 228, 240, 245, 251, 263, 269, 270, 272, 273, 275, 277, 292, 293, 294, 311, 332, 338, 410, 433, 489, 493, 518, 520, 522, 535, 560, 566, 592, 593, 636, 644, 691.
Artículo 1970: 41, **67-84,** 87, 90, 91, 96, 100, 109, 130, 132, 148, nota 237, 162, 165, 166, 167, 168, 172, 184, 185,

188, 189, 190, 193, 200, 202, 220, 221, 227, 229, 235, 245, 259, 261, 263, 270, 272, **280- 284,** 293, 308, 326, 332, 338, 410, 433, 489, 493, 518, 522, 524, 535, 546, 556, 557, 560, 561, 564, 566, 567, 592, 593, 636, 644, 691.

Artículo 1971: 86, 87, 90, 165, 293, 433, 644, 691.

inciso 1°: **89-96,** 98, 460, 646.

inciso 2°: **97-104,** 130.

inciso 3°: 97, 98, 100, 102, **105- 112,** 184, 648.

Artículo 1972 90, 99, 101, 128, 132, 155, 163, **165-204,** 223, 240, 261, 262, 278, 283, 293, 433, 459, 460, 524, 557, 561, 644, 691.

Artículo 1973: 128, 132, **187- 204,** 262, 278, 293, 374, 433, 459, 460, 644.

Artículo 1974: **217- 229,** 230, 235, 245, 648.

Artículo 1975: 149, **230- 245,** 332, 636, 648.

Artículo 1976: **230- 245,** 648.

Artículo 1977: 25, **230- 245,** 489, 648.

Artículo 1978: 224, **319- 328,** 644.

Artículo 1979: 128, 129, **249- 265,** 273, 518, 648.

Artículo 1980: 247, **267- 279,** 518, 648.

Artículo 1981: 82, 155, 283, **285- 309,** 332, 489, 500, 517, 518, 527, 644, 648.

Artículo 1982: 104, **315- 318,** 647.

Artículo 1983: 183, 224, 262, 272, 279, 308, 311, 319, 321, 322, 324, 326, **329- 339,** 370, 517, 564, 567, 595, 644.

Artículo 1984: **396- 410,** 643, 644.

Artículo 1985: 128, **153- 164,** 201, 214, **340- 410,** 438, 552, 643, 644, 647.

Artículo 1986: 86, **115- 138,** 191, 594, 644.

Artículo 1987: **411- 438,** 489, 550, 644.

Artículo 1988: 204, **439- 462,** 489, 643.

Artículo 1993: 272, 398, 530.

Artículo 1996:

inciso 3°: 530.

Artículo 1998: 530.

Artículo 2001,

inciso 1°: 636.

inciso 2°: 636.

inciso 3°: 636.

inciso 4°: 636.
Artículo 2038: 639.
Artículo 2095: 636.
Artículo 2097: 636.

Código de Procedimientos Civiles

Artículo 249: 625.
Artículo 250: 625.
Artículo 266: 136.
Artículo 322: 613.
Artículo 988 a 1029: 613.
Artículo 1018: 613.
Artículo 1019: 613.
Artículo 1022: 613.
Artículo 1023: 613.
Artículo 1024: 613.
Artículo 1027: 614.
Artículo 1028: 614.
Artículo 1061: 532.

Código Penal.

Artículo 179: 61.
Artículo 180: 61.

Ley 1378.

Ver: 656.
Artículo 30: 83.

Leyes 9586 y 9592, sobre bienes de personas de nacionalidad enemiga.

Ver: 548.

Ley 10551.

Ver: 506.

Ley 18844.

Ver: 83.

Decreto-Ley 20236, que modifica el Código de Procedimientos Civiles.

Artículo 17: 526.

Decreto Legislativo 310, de 12 de diciembre de 1984, que establece las modificaciones procesales que exige la entrada en vigencia del nuevo Código Civil de 1984.

Artículo 2:
inciso 3°: 618, 620.

Decreto Supremo 002-72-TR de 24 de febrero de 1972.

Ver: 83.
Artículo 10: 656.

LEYES EXTRANJERAS

ARGENTINA

Código Civil

Artículo 43: 511.
Artículo 512: 521.
Artículo 1083: 376.

Ley 17.711.

Ver: 376.

AUSTRIA

Código Civil

Artículo 1323: 376.

BELGICA

Ley de 1° de julio de 1956, sobre contrato de seguro.

Ver: 413.
Artículo 11: 434.

BOLIVIA

Código Civil de 1975.

Artículo 994: 376.

BRASIL

Código Civil.

Artículo 160, inciso 2°: 107.
Artículo 1519: 107.
Artículo 1523: 290.

CANADA

Código Civil de la Provincia de Québec.

Artículo 1056c: 388.

COSTA RICA

Ley 5930 de 13 de setiembre de 1976 (seguro obligatorio de automóviles).

Ver: 83, 460

ESPAÑA

Código Civil.

Artículo 1903: 290.

Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de 24 de diciembre de 1962.

Artículo 44: 460.

Reglamento del seguro obligatorio de vehículos de motor, de 19 de noviembre de 1964, modificado por el Real Decreto de 4 de julio de 1980.

Artículo 30: 460.

Ley del Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980.

Artículo 74: 434.
Artículo 76: 413.

Reglamento de 19 de noviembre de 1964.

Artículo 30: 460.

ESTADOS UNIDOS

Federal Tort Claims Act.

Ver: 511.

Federal Rules of Civil Procedure de 1938.

Rule 23 (enmendada por
el Advisory Committee on Civil Rules
el 28 de febrero de 1966): 631.

Ley del Estado de Nueva York sobre seguro obligatorio de tránsito.

Ver: 460.

ETIOPIA

Código Civil.

Artículo 2090: 376.
Artículo 2119: 376.

FRANCIA

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Artículo 13: 516.

Código Penal de Brumario del Año IV.

Artículo 4: 43.

Code Napoleón.

Artículo 1148: 173.
Artículo 1151: 212.
Artículo 1382: 34.
Artículo 1383: 34.
Artículo 1384: 142, 143, 290.

Artículo 1385: 256, 257, 260.
Artículo 2012: 413.

Código de Procedimientos Civiles.

Artículo 464: 384.

Código de la Seguridad Social.

Artículo 467: 122.
Artículo 468: 122.

Código de la Aviación Civil y Comercial.

Ver: 142.

Ley de 9 de abril de 1898 sobre accidentes de trabajo.

Artículo 20: 122.

Ley de 26 de diciembre de 1914, sobre daños resultantes de guerra.

Ver: 523.

Ley de 2 de marzo de 1957, que interpreta la Convención de Varsovia sobre aeronavegación.

Ver: 522.

Leyes que autorizan la acción directa de la víctima contra el asegurador.

Ley de 10 de febrero de 1889: 413.
Ley de 28 de mayo de 1913: 413.
Ley de 13 de julio de 1930: 413.

GRECIA

Código Civil.

Artículo 297: 376.

HUNGRIA

Código Civil.

Artículo 356: 376.
Artículo 357: 376.

ITALIA

Código Civil.

Artículo 1223: 212.
Artículo 1225: 368.
Artículo 2043: 680, n. 961.
Artículo 2046: 217.
Artículo 2047: 26, 244.
Artículo 2049: 290.
Artículo 2052: 257, 264.
Artículo 2053: 275.
Artículo 2054: 204, 250.
Artículo 2055: 332.
Artículo 2957: 381.
Artículo 2058: 376.
Artículo 2059: 400.

Código Penal.

Artículo 185: 400.

Ley n. 1860, de 31 de diciembre de 1962, sobre el ejercicio de la actividad nuclear.

Artículo 15: 694.

MEXICO

Código Civil.

Artículo 1915: 376.
Artículo 1924: 290.

NUEVA ZELANDIA

Accident Compensation Act de 20 de octubre de 1972.

Ver: 83, 452.

PORTUGAL

Código Civil.

Artículo 483: 680, n. 961.
Artículo 500: 291.
Artículo 506-2: 204.
Artículo 562: 376.
Artículo 566: 376.

REPUBLICA ARABE UNIDA (EGIPTO)

Código Civil.

Artículo 171: 376.
Artículo 214: 290.

REPUBLICA DEMOCRATICA DE ALEMANIA

Código Civil.

Artículo 331: 290.

REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

Burgergesetzbuch (B.G.B.).

Artículo 249: 376.
Artículo 250: 376.
Artículo 251: 376.
Artículo 253: 400.
Artículo 829: 26.
Artículo 831: 290.

SUIZA

Código Civil.

Artículo	28:	400.

Código de las Obligaciones.

Artículo	43:	366.
Artículo	44:	25.
Artículo	51:	211.
Artículo	53:	49.
Artículo	54:	26.
Artículo	55:	290.

U.R.S.S.

Código Civil de 1922.

Artículo	403:	25.
Artículo	404:	25.
Artículo	405:	25.
Artículo	406:	25.
Artículo	410:	376.

URUGUAY

Código Civil.

Artículo	1324:	290.

TABLA DE EJECUTORIAS

JUICIOS CIVILES:

Demandante y demandado	Fecha de la Ejecutoria	Numeral del texto
Zósimo Alanya Villar con la Empresa del Ferrocarril Central	14.06.1957	83.
Alipio Alarcón con Pascual Roncalla	23.05.1945	318.
Caso "Aldred" (Gran Bretaña)	1587	597
Alfredo Alvarez Amaya con Angel Torrejón Mejía y la Administradora Para Municipal de Transporte de Lima	06.09.1971	333.
Roberto Amézaga con Roberto Boggio	17.07.1952	145.
Manuel Ampuero Herrera con Higinio Campodónico	15.12.1965	613.
Violeta Anaya con la Compañía Nacional de Tranvías S.A. y la Empresa San Miguel	09.05.1947	80.
Juan Andrade Quiroz con Ko Jon	04.07.1946	302.
Dalila Aramburú Vda. de Arones e hijos con la Compañía Nacional de Tranvías S.A.	06.07.1955	36, 78.
José Santos Ardiles con Abraham Batievski	02.05.1945	80.

* Por orden alfabético del apellido de los demandantes

Mencia Margarita Francia Vda. de Arias con la Empresa de Transportes San Bartolo	03.05. 1960	182.
Calendario Arroyo Leyten con Pedro Guzmán	13.06. 1956	238.
Víctor Arroyo Winther con Expreso Noroeste y Cía. Internacional de Seguros	28.09.1950	414.
Washington Arrunátegui Ríos con Jorge Bazán y Cía. de Seguros Generales Italo-Peruana	15.09.1958	414, 416.
Esperanza Lara Vda. de Arrunátegui con Benjamín Zignago Ormeño (Botica Cinco Esquinas)	19.04.1956	548.
Pedro Asmad, Julia Nique de Azahuancha y otros con Pedro Ponce Mendoza y la Negociación Laredo	19.10.1945	291.
Carlos Balarezo Risco con Compañía Nacional de Tranvías S.A.	09.07.1952	193.
Banco Industrial del Perú con Humberto Schwarz Ramírez	12.09.1978	47.
Rosa Baraybar Cornejo con el Estado	09.07.1957	509.
Barker v. City of Santa Fe (Supreme Court of New México, U.S.A.)		511, 554.
Barker v. Lull Engineerring Co.. (California, U.S.A.)	1978	545.
Juan Barreda Sanz con Luis A. Huaco	14.09.1949	318.
Modesto Barrios Sulca con Empresa de Omnibus San Miguel S.A.	06.08.1952	193, 356.
Liborio Bazalar S. con la Empresa de Transportes Nor-Pacífico S.A.	14.04.1953	174, 348.
Testamentaria de Juan Bazo Velarde con la Cerro de Pasco Corporation	01.12.1942	586, 594.
Beaudette v. Frana (Supreme Court of Minnesota, U.S.A.)	1969	150.
Llorgina Bresciani con César Augusto Thorne	29.04.1968	401.
José Emilio Buitrón Perales on Daría Choy de Yi y Cía. de Seguros		

