





INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL  
Lecciones universitarias

## Derecho Lo Esencial del Derecho 46

### **Comité Editorial**

Baldo Kresalja Rosselló (presidente)

César Landa Arroyo

Jorge Danós Ordóñez

Manuel Monteagudo Valdez

Abraham Siles Vallejos (secretario ejecutivo)

GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ

INTRODUCCIÓN A LA  
RESPONSABILIDAD CIVIL

Lecciones universitarias



FONDO  
EDITORIAL

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ  
Centro Bibliográfico Nacional

340.7 Fernández Cruz, Gastón, 1961-  
L Introducción a la responsabilidad civil : lecciones universitarias / Gastón Fernández  
46 Cruz.-- 1a ed.-- Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019  
(Lima : Tarea Asociación Gráfica Educativa).  
207 p. ; 21 cm.-- (Lo esencial del derecho ; 46)

Bibliografía: p. [201]-204.  
D.L. 2019-13511  
ISBN 978-612-317-530-6

1. Derecho - Estudio y enseñanza 2. Responsabilidad civil - Perú 3. Daño (Derecho civil) - Perú 4. Indemnización - Perú 5. Derecho civil - Perú I. Pontificia Universidad Católica del Perú II. Título III. Serie

**BNP: 2019-158**

*Introducción a la responsabilidad civil*

*Lecciones universitarias*

Gastón Fernández Cruz

Colección «Lo Esencial del Derecho» N° 46

© Gastón Fernández Cruz, 2019

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

La colección «Lo Esencial del Derecho» ha sido realizada por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Diseño, diagramación, corrección de estilo  
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: noviembre de 2019

Tiraje: 1000 ejemplares

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

ISBN obra completa: 978-612-317-229-9

ISBN volumen: 978-612-317-530-6

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2019-13511

Registro del Proyecto Editorial: 31501361901129

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

## Índice

PRESENTACIÓN	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO 1	
LA NOCIÓN JURÍDICA DE RESPONSABILIDAD CIVIL	15
1. La responsabilidad civil como un fenómeno de afectación patrimonial	17
2. Las funciones diádicas de la responsabilidad civil	23
2.1. Etapa fisiológica	24
2.2. Etapa patológica	25
3. El modelo económico de la responsabilidad civil: <i>civil law vs. common law</i>	29
4. Las funciones sistémicas de la responsabilidad civil	30
1.1. La función de incentivación y desincentivación de actividades	31
1.2. La función de prevención general	32
4. Preguntas	35
CAPÍTULO 2	
LA DUALIDAD DE LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL	37
1. Descripción general de los sistemas de responsabilidad civil	37
2. Diferencias tradicionales entre los sistemas de responsabilidad por inexecución de obligaciones y extracontractual	39
3. Diferencias entre la responsabilidad por inexecución de obligaciones y extracontractual. Propuesta	42

4. Alternativas de solución ante las zonas grises en la dualidad de sistemas de responsabilidad	48
4.1. Opción	49
4.2. Cúmulo	50
4.3. Concurrencia	50
5. Preguntas	51

### CAPÍTULO 3

#### EL MÉTODO DE ANÁLISIS EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL 53

1. Propuesta para la solución de casos de responsabilidad civil	53
1.1. El análisis material y el causante del daño	54
1.2. El análisis de imputación y el responsable del daño	56
2. Preguntas	61

### CAPÍTULO 4

#### EL DAÑO RESARCIBLE EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL 63

1. La noción de daño	63
2. Los requisitos del daño resarcible	64
2.1. Primer requisito del daño resarcible: la certeza del daño	64
2.2. Segundo requisito del daño resarcible: la subsistencia del daño	68
2.3. Tercer requisito del daño resarcible: la especialidad del daño	75
2.4. Cuarto requisito del daño resarcible: la injusticia del daño	78
3. Supuestos de irresponsabilidad civil	85
3.1. El ejercicio regular de un derecho	85
3.2. Legítima defensa	89
3.3. Estado de necesidad	92
4. Preguntas	95

### CAPÍTULO 5

#### LA CLASIFICACIÓN DEL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL 97

1. La clasificación tradicional del daño	97
2. La reclasificación del daño: propuesta	100
3. El daño no patrimonial: daño a la persona, daño moral y daño no patrimonial residual	103