Generales Sud-América	19.10.1970	414.
María Zapata de Bustamante con la Compañía Nacional de Tranvías S.A.	14.07.1945	190.
Paula Caballero con Eleázaro Tello	16.05.1945	613.
Rosa Corzo Vda. de Caballero con A.C.E.H. Pacheco Benavides	23.05.1949	49.
Leonor Fajardo Vda. de Cahuas con Laboratorios Socolán, Agencia de Transportes Fosca y Eusebio Ascasuzo (Botica El Pueblo)	16.09.1953	548.
José Calero Paz con el Estado	04.01.1960	360, 507, 528.
(Cámara Nacional Civil de Argentina)	02.06.1959	511.
(Cámara Nacional Civil, Sala F, de Argentina)	29.10.1968	521.
Elena Guibert Alva de Carbajal con Leoncio Guerrero Loayza y Angel Losno Pérez	14.09.1971	346, 358.
Melchora Carrasco Vda. de Cano con Mayor E.P. Eduardo Venegas González	05.01.1972	284.
Ricardo Carty y Manuel Cornejo con Marcos Uskokovi	04.08.1951	348.
Máximo Castillo López con la empresa del Ferrocaril Central del Perú y el Estado	05.04.1957	133.
Enriqueta Rodríguez Vda. de Castillo con la Compañía Nacional de Tranvías S.A.	26.10.1959	193.
Daniel Castro Lozada con el Concejo Provincial de Piura	18.05.1949	506.
Ismael Cisneros Ramos con Miguel Rendón y Cía. de Seguros Popular y Porvenir	27.08.1962	81, 414.
Pedro Clavel con Química Bayer	14.01.1946	548.
Concejo Distrital de Magdalena del Mar con Juan Machiavello González	18.12.1948	53, 55, 220, nota 357.
Enriqueta Alferi de Cortanova con		

Bertha Rodríguez y la Compañía Nacional de Tranvías	21.12.1957	182.
(Corte de Casación de Francia)	21.11.1911.	661.
(Corte de Casación de Francia)	27.03.1928	142.
(Corte de Casación de Francia)	05.05.1942	142.
(Corte de Casación de Francia, tres sentencias del mismo día)	20.12.1968	142.
(Corte de Casación de Italia)	29.12.1955	294.
(Corte de Casación de Italia)	10.10.1965	662.
(Corte Superior de Colmar, Francia)	02.05.1855	646.
(Corte Superior de Douai, Francia)	25.01.1897	330.
(Corte Superior de París)	21.06.1928	330.
(Corte Superio de París)	04.03.1936	143.
(Corte Superior de París)	20.06.1960	359.
(Corte Suprema de Argentina)	1958	511.
(Corte Suprema de Argentina)	03.08.1962	512.
Sara Reyes de Cortés e hijos con Empresa de Transportes San Juan	03.04.1957	80.
Miguel Angel Cortez Paz con la compañía Nacional de Tranvías S.A.	14.08.1958	575.
Cronin v. J.B.E. Olson Corp. (California, U.S.A.)	1972	543.
Andrés Cuenca García con Gerardo Bast Valdez	13.06.1972	190.
Alfonso Chávez con Julio F. Geldres	07.07.1956	313, 401.
Fidencio Chávez con Julio Alberto Arrieta y Leonor Pacheco de Arrieta	06.04.1954	238, 401.
Daly v. General Motors Corp. (California, U.S.A.)	1978	545.
Juana Sánchez de Delgado con Sara Moya, Sara Pimental de Ulloa y Gastón Ulloa	07.08.1950	613.
Emilio del Solar con Prudencio Emiliano Quintanilla	28.04.1949	335.
Ricardo Desmaison con Ulasdimiro		

Flores	05.11.1921	613.
Hermanos Dibós Cauvi (Establo San Isidro) con Casablanca S.A. (sentencia de Primera Instancia)	03.10.1959	548.
Hermanos Dibós Cauvi (Establo San Isidro) con Casablanca S.A. (sentencia de la Corte Superior)	19.11.1960	548.
Hermanos Dibós Cauvi (Establo San Isidro) con Casablanca S.A. Ejecutoria Suprema	20.11.1963	548.
Alberto Drouard Hansen con Próspero Antola Ognio	28.06.1957	281.
Tomás Devoto y Cía. con el Gobierno de la Nación (Suprema Corte de Argentina)	1933	511.
El Pacífico Compañía de Seguros y Reaseguros con Organizaciones Miraflores S.A.	16.09.1975	305.
Empresa Armendáriz S.A. con Eduardo Arredondo	20.07.1956	281.
Empresa Editora Peruana S.A. con el Estado	17.07.1959	507, 528.
Empresa de Transportes Roggero con Cía. de Aviación Panagra	17.09.1952	199.
César Encomenderos con Evelina Pereda Vda. de Armas	18.09.1954	238, 401.
Catalina R. Vda. de Escobedo con la Compañía Molinera Santa Rosa	17.04.1945	190.
Escola v. Coca Cola Bottling Co. (California, U.S.A.)	1944	540.
Uldarico Escudero con Francisco Wong	09.06.1965	613.
Luis Esteves Flores con el Concejo Distrital de San Isidro	31.10.1967	506, 596, 597.
Farwell v. Boston & Worcester Rail Road Corp. (Massachusetts, U.S.A.)	1840	306, 656.
José Rafael Félix con el Banco Popular	07.05.1945	300.

Benigno Fernández (Almacenes Safer), Atilio Guidi, Máximo Tapia, Wu Chi Chong, R.P. Bajtner, M.P. Engelhardt y Compañía Importadora y Exportadora Universal S.A. con Manuel Bonifaz	11.07.1951	275.
Manuela Flores González con Isaac Varón	17.04.1968	284.
José Flores Guerra con Eduardo Ausejo Aranza y Alfonso Arllentar Linares	18.07.1968	401.
Eduardo Fuller con Carlos Cornejo	18.08.1975	358.
Amanda Cárdenas Vda. de Gálvez con la Compañía Nacional de Tranvías S.A.	30.06.1945	190.
Pedro García Villanueva y Pedro García Soto con Jesús Muñante	29.04.1967	145, 174.
Luis García Salán con J. Panizo y Cía. S.A.	19.06.1970	656.
Gertz v. Robert Welch, Inc. (U.S.A.)	1974	373.
Rodolfo Gil con Empresa Agrícola Chicama	03.08.1950	348.
Rodolfo Gilardi con Empresa Perú S.A.	09.04.1947	360.
Marcos Godínez con Ball & De Gasperi Drilling & Elasting Co. S.A. Contratistas	20.08.1957	575.
Esteban Gómez con Empresa Nacional de Transportes (Argentina)	17.12.1958	388.
Rodolfo Gómez Silva con Hans Richard Frank Seldis	08.04.1946	351.
Rosa E. Grados con Carmela Feraldo Vda. de Coianti y el Estado	06.11.1959	509.
Greenman v. Yuba Power Co. (California, U.S.A.)	1963	540.
Eduardo Grellaud Fraserd, Ernesto		

Higueras y otros con la Compañía Nacional de Tranvías S.A.	06.04.1954	201.
Alicia Murillo Vda. de Guerra con Washington Guevara	05.09.1960	193, 238.
Hermina García Vda. de Hora con la Compañía Nacional de Tranvías S.A.	26.04.1954	209, nota 342.
Emma Herrera con Luis Ayulo	03.09.1945	302.
Hicks v. State (Supreme Court of New México, U.S.A.)	1976	511.
Alfonso Ibáñez González con Genaro Ferrigno	02.07.1973	371.
Ernesto Ibarra con Manuel Velarde Kemisch	26.10.1945	36, 53.
Hugo Igreda con Augusto Otárola	16.09.1957	318.
Immer v. Risko (New Jersey, U.S.A.)	1970	150.
Jorge Kajatt Porham con Gaufreda Nieva	08.06.1965	613.
Ollen J. Kelley *et ux.* v. R.G. Industries Inc, *et al.* (Maryland, U.S.A.)	03.10.1985	546.
Miguel Landa Machuca con Granja San Bosco S.A. y Cía de Seguros El Sol	11.06.1973	414.
Bernardino Lazo con Cía. de Seguros Atlas	24.12.1951	414.
Leonídas Lazo Pancorvo con Comité No. 4 San Judas Tadeo, Luis Gaspar Camacho Pellisier y Cía. de Seguros La Nacional	13.07.1971	414.
Benigno León Ruiz Cornejo con la Compañía Vinícola Toche Chávez	08.09.1959	193.
Coronel D. Máximo León Velarde con José Luis Valcárcel	29.09.1922	613.
Librería E. y F. Rosay con Alfredo Ruiz Espinosa y Juan Luis Raffo	20.10.1949	174.
Loero Hermanos y Cía. e Industrias		

Vínicas Patria S.A. con el Estado	09.06.1958	506, 530.
Loero Hermanos y Cía. e Industrias Vínicas Patria S.A. con el Estado	03.10.1960	506.
Felipa Peregrina Vda. de López con la Empresa de los Ferrocarriles del Sur	04.05.1967	83.
Raquel de la Flor de López de Castilla con Julio Cillóniz	1948	238, 240.
MacPherson v. Buick Motor Co. (New York, U.S.A.)	1916	538.
Gregoria Llanos de Malpartida con Olga Montalván de Alarco	14.08.1950	613.
Isabel Marcos Toledo con Gladys Huerta Mosquera y la Compañía de Seguros "La Nacional"	02.11.1953	174.
Francisco Mamani Quispe con Gilberto Cuadros	27.10.1959	35, 193.
Javier Mariátegui Campos con Julio Poppe Yesup	27.06.1955	360.
Marshall v. Ranne (Texas, U.S.A.)	1974	255.
María Faustina Vda. de Martínez con la Compañía Nacional de Tranvías S.A.	18.10.1957	175.
May v. Burdett (Gran Bretaña)	1846	254.
Nicolás Mayna Porras y Paulino Rojas Conga con el Estado	1947	505.
Méndez con The First National Bank of Boston (Argentina)		386.
Nicolás Merino Farfán con Polo Peña Liviapoma	19.07.1956	613.
Carlos Minaya Herrera con Juan Puppo Piaggio	14.07.1955	193.
Nicolás Miñán Hito con la Compañía Nacional de Tranvías S.A.	24.05.1969	78.
Aquiles Monroy Gutiérrez con Víctor Zaga García	21.07.1965	371.

Dina Vidal Flores de Moore con Víctor Elías Zelaya, Concejo Provincial de Lima y la Empresa de Transporte Urbano del Perú (ENATRU PERU)	03.04.1978	291, 510, 526.
Gloria Mujica Cabezas con María Antonieta Dancuart	27.03.1974	201, 347.
Sara Neyra Vda. de Navarro con Carlos Mendoza Bohórquez	21.05.1954	36, 351, 356.
N.N. con Empresa de dirigibles Clément-Bayard (Corte de Casación de Francia)	03.07.1915	646.
Lorenzo Noriega y Candelaria Arce de Noriega con Expreso Noroeste S.A.	28.08.1958	371.
Denise Oddoux con Fernando Cabieses Molina	10.06.1976	657, 661.
Alejandrina Ojaite Vda. de Olaya con Graf Automóviles Seleccionados y Alex Piller y Compañía S.A.	14.01.1976	83.
Antonio Oliart Astete con el Estado (Ferrocaril Cuzco-Santa Ana)	10.10.1968	509.
Peñafort Ortega Inga con Félix Eugenio Evaristo	23.04.1959	317.
Pedro de Osma con Pedro Venturo	22.05.1918	613.
Oversas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock and Engineering Co. Ltd. The Wagon Mound (No. 1) (Gran Bretaña)	1961	214.
Panamericana Compañía de Seguros con Rolando Rafael Pérez Urteaga y otro	12.04.1984	438.
Luis Paredes Salinas con el Estado	01.12.1961	507, 528.
Carmen Monzón vda. de Paredes con la Empresa del Ferrocarril de Trujillo	27.09.1945	291.
Betsabé Santillán de Pastor y otra con la Fábrica		

de Aceites San Jacinto	2.04.1952	193, 291.
María Julia Paúcar con Antonio Beramendi	05.12.1957	501.
César A. Paz F. con el Supremo Gobierno	01.12.1961	387.
Artencisa Garrido de Pelloci y Claudia Pachas de Amado con Víctor Macaguo, Nicolás Maumeire Huanca y Cía. de Seguros Peruano-Suiza	02.11.1971	414.
Carlos Pereda Rebaza con Cía. de Seguros Rímac	05.07.1974	414.
Amanda Pereyra con Juan Silva	06.08.1956	401.
Lucinda Albarracín Vda. de Pereyra con la Compañía de Servicios Urbanos	08.07.1955	174, 371.
Christiane Kuhn de Philippon con Compañía de Aviación Varig	26.06.1967	371.
José Cirilo Rafael Pichón con Roberto Ferrer y otros	26.04.1968	174.
Elena Cárdenas de Pinto con Oscar Zambrano Larrea	15.08.1978	47.
Rosa Clotilde de Rojas Vda. de Podestá con la Cía. de Aviación Faucett S.A.	14.01.1955	36, 77, 145.
Polemis and Furness Withy & Co. (Gran Bretaña)	1921	214.
Gabriel D. Porras y esposa con Empresa de Transportes Pacífico S.C. de R. Ltda.	24.03.1953	575.
Ernestina Larrea Vda. de Prieto con Roberto Brandt y Raygie	18.12.1944	99.
Angela Piaggio Vda. de Puppo con Canessa y Migone	24.03.1917	613.
Mateo Quinpe con Compañía Nacional de Tranvías S.A.	24.05.1960	193.
Guillermo Quiroz con Juan Francisco Menacho	16.07.1958	278.