4. La problemática de la transmisibilidad del daño moral	110
5. Preguntas	114

## CAPÍTULO 6

### EL HECHO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL 115

1. La noción de hecho ilícito y su dependencia con la noción de culpa	115
2. La antijuridicidad objetiva y subjetiva en la responsabilidad civil	119
3. El abandono de la antijuridicidad (ilicitud) como característica singular del hecho generador	122
4. Preguntas	125

## CAPÍTULO 7

### LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL 127

1. Teoría totalizadora: teoría de la equivalencia de condiciones ( <i>conditio sine qua non</i> )	128
2. Teorías individualizadoras	129
2.1. La teoría de la causa próxima	130
2.2. La teoría de la causa eficiente	130
2.3. La teoría de la causa preponderante	131
2.4. La teoría de la causa adecuada	132
3. La carga de la prueba en la relación de causalidad	134
4. Supuestos de determinación de la verdadera causa del daño: caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero y hecho de la propia víctima	135
5. Preguntas	141

## CAPÍTULO 8

### LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL 143

1. La aproximación tradicional a la responsabilidad subjetiva: la culpa	143
2. La aproximación tradicional a la responsabilidad objetiva: el riesgo	148
3. Las funciones de la responsabilidad civil según Guido Calabresi	152
3.1. Reducción de costes primarios	153
3.2. Reducción de costes secundarios	153
3.3. Reducción de costes terciarios	154

4. Los criterios de imputación a través de las capacidades de prevención. Propuesta	155
5. Supuestos de exoneración de responsabilidad civil: el rol de la imputabilidad	157
6. Preguntas	159

## CAPÍTULO 9

### LA TUTELA RESARCITORIA Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

1. La tutela resarcitoria	161
2. Características de la indemnización de daños y perjuicios	163
3. Diferenciación entre reparación, resarcimiento e indemnización. Crítica	165
4. Remedios resarcitorios: la reparación por equivalente y sus modos de valoración. La reparación en forma específica y su problemática frente a la tutela restitutoria	166
5. La pena privada: apuntes introductorios	168
6. Preguntas	176

## CAPÍTULO 10

### LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PRINCIPAL POR LOS HECHOS DEL DEPENDIENTE

1. Primer modelo: la responsabilidad del principal por los hechos del agente sobre la base de «culpa presunta». Crítica	177
2. Las tesis intermedias que pretenden explicar la responsabilidad del principal por los hechos del agente. Crítica	179
3. Segundo modelo: la responsabilidad vicaria. Requisitos	184
4. Preguntas	187

BIBLIOGRAFÍA	199
--------------	-----

VOLÚMENES PUBLICADOS	201
----------------------	-----

## PRESENTACIÓN

En su visión de consolidarse como un referente académico nacional y regional en la formación integral de las personas, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha decidido poner a disposición de la comunidad la colección jurídica «Lo Esencial del Derecho».

El propósito de esta colección es hacer llegar a los estudiantes y profesores de derecho, funcionarios públicos, profesionales dedicados a la práctica privada y público en general, un desarrollo sistemático y actualizado de materias jurídicas vinculadas al derecho público, al derecho privado y a las nuevas especialidades incorporadas por los procesos de la globalización y los cambios tecnológicos.

La colección consta de cien títulos que se irán publicando a lo largo de varios meses. Los autores son en su mayoría reconocidos profesores de la PUCP y son responsables de los contenidos de sus obras. Las publicaciones no solo tienen calidad académica y claridad expositiva, sino también responden a los retos que en cada materia exige la realidad peruana y respetan los valores humanistas y cristianos que inspiran a nuestra comunidad académica.

Lo «Esencial del Derecho» también busca establecer en cada materia un común denominador de amplia aceptación y acogida, para contrarrestar y superar las limitaciones de información en la enseñanza y práctica del derecho en nuestro país.

Los profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP consideran su deber el contribuir a la formación de profesionales conscientes de su compromiso con la sociedad que los acoge y con la realización de la justicia.

El proyecto es realizado por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Fondo Editorial PUCP

## INTRODUCCIÓN

El presente libro contiene un estudio elemental del curso de responsabilidad civil, básicamente de naturaleza extracontractual. Por ello, puede ser calificado solo de estudio introductorio y representa una vista panorámica a la compleja materia de la responsabilidad civil en el ámbito extracontractual, enfocada desde lo que enseña el autor en las aulas universitarias, clases en el claustro académico que no pueden ser reemplazadas por este libro. *Introducción a la responsabilidad civil* es, en suma, una guía esencial y básica para comprender todas las relaciones jurídicas intersubjetivas donde está presente el elemento esencial de la responsabilidad civil: el daño.

La estructura del libro se divide en diez capítulos. El primer capítulo desarrolla la noción jurídica del concepto de responsabilidad civil, el cual comprende, a su vez, el estudio preliminar de las funciones de la responsabilidad civil. El segundo capítulo tiene como eje central de estudio los dos grandes sistemas de responsabilidad civil: la *summa divisio* entre la responsabilidad contractual y extracontractual, así como un apartado de análisis de la problemática de las zonas colindantes, también denominadas «zonas grises» entre ambos sistemas de responsabilidad.

El tercer capítulo se refiere a un tema fundamental: el método de análisis de la responsabilidad civil, a través del cual se obtiene la identificación del causante del daño (análisis material) y, luego, la del responsable (análisis de imputabilidad).

En el cuarto capítulo se estudia el primer elemento del método de análisis: el daño, que es el elemento central de la responsabilidad civil en su etapa patológica. En este capítulo se distinguen las categorías del daño resarcible y los supuestos de irresponsabilidad: ejercicio regular de un derecho; legítima defensa; y, críticamente, el estado necesidad.

En el quinto capítulo se realiza un estudio respecto a la clasificación del daño resarcible y se profundiza en la categoría del daño no patrimonial y la necesidad de su reclasificación.

Del sexto al octavo capítulo se estudian los restantes elementos de la responsabilidad civil: (i) el hecho generador del daño y la negación de las categorías de la ilicitud y de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil; (ii) la relación de causalidad y las teorías que tratan de explicarla, así como, de manera general, las mal llamadas «fracturas» causales; y (iii) los criterios de imputación, centrándonos en los dos principales de carácter subjetivo y objetivo, a saber: la culpa y el riesgo.

En el noveno capítulo se analiza el concepto de la tutela resarcitoria y el de indemnización de daños y perjuicios; mientras que, en el décimo y último capítulo, se estudia la responsabilidad por hecho ajeno y un supuesto específico de su aplicación; la responsabilidad vicaria, a la luz de la teoría contemporánea.

El presente libro ha sido redactado de manera sencilla y comprensible para el lector, con el objetivo de que sea de fácil lectura y manejo ágil para los alumnos y el público en general, aportándoles conocimientos básicos sobre la responsabilidad civil y su aplicación. En cada capítulo encontrarán recuadros que recogen algún caso de la realidad que deberá ser analizado y discutido entre los lectores y alumnos. Existe referencia al derecho comparado de forma breve, pero que resulta de vital importancia para la correcta comprensión de los conceptos que son materia de estudio en este libro.

Por último, cabe señalarse que también es finalidad de este estudio introductorio que los operadores jurídicos judiciales cuenten con información sencilla y de fácil comprensión para la solución de los casos del día a día.

## CAPÍTULO 1

### LA NOCIÓN JURÍDICA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Pensemos en los siguientes casos: en un primer escenario en el que se ha celebrado un contrato por medio del cual se le ha encomendado a un arquitecto que elabore ciertos planos dentro de un plazo determinado; sin embargo, no cumple con el encargo y ocasiona una serie de retrasos en la realización de la obra en la cual se iban a emplear los planos. En un segundo escenario se constata un accidente automovilístico producido por el exceso de velocidad de un vehículo al momento de tomar una curva en la carretera, producto del cual se desbarranca un bus de transporte interprovincial, lo que produce la muerte de algunos pasajeros, así como graves lesiones a los pasajeros de otro vehículo que transitaba por la carretera. Ambos escenarios presentan un dato saltante en común: la producción de daños.

Sobre la base de esta constatación, surge inmediatamente la natural reacción de tratar de tutelar a las víctimas compensándoles por los daños sufridos, en la mayoría de las veces, de forma pecuniaria. De allí que comúnmente se equipare a la responsabilidad civil como un área del derecho civil patrimonial en donde se plasma la denominada «tutela resarcitoria» como medio de protección concedido a los particulares contra los daños injustamente sufridos, que se materializa a través de una obligación de resarcimiento conocida también en nuestro medio como la indemnización de daños y perjuicios.

Es de reconocer, sin embargo, que esta concepción puede ser solo parcial y, precisamente por ser incompleta, errada.

### **UN CASO DE RESPONSABILIDAD POR INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES**

La Contraloría General de la República advirtió situaciones adversas en los trabajos de descolmatación de 12,46 kilómetros continuos de longitud del cauce del río Lacramarca, ubicado en el distrito de Chimbote, provincia del Santa, en el departamento de Áncash. Estos hechos afectan las metas de las acciones del programa de gobierno de «reconstrucción con cambios» que se realizan para mitigar los daños ante nuevos eventos climatológicos.