Marcelino Quispe León con Jorge Euribe Sanabria	29.08.1972	193.
Marcelino Ramos Medina con la Sociedad Agrícola San Nicolás Ltda.	16.11.1979	318.
Fidelina Hidalgo de Rengifo con la Compañía Nacional de Tranvías S.A.	15.09.1948	55.
Zoila Cajachagua Alejos vda. de Retuerto con Julio René Jaguande Rocha	18.09.1975	201.
Alfredo Rivera con Hans Christian Berk Obernayer y el Club de Automóviles Sport	24.08.1967	36, 132, 660.
Antonio Rivero con Concejo Distrital de La Victoria	24.08.1951	506.
Mercedes Rodríguez con Virgilio Vásquez y Alberto Revilla	28.10.1949	334, 361.
Víctor M. Rodríguez con Monasterio de Santa Catalina	21.10.1949	348.
María Santillana de Romero con el Estado (Transportes Aéreos Militares)	16.07.1956	509.
Julia Gutiérrez de Rosas con Pilar Villegas de Neira		318.
Leonor Rosado con Ubaldo Guillermo Arévalo Aguilar	28.11.1956	401.
Jorge Rosales Flores con Enrique Deacon Mujica		36, 49.
Almira Rondón de Ruiz Eldredge con Agencia de Transportes Roggero	17.05.1947	351.
Ryan v. New York Central Railroad (New York, U.S.A.)	1866	216.
Rylands v. Fletcher (House of Lords, Inglaterra)	1868	73.

Simón Salhuana con el P. José Cortez	01.10.1951	281.
Cándido Eulogio Sánchez con el Estado (Transportes Aéreos Militares)	16.07.1956	509.
Wilfredo Sánchez con la Empresa Agrícola Chicama	19.05.1958	318.
Julio Sánchez Ortiz con el Estado	10.04.1956	505.
Servicio Municipal de Transportes con Ricardo Espinoza Fernández	26.04.1958	202, 509.
Segundo Juan Silva Soto con Héctor Rodríguez	18.04.1950	49.
Víctor Manuel Silva Cuadros con Hugo Palza Zapata	15.07.1978	47.
Alejandrina Olga Severo con José Quintana Fernández	17.06.1952	401.
Clotilde Vda. de Soto con Jorge Kieffer Olcese	16.12.1943	35, 81, 84.
Fermina Elías Vda. de Soto con El Sol Cía. de Seguros	01.07.1971	414.
Rósula Emilse Soto Martínez con Horacio Virgilio Valle Bustamante	10.12.1975	401.
Sucesión de D. José Manuel Munar Matute con Percy Bejarano Torres y La Colmena Cía. de Seguros	04.08.1975	414.
Sidney Summers con la Compañía de Omnibus Olaya S.A.	15.05.1957	360.
Juan Eduardo Tavera con José Barriga	22.09.1944	35, 237, 238.
Brenilda Salazar Vda. de Tejada con Mario Cabrera Rubio	05.12.1978	83.
Testamentaría de don Juan Bazo Velarde con la Cerro de Pasco Corp.	01.12.1942	586, 594.
Fabio Francisco Ticona Valdivia con el capitán Gilberto		

Robles Rázuri	27.08.1957	81, 346.
Isabel Marcos de Toledo con Gladys Huerta y Cía. de Seguros La Nacional	02.11.1953	414.
Enrique Trujillo Montesinos con el Estado	20.12.1954	509.
Francisco Ugaz Mera y Ernesto Zacarías Fernández con Eusebio Cachay Capuñay	22.12.1975	81.
United States V. Carroll Towing Co. (U.S.A.)	1947	27.
Julia Jacobs de Urquiaga con el Concejo Provincial de Trujillo	25.10.1949	508, 614.
María Borja Vda. de Valdivia con la Empresa de Ferrocarriles del Sur	13.06.1957	79.
Víctor Valenzuela con Negociación Agrícola Chacaca Mazo Ltda.	27.09.1947	49, 174.
Manuel Antonio Valera con Alejandro Rocha	06.06.1936	613.
Vaughan v. Miller Bros. "101" Ranch Wild West Show (Supreme Court of Appeals of West Virginia, U.S.A.)	1930	255.
Marcia Vásquez Revoredo con Conrado Mori Hidalgo	04.10.1944	401.
Lorenza Ventura con Juan Callegari Machin	17.05.1945	80.
Celia Vera Gabriel con Efraín Chiang Cabrera	07.11.1974	189.
Edgar Vizcarra Rosas y Livia Pacheco de Vizcarra con A. y F. Wiese S.A.	14.09.1960	360.
Wagner v. Bisell (Iowa, U.S.A.)	1856	255.
Rosa Zapata Guzmán con José F. Botto (Empresa Lima Park)	30.04.1954	360.
Froilán Zapata Valverde con Adolfo Morán Zuñiga	07.12.1972	356.

Héctor Zavaleta Rodríguez con la Corporación Municipal de Transportes	1951	196.
Juana Rosa Zuzunaga con David Olano	17.08.1945	174.

JUICIOS PENALES

Inculpado y delito*	**Fecha de la Ejecutoria**	**Numerales del texto**
Contra Tiburcio Anduviri, Johnny Encinas Ponce y Leocadia Vda. de Encinas por delito de homicidio	13.09.1952	61, 281, 303.
Contra Arnaldo Barrera Alvarado por delitos de lesiones	05.05.1944	137.
Contra Antonio Bermúdez y otros por delitos de apropiación ilícita y falsificación	12.11.1973	318.
Contra Marcos Carazas y Marcial Quispe por delito de lesiones	21.12.1957	58.
Contra Isabel García Porras por delito de homicidio por negligencia	21.10.1960	131.
Contra Leonardo Jara Bardales por delito contra el honor sexual	13.10.1947	323.
Contra Víctor Hugo Lizama Ayala por delito de robo	04.09.1973	333.
Contra César Vásquez Tuanama por delito de lesiones	07.07.1950	137.

* Por orden alfabético del apellido del inculpado

RECLAMACIONES ADMINISTRATIVAS CONTRA EL SUPREMO GOBIERNO

Reclamante*	**Fecha de la Vista Fiscal**	**Numerales del texto**
Afectados de Arequipa por la Revolución Restauradora	27.07.1868	501.
Afectados del Callao por el Ejército Restaurador	20.02.1867	498-499, 528.
Delgado Hermanos e Hijos	23.06.1868	502.
Santiago Graña	08.06.1868	501.
Klawer, Hughes y Cía.	29.08.1862	497.
José Landabaso	06.09.1864	487.
Toribio Mesía	15.02.1866	500.
Alejandro Ruden	30.09.1869	502.
Rollin Thorne	*ca.* 1862	497.
Suárez García	16.10.1865	497.

* Por orden alfabético de apellidos

INDICE ONOMASTICO [1**]

* No se ha incluido los nombres de los litigantes en los procesos citados.

** Las cifras remiten a los numerales del texto, donde aparece el nombre.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo: 417.
ALFONSO el SABIO: 7.
ALPA, G: 292, 294, 691.
ALSINA, Hugo: 605, 613, 625.
ALTAMIRA GIGENA, Julio I.: 511, 512, 516, 521.
ALVAREZ BENAVIDES, Artemio: 548.
APARICIO y GOMEZ SANCHEZ, Germán: 35, 612, 613.
ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: 399.
ARIAS SCHREIBER, Max: 124.
ARISTOTELES: 683.
ARNAUD, André-Jean: 213.
ASTETE VARGAS, Filipo: 323.
ATIYAH, P.S.: 438, 453.
AUBRY, C.: 237, 324, 400.
AVENDAÑO, Juan Luis: 657.
AZARD, P.: 405.
BACHELARD, Gastón: 320, 478.
BACON, Francis: *Epígrafe*, 633.
BALDO de UBALDI: 471.
BALLON, Ildefonso E.: 238.
BARAN, Paul: 447.
BARDE: 26, 242.
BASADRE, Jorge: 498, 501.
BATIFFOL, Henri: 480.
BAUDRY-LACANTINERIE, G.: 26, 237, 242, 400.
BEAUVOIR, Simone de: 408.
BENTHAM, Jeremy: 470.
BERMAN, HAROLD J: 5, 6.
BERNE, Eric: 460.

BESSONE, M.: 292, 294, 691.
BIBILONI, Juan Antonio: 376.
BIGIO, Jack: 608.
BINDING, Karl: 160.
BONFANTE, Pietro: 399, 604.
BONVICINI, Eugenio: 257.
BORRELL MACIA, Antonio: 171.
BOULANGER: 417.
BOURJON: 247.
BOYER, Laurent: 359, 660, 661, 683, 689.
BRODMANN: 11.
BROSETA PONT, Manuel: 445, 460.
BROWN, D. J. Latham: 59, 127, 133, 214, 254, 369, 374.
BRUGNET, Prof.: 481.
BUERES, Alberto J.: 657.
BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: 143, 173, 305, 511, 623.
CALABRESI, Guido: 18, 21, 30, 31, 32, 36, 82, 132, 277, 563, 590, 687.
CALDERON DE LA BARCA, Embajador: 499.
CALLE, Juan José: 23, 34, 36, 53, 89, 137, 190, 351, 360, 690, 693.
CANE, Peter: 438, 453.
CAPITAN, Henri: 417.
CARDENAS QUIROS, Carlos: 173, 419, 657, 694.
CARLUCCI, Aída Kemelmajer de: 203, 532.
CARRANZA OLIVARES, Francisco: 174.
CARRIO, Genaro: 472.
CASTAÑEDA, Jorge Eugenio: 172.
CAZEAUX, Pedro Néstor: 359, 363, 386.
CHABAS, François: 350, 353, 354, 367, 376, 379, 381, 384, 388, 391, 393, 419, 423, 428, 434, 435, 453, 456, 607.
COASE, R.H.: 29, 30, 32.
COLIN, Ambroise: 417.
CORNEJO, Angel Gustavo: 35.
CORNEJO CHAVEZ, Héctor: 148.
CORTAZAR, Julio: 698.
CUELLO CALON, Eugenio: 122.
de CUPIS, Adriano: 65, 106, 257, 264, 292, 335, 346, 359, 363, 364, 368, 384, 390, 391, 400, 511, 680.

de la PUENTE y LAVALLE, Manuel: 40, 124, 416, 417.
de la JARA y URETA, Ernesto: 35, 237, 586.
de TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: 394, 698, 699.
DEJEAN de la BATIE, Noel: 56.
DEMOGUE, René: 107, 300, 330, 400.
DEVLIN, Lord: 369.
DIPLOCK, Lord: 369.
DOMAT, Jean: 7, 34, 247, 649.
DUGUIT, León: 519, 521, 523, 531.
DURRELL, Lawrence: *Epígrafe*, 700.
DWORKIN, Ronald: 471.
ECO, Umberto: 479, 481.
ENDEMANN: 26.
ENNECERUS, Ludwig: 161, 384.
EPSTEIN, Richard A.: 27.
ESMEIN, Paul: 400, 637, 650, 662, 666.
ESPARZA HORNA, Alfonso: 371.
EHRENZWEIG, Albert A.: 234.
EXNER, Adolf: 173.
EVANS, E. P.: 668.
FAHY, J.J.: *Epígrafe*.
FEBRES MARTINEZ, Leonídas: 78, 81, 145, 182, 193, 196, 281, 313, 360, 387, 414, 507, 548.
FERAUD, Abate: 649.
FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: 405, 406, 409.
FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo: 421, 431, 434.
FLOREZ, Genaro: 657.
FLOREZ HUBY, Raúl: 657.
FOUCAULT, Michel: 678.
FOULQUIE, Paul: 668.
FRANK, Jerome: 475, 476, 479.
FRANKLIN, Marc A.: 452.
FRISANCHO MACEDO, José: 36.
FUMAGALI BEONIO BROCCHIERI, Mariateresa: 668.
GAIUS: 399.
GARCIA ARRESE, Marco Antonio: 36, 79, 80, 81, 133, 145, 174, 175, 182, 193, 196, 199, 201, 202, 209, 238, 278, 313, 318, 348, 351, 356, 360, 371, 400, 414, 506, 509, 548, 575.

GARCIA CALDERON, Francisco: 110, 188, 333.
GARCIA RADA, Domingo: 401.
GARMENDIA CASTAÑEDA, Roberto F.: 548.
GASTON, Alfredo: 497, 498, 500, 502.
GOLDENBERG, Isidoro H.: 155, 156, 161, 173, 205.
GONZALEZ PRADA, Manuel: *Epígrafe.*
GRANDMOULIN: 651, 681.
GROCIO, GROTIUS, GROOT, Hugo, Huigh de: 7, 649.
GROS, Baron: 499.
GUARINO, Antonio: 7, 604.
HAMILTON, Alexander: 649.
HAND, Juez: 27, 176.
HART, H.L.A.: 399, 471.
HEINECIO, HEINETIUS, HEINECKE, Juan G., Johann Gottlieb: 7, 646, 649.
HEISENBERG, Werner: 668.
HENRIOT, Jacques: 649.
HOLMES, Oliver Wendell: *Epígrafes.*
HUMPHREY, Nicholas: 668.
IZARD, Georges: 408.
JAMES, Fleming: 539.
JAMES Philip S.: 59, 127, 133, 214, 254, 369, 374, 607.
JIMENEZ de ASUA, Luis: 158.
JOSSERAND, Louis: 235, 280, 289, 417, 646, 661, 682.
JOWITT, Earl: 342.
JUSTINIANO, Emperador: 247.
KANT, Immanuel: 490.
KASTEN, Robert: 545.
KEETON Page y Robert: 460.
KELSEN, Hans: *Prefacio,* 32, 154, 471, 482, 487, 488, 696.
KESSLER, Friedrich: 539.
KIONKA, Edward J.: 255, 305, 331, 336, 369, 400.
KIERKEGAARD, Soren: 668.
KUHN, Thomas S.: 674, 675.
KUNKEL, Wolfgang: 5.
LALOU, Henri: 405.
LARCO, César: 302.
LARENZ, Karl: 384.
LE BRAS, Gabriel: 668.
LEFEBVRE, A.F.: 640, 651, 681.

LEON BARANDIARAN, José: *Dedicatoria*, 15, 26, 35, 46, 107, 124, 172, 178, 267, 273, 291.
LLAMBIAS, Jorge Joaquín: 376.
LLOSA RICKETTS, Emilio: 656.
MATIENZO, Juan de: 3.
MAZEAUD, Henry, León (y Jean): 5, 7, 11, 26, 33, 35, 43, 50, 51, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 65, 142, 143, 161, 172, 173, 199, 212, 220, 232, 233, 234, 235, 241, 242, 249, 256, 259, 263, 264, 274, 276, 300, 302, 303, 305, 324, 330, 346, 350, 353, 354, 359, 363, 367, 376, 379, 381, 384, 388, 391, 393, 400, 403, 405, 413, 419, 423, 428, 434, 435, 453, 456, 511, 607, 646, 649, 650, 652, 653, 662, 682, 691, 694, 699.
MEDELIUS RODRIGUEZ, Oscar: 657, 662.
MELAMED, A. Douglas: 31.
MESSINEO, Francesco: 172, 175, 417, 490, 661.
MICHELMAN, Frank I.: 32, 579, 587.
MILL, John Stuart: 29.
MILLER, Jonathan: 472.
MISHAN, E.J.: 28, 30.
MOISSET de ESPANES, Luis: 376.
MONTENEGRO BACA, José: 613.
MONTOYA, Juez: 511
MORELLO, Augusto Mario: 603.
MOSSET ITURRASPE, Jorge: 532.
NADER, Ralph: 542, 551, 556.
NAVARRO IRVINE, Félix: 35.
NECKER, Jacques: 649.
NEUMANN, Franz: 470, 487.
NIETZSCHE, Friedrich: *Epígrafe,* 478, 683, 700.
NUÑEZ VALDIVIA, Manuel Segundo: 174.
OCCAM, OCKAM, Guillermo de: 163.
OGUS, A.I.: 582, 597.
OLAECHEA, Manuel Augusto: 13, 23, 34, 35, 36, 81, 84, 89, 258, 273, 276, 586, 690, 693.
OLBRECHTS-TYTECA, L.: 486.
ORGAZ, Alfredo: 161, 363, 376, 384, 400.
ORTIZ ACHA, Walter: 657.

ORTOLAN: 605, 646.
ORWELL, Georges: 138.
OSTERLING PARODI, Felipe: 172, 173, 333, 419, 694.
PACCHIONI, Giovanni: 363.
PACHECO, Toribio: 110.
PALACIOS PALACIOS, Fernando E.: 80, 99, 190, 291, 300, 301, 302, 318, 401, 548.
PALMERO, Juan Carlos: 244.
PARETO, Vilfredo: 28, 29, 30, 31.
PARIENTE, Gil: 26.
PARRELLADA, Carlos A.: 532.
PASCAL, Blaise: 8.
PAULUS: 347, 358, 359.
PAZ SOLDAN, José Gregorio: 492, 497, 500, 501, 502.
PEIRANO FACIO, Jorge: 363, 649.
PERELMAN, Chaïm: 486.
PEREZ DE TUDELA, Manuel: 401.
PETERSON, Juez: 150.
PICO della MIRANDOLA, Conde Giovanni: *Dedicatoria.*
PINO CARPIO, Remigio: 613.
PLANIOL, Marcel: 59, 123, 237, 367, 381, 384, 400, 410, 417, 423, 637, 650, 662, 666.
POINCARE, Henri: 176.
PONCE SOBREVILLA, Leonídas: 36, 83, 131, 145, 174, 284, 371, 401.
PORTOCARRERO OLAVE, Félix: 174.
POSTEL, Guillaume: *Dedicatoria.*
POTHIER, Robert-Joseph: 51, 649.
PROSSER, William L.: 541.
PUFFENDORFF, Samuel: 7.
RABIN, Robert L.: 73, 143.
RAU, C.: 237, 324, 400.
RECASENS SICHES, Luis: 698.
REY de CASTRO, Alberto: 171.
RICHARDSON, G.M.: 582, 597.
RIPERT, Georges: 15, 59, 123, 234, 367, 381, 384, 400, 410, 417, 423, 637, 650, 662, 666.
RIVERO, Jean: 516.
ROBESPIERRE, Maximilien-François-Marie-Isidore de: 470.
RODRIGUEZ LLERENA, Darío: 35.
RODOTA, Stefano: 633, 690.

ROLAND, Henri: 359, 660, 661, 683, 689.
ROMERO, Julián Guillermo: 625.
ROPPO, Enzo: 410.
ROSS, Donald: 551.
ROTONDI, Giovanni: 5, 7, 8.
RUBIO CORREA, Marcial: 177, 359, 646.
RUMELIN, M.: 161.
SALEILLES, Raymond: 26, 235.
SAINCTELETTE, G.: 650.
SANTOS BRIZ, Jaime: 290, 376, 400, 680.
SARGENTICH, Lewis D.: 460.
SARTRE, Jean-Paul: 668.
SAVATIER, René *Epígrafe*, 15, 36, 107, 142, 143, 188, 235, 400, 456, 523.
SCAEVOLA, Quintus Mucius: 5.
SCHIPANI, Sandro: 5, 8, 12.
SCHWARTZ, Gary T.: 73, 143, 541, 545.
SHAW, Lemuel: 306.
SIMPSON, Laurence P.: 123.
SOLER, Sebastián: 376.
SOLF y MURO, Alfredo: 34, 35, 89, 90.
SOTELO, José Joaquín: 36, 49, 53, 55, 174, 175, 196, 238, 281, 291, 318, 334, 335, 348, 360, 400, 507.
SOURDAT, M.A.: 330.
SPACONE, Andrew Carl: 537, 539, 545.
SPOTA, Alberto G.: 611.
STARCK, Boris: 359 , 660, 661, 683, 689, 690, 691.
STEINER, Henry J.: 22, 306, 460, 653.
STIGLITZ, Gabriel A.: 599, 603, 621, 626.
SUGARMAN, Stephen D.: 452.
SUS, Theodor: 171, 172, 173.
TARRIBLE, Tribuno: 43, 65.
TOMASIUS, Christian: 649.
TRAEGER: 161.
TRAYNOR, Roger: 540.
TRIMARCHI, Pietro: 82, 154, 161, 172, 173, 176.
TRUMBULL, J.: 255.
TULLOCK, Gordon: 29.
TUNC, André: *Epígrafe,* 6, 7, 11, 26, 34, 43, 50, 51, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 65, 232, 233, 234, 235, 242, 263, 264,

274, 301, 303, 305, 342, 343, 346, 359, 363, 400, 403, 405, 445, 452, 460, 646, 649, 650, 652, 653, 662, 666, 682, 691, 699.
ULPIANUS: 233, 235, 399, 604.
URETA, Manuel Toribio: 496, 498, 499, 501, 502, 511, 523, 528.
VASQUEZ de VELASCO, Manuel A.: 34, 35.
VELARDE ALVAREZ, Leonídas: 58, 281, 303, 318.
VELASCO GALLO, Francisco: 613.
VELEZ SARSFIELD, Dalmacio: 376.
VENEZIAN: 5
VIALE SALAZAR, Fausto: 657, 661.
VIDAL RAMIREZ, Fernando: 40, 124, 394, 530.
VILLEGAS, Julio: 137.
VILLEY, Michel: 471, 477, 646, 649, 668, 695.
VISINTINI, Giovanna: 154, 161, 292, 410.
VIVANTE, Cesare: 411, 419.
von BURI, Maximiliano: 157.
von GIERKE, Otto: 514.
von KRIES, J.: 161.
von LISZT, Franz: 161.
von SAVIGNY, Karl: 511.
WALINE, Marcel: 516.
WEBSTER, Secretario de Estado: 499.
WHITESIDE, Thomas: 542.
WINDSCHEID, Bernardo: 384.
WITTGENSTEIN, Ludwig: 163.
WRAY, C.J.: 597.
WRIGHT, C.J.: 255.
YRIVARREN, Luis: 36.
ZAVALA y LOAIZA, Carlos: 35.
ZILE, Zigurds L.: 73, 545.
ZOLEZZI, Lorenzo: 598.
ZULETA ANGEL, Eduardo: 35.

TABLA DE RUBROS

TOMO I

DEDICATORIA

PREFACIO

PARTE PRIMERA: LA TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

TITULO I: LOS ORIGENES

1.— Instituciones y principios. 2.— Una labor de desmitificación. 3.— Derecho e historia. 4.— El tratamiento social de los daños. 5.— La responsabilidad extracontractual en el Derecho romano. 6.— La responsabilidad extracontractual en el antiguo Derecho anglosajón. 7.— La moderna responsabilidad extracontractual. 8.— Los materiales de construcción.

TITULO II. LA MODERNA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

CAPITULO I: LAS TENDENCIAS EN BOGA

9.— Teorías justificatorias del desplazamiento del daño. 10.— La culpa. 11.— Las sutilezas de la subjetividad. 12.— La culpa objetiva. 13.— Dificultades de la culpa en general. 14.— Hacia una objetivación de la responsabilidad. 15.— Dificultades de la responsabilidad objetiva. 16.— Enfasis en la víctima. 17.— La responsabilidad de la sociedad. 18.— La distribución social del daño. 19.— La difusión del

riesgo a través del sistema de precios. 20.— La difusión del riesgo a través del seguro. 21.— Difusión del riesgo y prevención del daño. 22.— Sistema y estadística. 23.— La doctrina y la experiencia peruanas en materia de difusión social del riesgo.

CAPITULO II: RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y TEORIA ECONOMICA

24.— Responsabilidad y riqueza personal. 25.— La riqueza en los Códigos. 26.— Riqueza y culpa. 27.— El análisis costo/beneficio. 28.— La optimalidad de Pareto. 29.— El problema del costo social. 30.— La teoría económica repensada. 31.— La propuesta de Calabresi. 32.— Apreciación general de esta perspectiva de la responsabilidad extracontractual.

TITULO III: LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN EL PERU

33.— El Código Civil de 1852. 34.— El Código Civil de 1936. 35.— La interpretación doctrinal del Código de 1936. 36.— La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia. 37.— La elaboración del Código Civil de 1984. El Proyecto de la Comisión Reformadora. 38.— Vicisitudes del Proyecto en el seno de la Comisión Revisora.

PARTE SEGUNDA: COMENTARIOS AL ARTICULADO DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984

TITULO I: DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

39.— Actos ilícitos y responsabilidad extracontractual. 40.— La denominación general del área en la Comisión Reformadora. 41.—La denominación general en la Comisión Revisora.

TITULO II: LOS PRINCIPIOS DE RESPONSABILIDAD

CAPITULO I: EL PRINCIPIO SUBJETIVO DE RESPONSABILIDAD

Sección I: Generalidades

42.— Culpa y azar.

Sección II: El Dolo

43.— El dolo en los antecedentes legislativos extranjeros. 44.—El Código Civil peruano de 1852. 45.— El Código Civil peruano de 1936. 46.— Opinión de la doctrina peruana. 47.— Una jurisprudencia dudosa. 48.— La recuperación civil de los daños delictuales. 49.—Aplicación de la ley civil.

Sección III: La culpa

50.— Culpa *in abstracto* y culpa *in concreto*. 51.— Grados de culpa y patrón objetivo. 52.— Culpa jurídica y culpa moral. 53.— La culpa objetiva en la jurisprudencia peruana. 54.— Papel determinante de las convicciones del Juez en la investigación de la culpa objetiva. 55.— Las circunstancias: externas e internas. 56.— Dificultades de la distinción. 57.— La culpa y las diferencias sociales. 58.— La culpa y las diferencias culturales. 59.— La culpa por omisión. 60.— La culpa por omisión: naturaleza. 61.— La culpa por omisión: la obligación legal de ayudar, dentro de la ley peruana. 62.— La culpa por omisión: el deber general de solidaridad. 63.— La culpa por omisión: sus limitaciones.

Sección IV: En el camino de la responsabilidad objetiva

64.— Las rutas de la objetivación. 65.— la culpa *levissima*. 66.—La inversión de la carga de la prueba.

CAPITULO II: EN EL PRINCIPIO OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD

Sección I: Presencia de la responsabilidad objetiva

67.— Un principio distinto. 68.— Más allá de la simple inversión de la carga de la prueba. 69.— Independencia de la culpa. 70.—La presunción inimpugnable de culpa. 71.— El principio general y los casos especiales.

Sección II: El riesgo o peligro

72.— Un problema semántico. 73.— Riesgo anormal o simple riesgo. 74.— Por los senderos de la objetividad. 75.— La jurisprudencia del riesgo. 76.— El transporte moderno como actividad riesgosa. 77.— El

transporte moderno: la navegación aérea. 78.— El transporte moderno: el tranvía. 79.— El transporte moderno: los ferrocarriles. 80. — El transporte moderno: el transporte automotor masivo de pasajeros. 81.— El transporte moderno: la circulación automotriz en general. 82.— El riesgo de empresa. 83.— El riesgo laboral o de accidentes de trabajo. 84.— Otros bienes o actividades riesgosos.

TITULO III: DE LAS INMUNIDADES

CAPITULO I: GENERALIDADES

85.— Los umbrales de la responsabilidad extracontractual. 86.—Diferentes aduanas. 87.— Aplicación de las inmunidades a los casos de responsabilidad subjetiva y objetiva. 88.— El caso de la responsabilidad extracontractual del Estado.

CAPITULO II: EL DAÑO AUTORIZADO

Sección I: Del ejercicio regular de un derecho

89.— El ejercicio irregular como sinónimo de culpa. 90.— El ejercicio regular en el Código de 1984. 91.— Nuevo contexto, nuevo sentido, nueva función de la norma. 92.— El derecho de dañar. 93.— El derecho de actuar, aunque se cause daño. 94.— Al margen de la responsabilidad extracontractual. 95.— El ejercicio regular del derecho de dañar. 96.— El puesto de frontera del territorio de la responsabilidad.

Sección II: De la legítima defensa

97.— Daños causados al agresor. 98.— Exclusión de la responsabilidad. 99.— La agresión. 100.— Proporcionalidad. 101.—La carga de la prueba. 102.— Daños a terceros. 103.— Daños a terceros. Falsa agresión. 104.— La defensa de derecho.

Sección III: Del estado de necesidad

105.— Incoherencia de la regla. 106.— La justificación por la ausencia de culpa. 107.— La doctrina. 108.— Falta de concordancia legislativa. 109.— Soluciones al problema planteado por el Código perua-

no. 110.— Los bienes y las cosas 111.— La proporcionalidad. 112.— La prueba del daño.

CAPITULO III: VOLENTI NON FIT INIURIA

Sección I: Generalidades

113.— Las exclusiones convencionales de la responsabilidad extracontractual. 114.— Aceptación expresa y aceptación tácita del riesgo.

Sección II: Los convenios de irresponsabilidad

115.— Antecedentes legislativos. 116.— Utilidad de este tipo de convenios. 117.— El consentimiento de la víctima. 118.— Convenio expreso. 119.— La adhesión. 120.— El daño aceptable. 121.— El dolo. 122.— La culpa inexcusable. 123.— La causa o consideración de la irresponsabilidad. 124.— La acción por la falta de causa. La lesión.

Sección III: La asunción voluntaria del riesgo

125.— La exoneración tácita. 126.— La asunción del riesgo. 127.—El contrato de hecho. 128.— Alternativa: el análisis causal. 129.— Ventajas del análisis causal sobre el "convenio" de asunción del riesgo. 130.— Los cercos electrizados. 131.— El ejercicio del deporte. 132.— Los espectáculos peligrosos. 133.—Los casos de salvamento.

Sección IV: Los convenios ex post

134.— Naturaleza jurídica de estos convenios. 135.— La transacción. 136.— La condonación. 137.— Transacción de responsabilidad proveniente de delito.

Sección V: Consideraciones finales

138.— Por una inteligente defensa de la libertad individual y de la autonomía de la voluntad contractual.

CAPITULO IV: LAS INMUNIDADES CONTEXTUALES

Sección I: Generalidades

139.— Los ambientes de inmunidad. 140.— Los ambientes clásicos.

Sección II: El ambiente de gratuidad

141.— El transporte benévolo. 142.— La jurisprudencia francesa. 143.— La doctrina. 144.— Nuestra posición. 145.— La jurisprudencia peruana. 146.— El transporte clandestino, el transporte forzado y el transporte ignorado.

Sección III: El ambiente de familiaridad

147.— Los daños y perjuicios intrafamiliares. 148.— La responsabilidad intraconyugal. 149.— La responsabilidad entre padres e hijos. 150.— La pretendida inmunidad familiar. 151.— El problema dentro del Código Civil peruano.

CAPITULO V: EL ESCUDO DEL SEGURO

152.— La inmunidad del asegurado.

TITULO IV: LA RELACION DE CAUSALIDAD

CAPITULO I: EL NEXO CAUSAL

153.— La causa como condición de ciudadanía dentro del territorio de la responsabilidad extracontractual. 154.— Causalidad natural y causalidad jurídica. 155.— Causalidad y autoría. 156.—Causalidad y culpabilidad. 157.— La universalidad de causas. 158.— La individualización de las causas jurídicamente operativas. 159.— Teoría de la causa próxima. 160.— Teoría de la causa preponderante. 161.— Teoría de la causa adecuada. 162.— La causa en la responsabilidad extracontractual dentro del Código Civil peruano. 163.— Nuestra posición. 164.— La causa en acción.

CAPITULO II: LAS FRACTURAS CAUSALES

Sección I: Generalidades

165.— La primera lectura del artículo 1972. 166.— Alcance general de la fractura del nexo causal. 167.— Por una lectura correcta del artículo 1972. 168.— Una lectura complementaria. 169.—Causante presunto y autor.

Sección II: El caso fortuito y la fuerza mayor

170.— Caso fortuito y responsabilidad objetiva. 171.— Caso fortuito y fuerza mayor. 172.— La noción de caso fortuito repensada. 173.— Las características del caso fortuito extracontractual. 174.— La jurisprudencia. 175.— El caso fortuito como defensa causal. 176.— Relatividad del caso fortuito. 177.—Los bienes y actividades ultrariesgosos.

Sección III: El hecho determinante de tercero

178.— El hecho determinante de tercero como fractura causal. 179.— ¿Qué es el hecho determinante de tercero? 180.— Hecho de tercero y autoría. 181.— Características esenciales del hecho determinante. 182.— La jurisprudencia peruana. 183.— El hecho de tercero en la práctica. 184.— Dificultades en la apreciación del carácter determinante de una acción. 185.— El ultrariesgo. 186.—Hechos de tercero que no son eximentes en virtud de la ley.

Sección IV: La imprudencia de la víctima

187.— El hecho de la víctima. 188.— Causa e imprudencia. 189.—La prueba de la imprudencia. 190.— El uso de la palabra "imprudencia". 191.— Imprudencia y el *volens*. 192.— La *vis maior*. 193.— El hecho determinante de la víctima en la jurisprudencia peruana. 194.— El hecho concurrente de la víctima. 195.— Las situaciones mixtas. 196.— Algunos casos tipificados como hecho de la víctima en los que éste constituye causa concurrente del daño. 197.— Los daños recíprocos. 198.— Los daños recíprocos en una relación de responsabilidad objetiva. 199.— La neutralización de la responsabilidades recíprocas. 200.— La responsabilidad de ambas partes. 201.— Evaluación de las causas. 202.— La indeterminación y la equivalencia de causas. 203.— Otras alternativas al principio objetivo de responsabilidad. 204.— El seguro obligatorio como solución racional.

CAPITULO III: LOS DAÑOS REMOTOS

205.— Resonancias causales. 206.— La cadena de daños. 207.— El daño remoto y el daño indirecto. 208.— La cadena de daños dolosos. 209.— La culpa y el riesgo. 210.— Formas de encarar el problema.

211.— El prudente arbitrio del juez: Suiza. 212.— Las consecuencias inmediatas y directas. 213.— El campo de protección de la responsabilidad extracontractual. 214.— La evolución del Derecho inglés. 215.— El Código Civil peruano. 216.— Dificultades en la apreciación de lo normal.

TITULO V: CASOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD

CAPITULO I: EL DAÑO INCONSCIENTE

Sección I: El estado de pérdida de consciencia

217.— La inconsciencia temporal. 218.— La pérdida de consciencia. 219.— Necesidad de apreciación judicial. 220.— Capacidad de entender y capacidad de querer. 221.— Pérdida de consciencia y responsabilidad objetiva. 222.— La "meta—culpa". 223.— El hecho determinante de tercero. 224.— Carácter determinante de la intervención del tercero. 225.— La exigencia de culpa. 226.— La carga de la prueba. 227.— Daños con cosas y/o actividades peligrosas. 228.— Análisis de las alternativas: no hay participación de una actividad o cosa riesgosas en la producción del daño. 229.— Análisis de las alternativas: hay participación de una actividad o cosa riesgosas en la producción del daño.

Sección II: La incapacidad

230.— El sub—sistema de la falta de discernimiento. 231.—Incapacidad y discernimiento. 232.— Discernimiento y culpa *in concreto*. 233.— El caso del *furiosi*. 234.— La doctrina de la responsabilidad del demente. 235.— La posición del Código peruano. 236.— La responsabilidad del representante legal del incapaz. 237.— La culpa *in vigilando*. 238.— La responsabilidad objetiva del representante. 239.— Las nuevas dificultades teóricas. 240.— Diferencias en la representación legal. 241.— La responsabilidad del incapaz mismo. 242.— La disparidad de fortunas. 243.— El Código Civil peruano de 1984. 244.— La indemnización "equitativa". 245.— La equidad y los daños cometidos por incapaces no declarados.

CAPITULO II: LOS DAÑOS CAUSADOS POR LAS COSAS

246.— De las cosas. 247.— La perspectiva tradicional y la perspectiva contemporánea. 248.— Plan de este capítulo.

Sección I: De las Cosas animadas

249.— Una responsabilidad precursora. 250.— Una responsabilidad obsoleta. 251.— ¿De que animales se trata? 252.— Carácter objetivo de esta: responsabilidad. 253.— El Derecho Comparado. 254.— El *common law:* Inglaterra. 255.— El *common law:* Estados Unidos. 256.— Francia. 257.— Italia. 258.— El Código Civil peruano de 1936: responsabilidad objetiva. 259.— El Código de 1984: un régimen particular de responsabilidad objetiva. 260.— Una responsabilidad "incausada". 261.— La ruptura del nexo causal. 262.— La responsabilidad estricta por ultrariesgo. 263.— El propietario del animal y el que lo tiene a su cuidado. 264.—¿Quién lo tiene a su cuidado? 265.— La carga de la prueba.

Sección II: De las cosas inanimadas

266.— Las cosas inanimadas.

Sub-sección I: De la caída de los edificios

267.— Comparación con el texto del Código de 1936. 268.— Noción de edificio. 269.— La caída. 270.— El motivo de la caída. 271.—Propietario inicial y propietarios sucesores. 272.—Responsabilidad del constructor. 273.— El principio de responsabilidad del propietario. 274.— La doctrina de la culpa. 275.— La carga de la prueba. 276.— El fundamento de la responsabilidad objetiva del propietario. 277.— La política de erradicación del riesgo. 278.— El hecho de la víctima. 279.— La copropiedad.

Sub-Sección II: De las cosas peligrosas

280.— El "hecho" de las cosas. 281.— La jurisprudencia del Código Civil de 1936. 282.— Ambigüedad del Código. 283.— Nuestra posición. 284.— Propietario formal y propietario real.

CAPITULO III: LA RESPONSABILIDAD VICARIA DEL EMPLEADOR

Sección I: Subjetividad y objetividad

285.— El mundo del trabajo dependiente. 286.— Autor o responsable civil. 287.— *Ars combinatoria.* 288.— Ortodoxia y concesiones.

289.— El envilecimiento de la culpa. 290.— La responsabilidad vicaria y los códigos. 291.— El principio dentro del Derecho Civil peruano. 292.— El Código de 1984. 293.— El acto dañino del servidor en el Código de 1984.

Sección II: El fundamento de la responsabilidad vicaria

294.— La responsabilidad por hecho ajeno. 295.— El riesgo creado. 296.— El servidor como representante del principal. 297.— El servidor como instrumento del principal. 298.— La difusión social del riesgo. 299.— Los daños no accidentales.

Sección III: Condiciones de aplicación

300.— Bajo sus órdenes. 301.— Precisión del alcance de la condición. 302.— La zona de penumbra. 303.— Subordinación y parentesco. 304.— La subordinación organizacional. 305.— El acto de servicio. 306.— Responsabilidad vicaria y relación laboral.

Sección IV: La acción de repetición.

307.— Crítica a la norma. 308.— La acción de repetición: dolo o culpa inexcusable del servidor. 309.— La solidaridad entre el principal y el servidor.

CAPITULO IV: DIFAMACION Y CALUMNIA

Sección I: La difamación

310.— Diferencias entre difamación y calumnia. 311.— Devaneos legislativos. 312.— Los derechos de la persona. 313.— La jurisprudencia nacional. 314.— Problemas derivados de la falta de regulación de la institución.

Sección II: La calumnia

315.— El ejercicio del derecho de dañar y la defensa propia por la vía judicial. 316.— El ejercicio irregular del derecho de denunciar. 317.— ¿Cuándo es indemnizable la denuncia? 318.— La jurisprudencia peruana.

TITULO VI: RESPONSABILIDADES CONCURRENTES

CAPITULO I: INCITACION O AYUDA

319.— El *tatbestand* de la norma. 320.— Primera hipótesis de hecho: la incitación. 321.— Segunda hipótesis de hecho: la ayuda. 322.— consecuencias jurídicas de la distinción. 323.— Bases para una crítica de la distinción: la jurisprudencia peruana. 324.—Bases para una crítica de la distinción: la doctrina. 325.—Peligros de la distinción. 326.— ¿Existe la "ayuda objetiva"? 327.— El artículo 1978 y la carga de la prueba. 328.— La intromisión de una mentalidad penalista dentro del Derecho Civil.

CAPITULO II: SOLIDARIDAD DE RESPONSABLES

Sección I: Responsabilidad solidaria o *in solidum*

329.— Interés de la distinción. 330.— La jurisprudencia y la doctrina francesas. 331.— Naturaleza de la obligación.

Sección II: El Código Civil peruano

332.— Presencias y ausencias en la solidaridad. 333.—Concausalidad y daños sucesivos. 334.— Solidaridad y daños remotos. 335.— Dificultades de la distinción entre co-autores y autores múltiples.

Sección III: Las relaciones intra-responsables

336.— La justificación de la acción de la repetición. 337.— El criterio de repartición. 338.— La responsabilidad objetiva. 339.—La indemnización extrajudicial.

TOMO II

TITULO VII: LA INDEMNIZACION

CAPITULO I: CONDICIONES GENERALES DEL DAÑO REPARABLE

340.— Orientación legislativa. 341.— Función reparativa de la responsabilidad extracontractual. 342.— La *restitutio in integrum*. 343.— Persistencia de las huellas del daño

Sección I: El daño cierto

344.— El daño efectivo. 345.— El daño indirecto. 346.— El daño futuro.

Sección II: El daño probado

347.— La probanza del daño. 348.— La apreciación "prudencial" del daño.

Sección III: La condición personal de la víctima

349.— Variaciones en el valor de las consecuencias dañinas. 350.— El valor de la vida humana. 351.— La Jurisprudencia peruana

Sección IV: La condición personal del deudor

352.— Las posibilidades económicas del responsable. 353.— La indemnización es una reparación y no una sanción. 354.—Atenuación humanitaria de la responsabilidad. 355.— La difusión social del daño. 356.— La jurisprudencia peruana.

CAPITULO II: DAÑOS PATRIMONIALES

Sección I: Daño emergente y lucro cesante

357.— Los aspectos del daño. 358.— *Damnum emergens*. 359.— *Lucrum cessans*. 360.— Apreciación del *lucri cessantis*. 361.— La globalización de la indemnización.

Sección II: Las indemnizaciones especiales

362.— Otros tipos de indemnizaciones. 363.— La indemnización por pérdida de chance. 364.— La indemnización punitiva. 365.— La indemnización punitiva en el Derecho Comparado. 366.— La indemnización punitiva en Suiza. 367.— La indemnización punitiva en Francia. 368.— La indemnización punitiva en Italia.— 369.— La indemnización punitiva en el Derecho anglosajón. 370.— La indemnización punitiva en el Código Civil peruano. 371.— La práctica judicial. 372.— Mecanismos de introducción de la idea de castigo. 373.— Nuestra opinión sobre la indemnización punitiva. 374.— Daños de escarnio. 375.— Indemnización por daños nominales.

Sección III: Formas y condiciones de la reparación

376.— Indemnización *in natura o in pecunia numerata*. 377.— La forma de la indemnización en el Código Civil peruano: la posición de la Comisión Reformadora. 378.— La forma de la indemnización en el Código Civil peruano: la versión final. 379.— Derecho y obligación de la reparación en especie. 380.— Reparación y restitución. 381.— La indemnización como renta. 382.— El momento de la evaluación de los daños. 383.— Modificación intrínseca. 384.— Modificación extrínseca. 385.— Casos especiales: fallecimiento de la víctima. 386.— Casos especiales: daño a mercaderías. 387.—Casos especiales: daño regido por una moneda extranjera. 388.—Los intereses.

Sección IV: La revisión de la indemnización

389.— El conocimiento del daño. 390.— La revisión de la indemnización. 391.— El problema en el Derecho Comparado. 392.—La perspectiva peruana. 393.— La cosa juzgada. 394.— La prescripción. 395.— Conclusiones.

CAPITULO III: DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES

Sección I: Daño moral y venganza privada

396.— Herejías y perspectivas. 397.— Daño moral y venganza. 398.—Daño extrapatrimonial. 399.— El daño moral en el Derecho Romano.

Sección II: El moderno daño extrapatrimonial

400.— La satisfacción del daño extrapatrimonial en los Códigos modernos. 401.— Los antecedentes peruanos. 402.— El daño moral en el Código peruano de 1984. 403.— Limitaciones de principio.

Sección III: El daño a la persona

404. Un nuevo tipo de daño. 405.— Naturaleza del daño a la persona.

Sección IV: La reparación del daño extrapatrimonial

406.— Compensación material para lo inmaterial. 407.— Humanismo y materialismo en la responsabilidad extracontractual. 408.—Reparación inmaterial para el daño inmaterial. 409.— Los daños nominales. 410.— Hacia una jurisprudencia creativa.

TITULO VIII: EL SEGURO Y LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

CAPITULO I: LA ACCION DIRECTA CONTRA EL ASEGURADOR

Sección I: Consideraciones generales

411.— Dificultades de interpretación. 412.— Propósito de la norma. 413.— Antecedentes extranjeros. 414.— Antecedentes nacionales.

Sección II: Fundamentos de la acción

415.— Alternativas. 416.— La estipulación en favor de tercero. 417.— Crítica. 418.— La acción oblicua. 419.— Crítica. 420.— La acción directa. 421.— Socialización del contrato de seguro.

Sección III: La solidaridad

422.— Obligación de mano común. 423.— Mancomunidad simple o solidaria. 424.— Solidaria o simple acción directa. 425.— La solidaridad en la jurisprudencia peruana. 426.— El Código Civil de 1984. 427.— Críticas a la solidaridad. 428.— El problema en la legislación

comparada. 429.— Nuestra interpretación. 430.— La Comisión de Asesores de la Asociación Peruana de Empresas de Seguros. 431.— Solidaridad y limitación de responsabilidad.

Sección IV: La aplicación del sistema

432.— Excepciones deducibles. 433.— Excepciones comunes. 434.— Excepciones propias del asegurador. 435.— El problema de la fecha cierta. 436.— El pago de la indemnización al asegurado. 437.— La pluralidad de las víctimas. 438.— La subrogación del asegurador.

CAPITULO II: EL SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES

Sección I: Un ensayo de modernización integradora

439.— Los seguros obligatorios y el Proyecto de la Comisión Reformadora. 440.— Técnicas de codificación: castración aceptada o ensayo de integración. 441.— El seguro obligatorio y el Código Civil de 1984.

Sección II: Los seguros obligatorios y el mundo moderno

442.— El seguro obligatorio en el Perú: antecedentes. 443.— La oposición al nuevo Proyecto. 444.— La Comisión de Asesores de la Comisión Peruana de Empresas de Seguros. 445.— El seguro obligatorio en el mundo de hoy. 446.— El Perú dentro del mundo de hoy. 447.— El subdesarrollo como fenómeno total. 448.— El subdesarrollo de la información. 449.— El subdesarrollo como vejez prematura.

Sección III: Naturaleza y regímenes del seguro obligatorio

450.— Finalidad social. 451.— Campos de aplicación del seguro obligatorio. 452.— El seguro general de accidentes. 453.— El seguro obligatorio por área de riesgos. 454.— Seguro estatal o seguro privado. 455.— ¿Quién paga la prima? 456.— La cobertura. 457.— La determinación de la responsabilidad. 458.— El seguro basado en la culpa del causante. 459.— El seguro obligatorio basado en la responsabilidad objetiva. 460.— El seguro obligatorio "no—fault". 461.— El Fondo de Accidentes. 462.—Requiem para una idea.

PARTE TERCERA: NUEVOS HORIZONTES

TITULO I: EL USO CREATIVO DEL CODIGO

CAPITULO I: LAS AUSENCIAS LEGISLATIVAS

463.— Nuevos horizontes. 464.— Inventario de ausencias. 465.— Las penas que pueblan el Código. 466.— Jurisprudencia y doctrina: una organización de parches y remiendos.

CAPITULO II: DEVENIR Y DERECHO

467.— La permanencia de los Códigos. 468.— El Código y el cambio. 469.— El congelamiento positivista. 470.— La interpretación como fenómeno anormal y extraordinario. 471.— La interpretación creativa como proceso natural e inevitable de aplicación del Derecho. 472.— El positivismo "pop". 473.— Polítca y Geometría. 474.— La experiencia cotidiana del Derecho. 475.— La esquizofrenia de los juristas. 476.— Ritmos lentos y ritmos rápidos. 477.— El Código: un mero esquema del Derecho aplicable. 478.— La claridad de la norma como obstáculo epistemológico. 479.— Nuevas lecturas, nuevos sentidos. 480.— Insuficiencia de la investigación histórica para la interpretación de la norma. 481.— El Código: máquina para generar interpretaciones. 482.— La interpretación como proceso de creación del Derecho. 483.—Utilización de la ley vs. interpretación de la ley. 484.—Razonamiento jurídico y razonamiento de los juristas. 485.—Interpretación de la ley e interpretación del contrato. 486.—Razonamiento demostrativo vs. razonamiento persuasivo. 487.— La posición dominante del Juez como intérprete del Derecho. 488.—El orden y el desorden. 489.— El Código Civil como una heterogeneidad sugestiva. 490.— Importancia del texto. 491.— Letra y espíritu.

TITULO II: LA CONSTRUCCION JUDICIAL DE RESPONSABILIDADES

492.— La tarea del Poder Judicial.

CAPITULO I: DAÑOS CAUSADOS POR EL ESTADO

Sección I: Acción ciudadana vs. estatismo conformista

493.— La propuesta de una norma específica. 494.— Un antídoto contra el estatismo: la reclamación directa del ciudadano contra el Estado. 495.— La opinión de la Comisión Revisora.

Sección II: La responsabilidad del Estado en el Perú del S. XIX

496.— La doctrina peruana durante la vigencia del código de 1852. 497.— El acto dañino no intencional del Estado. 498.— Los tumultos "restauradores" del Callao. 499.— El análisis jurídico de Manuel Toribio URETA. 500.— La responsabilidad vicaria del estado. 501.— Damnificados nacionales. 502.— El caso de la Hacienda La Viña. 503.— La responsabilidad extracontractual del estado en el Siglo XIX: conclusiones.

Sección III: La jurisprudencia peruana a partir del Código Civil de 1936

504.— Nuevas tendencias en la jurisprudencia. 505.— El daño a la propiedad por acto intencional del Estado. 506.— El perjuicio por acto arbitrario de la Administración. 507.— Daños causados por negligencia en el ejercicio de las funciones de Estado. 508.— El defectuoso mantenimiento de los servicios públicos. 509.— Daños cometidos por el Estado en su actividad privada. 510.— Daños causados por entidades públicas autónomas.

Sección IV: El fundamento de la responsabilidad del Estado

511.—Las tendencias contemporáneas: el estado es responsable por sus actos. 512.— La teoría de la culpa. 513.— La teoría de la vicariedad. 514.— La teoría organicista. 515.— La teoría del riesgo. 516.— La teoría de la proporcionalidad de las cargas. 517.— La difusión social del riesgo.

Sección V: La responsabilidad del Estado en el Código Civil de 1984

518.— Las normas positivas. 519.— La responsabilidad del Estado por acto administrativo. 520.— La culpa estatal. 521.—Deficiencias

en los servicios públicos. 522.— El mantenimiento de los servicios públicos: ¿obligación de medios en vez de obligación de resultados? 523.— Los daños causados por terceros y por caso fortuito: tumultos, revoluciones, guerras y cataclismos en general. 524.— La responsabilidad objetiva del Estado. 525.— La responsabilidad estatal por animales y edificios. 526.— Los distintos patrimonios del Estado. 527.— La responsabilidad vicaria del Estado. 528.— El abandono del cargo o función. 529.— Vía administrativa y vía judicial. 530.— Vía administrativa y prescripción. 531.— La responsabilidad por acto legislativo. 532.— La responsabilidad del Estado por acto jurisdiccional.

CAPITULO II: LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

Sección I: Antecedentes legislativos

533.— La Comisión Reformadora. 534.— El principio de responsabilidad del Proyecto. 535.— La Comisión Revisora.

Sección II: La experiencia de los Estados Unidos

536.— Posibilidades y dificultades. 537.— Responsabilidad contractual: la cláusula de garantía. 538.— Responsabilidad extracontractual: la culpa. 539.— Una polémica académica. 540.— La respuesta de los jueces: responsabilidad objetiva. 541.— El Torts Restatement de 1965. 542.— Los movimientos de defensa del consumidor. 543.— El simple defecto. 544.— Los nuevos vientos. 545.— Los vientos conservadores. 546.— Los vientos radicales.

Sección III: La jurisprudencia peruana del Código de 1936

547.— Desidia para litigar. 548.— Los casos judiciales publicados. 549.— Las grandes líneas de la jurisprudencia.

Sección IV: Bases para el tratamiento sistemático de este tipo de responsabilidad

550.— Las normas del Código Civil de 1984. 551.— El Derecho Civil y los ideales democráticos. 552.— El "seguro social de mercado". 553.— El defecto. 554.— La catalogación de los defectos. 555.—De-

fectos de fabricación. 556.— Defecto de diseño. 557.— Defecto de advertencia. 558.— La intención dañina del producto. 559.— Los productos defectuosos y la responsabilidad extracontractual. 560.— ¿Culpa o riesgo? 561.— Defensas del fabricante. 562.—Razonabilidad y responsabilidad objetiva. 563.— La distribución social del riesgo. 564.— Las reparaciones. 565.— La responsabilidad por inspección. 566.— El vendedor de productos defectuosos. 567.— El todo y las partes como causa del defecto. 568.— La futura jurisprudencia peruana sobre productos defectuosos.

CAPITULO III: LOS DAÑOS INTOLERABLES

Sección I: La noción de daño socialmente intolerable

569.— ¿Qué es un daño socialmente intolerable? 570.— Categorías de daños intolerables. 571.— Los daños intencionales y la negligencia inexcusable. 572.— Los daños causados como resultado de la infracción de normas legales. 573.— Los daños resultantes de la afectación de derechos de la personalidad. 574.— El abuso del derecho. 575.— La jurisprudencia peruana del daño intolerable.

Sección II: La contaminación ambiental

576.— Una categoría en sí misma. 577.— Importancia del tema. 578.— La definición del daño por contaminación. 579.— Los límites de la tolerabilidad. 580.— Los aspectos económicos de la contaminación. 581.— Los efectos sociales de la externalización. 582.— La lucha jurídica contra la contaminación. 583.— Las medidas administrativas. 584.— La acción de responsabilidad extracontractual. 585.— Estrategias complementarias. 586.— La contaminación y la jurisprudencia peruana.

Sección III: El tratamiento jurídico del daño intolerable

587.— Diferencias entre los accidentes y los daños intolerables. 588.— La erradicación del riesgo intolerable: fin primordial del Derecho. 589.— El daño intolerable y los seguros. 590.— *Specific deterrence*. 591.— El control del daño al menor costo. 592.— Los daños intolerables y el Código de 1984. 593.— El principio de responsabilidad: la intolerabilidad como fuente de riesgo. 594.—Los daños

socialmente intolerables y los convenios de irresponsabilidad. 595.— Solidaridad de responsables. 596.— El tratamiento de los daños ambientales no materiales dentro de la legislación peruana. 597.— El daño estético.

TITULO III: ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

CAPITULO I: INTRODUCCION AL TEMA DEL PROCEDIMIENTO

598.— Necesidad de soluciones procesales. 599.— Temas procesales de la responsabilidad extracontractual.

CAPITULO II: LA PARALIZACION DEL ACTO DAÑINO

Sección I: El problema

600.— Los daños continuados. 601.— El interés privado y el interés público. 602.— La inminencia del daño. 603.— La función preventiva del Derecho.

Sección II: Antecedentes

604.— La *cautio damni infecti*. 605.— El interdicto romano. 606.— La *"injuction"* anglosajona. 607.— La *"astreinte"* francesa.

Sección III: Los Anteproyectos y Proyectos del nuevo Código

608.— La propuesta ante las Comisiones Reformadora y Revisora. 609.— La paralización interlocutoria. 610.— Garantías jurídicas y desigualdad social.

Sección IV: ¿Cómo paralizar el daño dentro del Código de 1984?

611.— Soluciones al problema de la paralización del daño dentro del actual Código. 612.— Los interdictos. 613.— El interdicto de obra nueva. 614.— El interdicto de obra ruinosa. 615.— Otras vías procesales. 616.— El abuso del derecho. 617.— Los *"troubles de voisinage"*. 618.— Los derechos de la persona. 619.— El amparo. 620.— Resumen.

CAPITULO III: LA PLURALIDAD DE VICTIMAS Y DE CAUSANTES

Sección I: La rebelión judicial de las masas

621.— Los daños masivos. 622.— Intereses colectivos e intereses difusos. 623.— El tratamiento procesal tradicional. 624.— Sus inconvenientes. 625.— La acumulación.

Sección II: Por un Derecho Procesal de las masas

626.— Bases para un nuevo tratamiento. 627.— Las nuevas soluciones. 628.— La representación institucional. 629.— El Procurador de los intereses grupales. 630.— La acción popular. 631.— La *"class action"*. 632.— Un desafío a la imaginación procesal.

PARTE CUARTA: REPENSANDO LA RESPONSABILIDAD CIVIL

TITULO I: LA RESPONSABILIDAD CIVIL, HOY

CAPITULO I: GRANDEZA Y DECADENCIA DEL DERECHO CIVIL

633.— El pecado de idolatría. 634.— la canibalización del Derecho Civil. 635.— El encogimiento del Código Civil.

CAPITULO II: EL MAPA DEL TERRITORIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

636.— Un ejercicio de cartografía. 637.— El problema de la identidad regional. 638.— La responsabilidad contractual. Sus principios. 639.— La responsabilidad contractual. Legislación y convención. 640.— La responsabilidad contractual. Normas Generales. 641.— La responsabilidad contractual. Normas de aplicación semigeneral. 642.— La responsabilidad contractual. Normas de aplicación específica. 643.— La responsabilidad extracontractual. Sus principios. 644.— La responsabilidad extracontractual. Normas generales. 645.— La responsabilidad extracontractual. Normas de aplicación semigeneral. 646.— La responsabilidad extracontractual. Normas de aplicación

semigeneral: el abuso del derecho. 647.— La responsabilidad extracontractual. Normas de aplicación semigeneral: la violación de los derechos de la personalidad. 648.— La responsabilidad extracontractual. Normas de aplicación específica.

CAPITULO III: DIVIDE UT REGNES

Sección I: Responsabilidad Contractual y Responsabilidad Extracontractual

649.— La noción de responsabilidad civil. 650.— Propuestas de unificación. 651.— Las posiciones extremistas. 652.— La tesis de los hermanos MAZEAUD. 653.— La unificación: obstáculo epistemológico. 654.— Dos regiones, dos climas.

Sección II: Problemas de límites

655.— Las poblaciones de frontera. 656.— Los daños que ocurren en el contexto de una relación laboral. 657.— Los daños ocurridos en el ejercicio de la profesión médica. 658.— Los daños causados por productos defectuosos. 659.— Los daños que ocurren con ocasión del transporte. 660.— Otros casos. 661.— La equidad como obstáculo epistemológico. 662.— Vías acumulativas o vías paralelas. 663.— El reconocimiento de una nueva nación.

TITULO II: LA RESPONSABILIDAD CIVIL, MAÑANA

CAPITULO I: HACIA UNA TEORIA JURIDICA DEL ACCIDENTE

664.— Necesidad de una fragmentación adicional del campo de estudio. 665.— El catálogo de daños. 666.— Necesidad de una modernización del Derecho. 667.— La conceptualización jurídica del accidente. El racionalismo y el individualismo. 668.—Fundamentos para la conceptualización jurídica del accidente. La culpa como obstáculo epistemológico. 669.— La regulación jurídica de la paradoja existencial. 670.— La noción jurídica del accidente. 671.— Los componentes de la nueva nación.

CAPITULO II: LA RESPONSABILIDAD CIVIL RECONSTRUIDA

Sección I: Fundamentos de la unidad de la responsabilidad civil

672.— ¿Es posible todavía hablar de responsabilidad civil? 673.—La responsabilidad civil: una federación de instituciones jurídicas. 674.— La institución jurídica como paradigma teórico. 675.— El *lay—out*. 676.— La evolución del diagrama de la responsabilidad. 677.— La evolución del diagrama en el Perú. 678.— El *lay out* actual. 679.— Los elementos del diagrama de gestión: el daño. 680.— Los elementos del diagrama de gestión: la obligación de reparar. 681.— Los elementos del diagrama de gestión: la fuente común de la obligación de reparar. 682.—Carácter eminentemente jurídico de la obligación de reparar. 683.— El Derecho y la Moral.

Sección II: El sistema de principios de la responsabilidad civil

684.— Las regiones. 685.— Las regiones: responsabilidad derivada de promesa. 686.— Las regiones: el daño socialmente intolerable. 687.— Las regiones: el mundo del accidente. 688.— El principio de construcción del sistema. 689.— Teoría de la garantía. 690.—El principio de principios: la solidaridad social. 691.— Los principios intermedios.

Sección III: Hacia una reestructuración de la sistemática del Código Civil

692.— Una cuestión topográfica. 693.— La ubicación tradicional de la responsabilidad civil. 694.— Propuesta para una nueva ubicación de la responsabilidad civil.

TITULO III: SIC ET NON

695.— El Derecho: espacio de discusión. 696.— La ciencia del Derecho. 697.— La doctrina. 698.— La responsabilidad extracontractual: un modelo para desarmar. 699.— La Política jurídica. 700.— La interrogación como actividad subversiva.

INDICE GENERAL

TOMO I

DEDICATORIA 19

PREFACIO 23

PARTE PRIMERA: LA TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Título I: Los orígenes 29
Título II: La moderna responsabilidad extracontractual 43

Capítulo I: Las tendencias en boga 45
Capítulo II: Responsabilidad extracontractual y teoría económica. 69

Título III: La responsabilidad extracontractual en el Perú 95

PARTE SEGUNDA: COMENTARIOS AL ARTICULADO DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984

Título I: De la responsabilidad extracontractual 126
Título II: Los principios de responsabilidad 129

Capítulo I: El principio subjetivo de responsabilidad 131

Sección I: Generalidades 133
Sección II: El Dolo 133
Sección III: La Culpa 141
Sección IV: En el camino de la responsabilidad objetiva ... 162

Capítulo II: El principio objetivo de responsabilidad 167

Sección I: Presencia de la responsabilidad objetiva 169
Sección II: El riesgo o peligro 172

Título III: De las inmunidades 193

Capítulo I: Generalidades 195
Capítulo II: El daño autorizado 201

Sección I: Del ejercicio regular de un derecho 203
Sección II: De la legítima defensa 211
Sección III: Del estado de necesidad. 221

Capítulo III: *Volenti non fit iniuria* 229

Sección I: Generalidades 231
Sección II: Los convenios de irresponsabilidad 232
Sección III: La asunción voluntaria del riesgo 249
Sección IV: Los convenios *ex post* 267
Sección V: Consideraciones finales 271

Capítulo IV: Las inmunidades contextuales 273

Sección I: Generalidades 275
Sección II: El ambiente de gratuidad 276
Sección III: El ambiente de familiaridad 287

Capítulo V: El escudo del seguro 297

Título IV: La relación de causalidad 301

Capítulo I: El nexo causal 303
Capítulo II: Las fracturas causales 323

Sección I: Generalidades 325
Sección II: El caso fortuito y la fuerza mayor 328
Sección III: El hecho determinante de tercero 356
Sección IV: La imprudencia de la víctima 369

Capítulo III: Los daños remotos 401

Título V: Casos especiales de responsabilidad 419

Capítulo I: El daño inconsciente 421

Sección I: El estado de pérdida de consciencia 423
Sección II: La incapacidad 437

Capítulo II: Los daños causados por las cosas 459

Sección I: De las cosas animadas 464
Sección II: De las cosas inanimadas 479

Sub—Sección I: De la caída de los edificios 479
Sub—Sección II: De las cosas peligrosas 496

Capítulo III: La responsabilidad vicaria del empleador 507

Sección I: Subjetividad y objetividad 609
Sección II: El fundamento de la responsabilidad vicaria ... 519
Sección III: Condiciones de aplicación 525
Sección IV: La acción de repetición 538

Capítulo IV: Difamación y calumnia 545

Sección I: La difamación 547
Sección II: La calumnia 551

Título VI: Responsabilidades concurrentes 559

Capítulo I: Incitación o ayuda 561
Capítulo II: Solidaridad de responsables 571

Sección I: Responsabilidad solidaria o responsabilidad *in solidum* 573
Sección II: El Código Civil peruano 576
Sección III: Las relaciones intra-responsables 582

TOMO II

Título VII: La indemnización 11

Capítulo I: condiciones generales del daño reparable 13

Sección I: El daño cierto 17
Sección II: El daño probado 21
Sección III: La condición personal de la víctima 24
Sección IV: La condición personal del deudor 28

Capítulo II: Daños patrimoniales 33

Sección I: Daño emergente y lucro cesante 35
Sección II: Las indemnizaciones especiales 45
Sección III: Formas y condiciones de reparación 63
Sección IV: La revisión de la indemnización 83

Capítulo III: Daños extrapatrimoniales 91

Sección I: Daño moral y venganza privada 93
Sección II: El moderno daño extrapatrimonial 97
Sección III: El daño a la persona 110
Sección IV: La reparación del daño extrapatrimonial 113

Título VIII: El seguro y la responsabilidad extracontractual 121

Capítulo I: La acción directa contra el asegurador 123

Sección I: Consideraciones generales 125
Sección II: Fundamentos de la acción 132
Sección III: La solidaridad 137
Sección IV: La aplicación del sistema 149

Capítulo II: El seguro obligatorio de accidentes 159

Sección I: Un ensayo de modernización integradora 161
Sección II: Los seguros obligatorios y el mundo moderno ... 163
Sección III: Naturaleza y regímenes del seguro obligatorio ... 170

PARTE TERCERA: NUEVOS HORIZONTES

Título I: El uso creativo del Código 189

Capítulo I: Las ausencias legislativas 191
Capítulo II: Devenir y derecho 195

Título II: La construcción judicial de responsabilidad 221

Capítulo I: Daños causados por el Estado 225

Sección I: Acción ciudadana vs. estatismo conformista 227
Sección II: La responsabilidad del Estado en el Perú del S. XIX 229
Sección III: La jurisprudencia peruana a partir del Código Civil de 1936 238
Sección IV: El fundamento de la responsabilidad del Estado. 250
Sección V: La responsabilidad del Estado en el Código Civil de 1984 260

Capítulo II: La responsabilidad derivada de productos defectuosos 283

Sección I: Antecedentes legislativos 285
Sección II: La experiencia de los Estados Unidos 288
Sección III: La jurisprudencia peruana del Código de 1936... 297
Sección IV: Bases para el tratamiento sistemático de este tipo de responsabilidad 305

Capítulo III: Los daños intolerables 325

Sección I: La noción de daño socialmente intolerable 327
Sección II: La contaminación ambiental 334
Sección III: El tratamiento jurídico del daño intolerable 346

Título III: Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual . 367

Capítulo I: Introducción al tema del procedimiento 369
Capítulo II: La paralización del acto dañino 373

Sección I: El problema 375

Sección II: Antecedentes 377
Sección III: Los Anteproyectos y Proyectos del nuevo Código 383
Sección IV: ¿Cómo paralizar el daño dentro del Código de 1984? 387

Capítulo III: La pluralidad de víctimas y de causantes 403

Sección I: La rebelión judicial de las masas 405
Sección II: Por un Derecho Procesal de las masas 411

PARTE CUARTA: REPENSANDO LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Título I: La responsabilidad civil, hoy 421

Capítulo I: Grandeza y decadencia del derecho civil 423
CapítuloII: El mapa del territorio de la responsabilidad civil 429
Capítulo III: *Divide ut regnes* 453

Sección I: Responsabilidad contractual y Responsabilidad Extracontractual 455
Sección II: Problemas de límites 466

Título II: La responsabilidad civil, mañana 483

Capítulo I: Hacia una teoría jurídica del accidente 485
CapítuloII: La responsabilidad civil reconstruida 503

Sección I: Fundamentos de la unidad de la responsabilidad civil 505
Sección II: El sistema de principios de la responsabilidad Civil 525
Sección III: Hacia una reestructuración de la sistemática del Código Civil 541

Título III: Sic et non 545

BIBLIOGRAFIA 555

TABLA DE DISPOSICIONES LEGALES 579

TABLA DE EJECUTORIAS 597

INDICE ONOMASTICO 615

TABLA DE RUBROS 625

INDICE GENERAL 651

La responsabilidad extracontractual
(arts. 1969-1988), tomo II, de Fernando de Trazegnies,
volumen IV de la Biblioteca *Para leer el Código Civil*,
se terminó de imprimir en el mes de setiembre de 2001
en los talleres de Servicio Copias Gráficas S.A. (RUC: 20100699126),
Jr. Jorge Chávez 1059, Telefax: 424-9693, Lima 5 - Perú

PRÓXIMOS TÍTULOS

DERECHO DE SUCESIONES. BIBLIOTECA PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL. VOLUMEN XVII. TOMO III
Guillermo Lohman

DILUVIOS ANDINOS A TRAVÉS DE LAS FUENTES DOCUMENTALES (COLECCIÓN CLÁSICOS PERUANOS)
Lorenzo Huertas

IDENTIDADES REPRESENTADAS. EXPERIENCIA Y MEMORIA EN LOS ANDES
Gisela Cánepa Koch (Editora)

LAS TELENOVELAS, CÓMO SON Y CÓMO SE ESCRIBEN
Eduardo Adrianzén

LENGUA, DISCURSO E IDENTIDAD DE GÉNERO
Susana de los Heros

REFLEXIONES SOBRE EL PERÚ
Felipe Mac Gregor, SJ

SAN MARTÍN DE PORRES (MARTÍN PORRAS VELÁSQUEZ)
José Antonio del Busto

La responsabilidad extracontractual

La responsabilidad extracontractual es una de las áreas del Derecho Civil que ha planteado mayores desafíos a la capacidad creativa de los juristas en los últimos 80 años. El aumento cuantitativo y cualitativo de los accidentes en la vida moderna; la toma de consciencia de que, de alguna manera, la sociedad toda se beneficia con los nuevos riesgos, tales como la velocidad, la electricidad, el maquinismo, etc.; el desarrollo de nuevas formas de organización social y económica, como la expansión de los seguros, que permiten diseñar soluciones antes no imaginadas; la agudización de la percepción del principio de solidaridad humana; todo ello ha contribuido a replantear en forma muy radical las bases mismas de la responsabilidad.

Fernando de Trazegnies coloca al lector en esta problemática y lo invita a realizar un análisis minucioso, artículo por artículo, de las normas pertinentes en el Código Civil de 1984. Este examen abre las posibilidades de nuevas y diferentes lecturas de los textos vigentes en materia de responsabilidad extracontractual, con la idea de satisfacer mejor las necesidades del mundo contemporáneo. Pero, sin abandonar esta perspectiva eminentemente profesional, el autor asume una tarea teórica e insinúa una concepción novedosa de la responsabilidad civil en la que una teoría jurídica de los accidentes se independiza de las clásicas responsabilidad contractual y extracontractual para formar, conjuntamente con el acto ilícito y con el incumplimiento de contrato, las tres grandes provincias de una responsabilidad civil repensada.

Fernando de Trazegnies Granda

La responsabilidad extracontractual

Vol. IV
Tomo II

Biblioteca
PARA LEER
EL CÓDIGO CIVIL