Según el contrato firmado, el 13 de diciembre del 2017 con el Consorcio Contratistas del Norte SAC, del monto total asignado al servicio, S/ 41 379,72 corresponde a la elaboración de la ficha técnica definitiva; y S/ 2 448 620,28 para trabajos de descolmatación a ejecutarse en un plazo de treinta (30) días calendario. Las visitas de inspección realizadas por la Contraloría determinaron que el contratista no cumplió con proveer siete (7) tractores de oruga, dos (2) camionetas pick up, dos (2) estaciones totales y dos (2) niveles topográficos (*Diario de Chimbote*, <http://www.diariodechimbote.com/portada/noticias-locales/101613-2018-06-29-09-22-17>. Fecha de consulta: 29/7/2018).

### **UN CASO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**

El bus de la empresa San Martín se despistó a un abismo de más de ciento cincuenta (150) metros en una curva del kilómetro 19 del Serpentin de Pasamayo. Según informó el coronel Hernán Valdivieso, jefe de la División Policial de Huaral, el número de fallecidos es de cuarenta y ocho (48) personas. Solo seis (6) lograron sobrevivir. Cinco (5) de los heridos fueron llevados en helicóptero al hospital Daniel Alcides Carrión del Callao, y el sexto, que saltó del bus antes de que caiga al precipicio, fue internado en el hospital de Chancay.

Quedan por recuperar veinticuatro (24) cadáveres, doce (12) de los cuales aún permanecen dentro de la carrocería destrozada del bus siniestrado, informó el enviado especial de RPP Noticias a la zona de la tragedia. Los otros doce (12) cuerpos han sido puestos a buen recaudo y solo falta que sean retirados del abismo (*RPP*, <http://rpp.pe/peru/lima/accidente-en-pasamayo-falta-rescatar-24-cadaveres-del-abismo-noticia-1097610>. Fecha de consulta: 29/7/2018).

## 1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO UN FENÓMENO DE AFECTACIÓN PATRIMONIAL

La responsabilidad civil, como se ha indicado precedentemente, normalmente se piensa como una reacción del ordenamiento frente a la comisión de un daño, que generará la obligación de indemnizarlo. No obstante, desde nuestro punto de vista, no solo en dicho supuesto existe responsabilidad civil.

Lo apenas indicado se sustenta en una constatación innegable: los casos antes mencionados, junto con la generación de daños —que implican la obligación subsecuente de indemnizarlos—, tienen otro elemento en común.

El primero, es que antes del incumplimiento por parte del arquitecto, este tenía la obligación contractualmente pactada de elaborar ciertos planos, esto es, una obligación de hacer que implicaba, como en toda obligación, la realización de una conducta para proveer una utilidad con contenido patrimonial destinada a satisfacer el interés de la contraparte. Si ya en la obligación contraída, entonces, el deudor compromete su patrimonio, presente y futuro, en la satisfacción de un interés ajeno, puede predicarse que el «cumplimiento de la obligación» implica, desde un inicio, una posibilidad de afectación del patrimonio del deudor y su efectiva afectación al darse el cumplimiento.

Producido el incumplimiento, el arquitecto tendrá la obligación de indemnizar a su contraparte por los daños que haya causado, siempre, claro está, que exista un efectivo daño derivado del incumplimiento, lo cual se caracteriza por implicar también una afectación patrimonial, ya que la indemnización implicará una disminución del patrimonio del responsable, que al final devendrá en la satisfacción del interés de la víctima.

En el segundo caso, luego de verificado el daño —sea por las lesiones generadas en los pasajeros del vehículo que no se desbarrancó o de los deudos por la muerte de sus familiares en el vehículo que iba a exceso de velocidad— la situación es muy similar a la indicada en el párrafo precedente, en lo que a la afectación patrimonial se refiere como consecuencia de la indemnización de los daños.

Sin embargo, existe una gran diferencia. Mientras que, en el primer caso, la obligación de indemnizar no es otra cosa que la manifestación (patológica) de la obligación (de hacer los planos) establecida a través del contrato; en el segundo caso, la obligación de indemnizar surge recién como consecuencia de la comisión del daño, ya que antes de esto no existe obligación alguna, sino tan solo la existencia de un deber general de respeto a la integridad de las personas.

Bajo el esquema antes señalado, el elemento en común que caracteriza los casos descritos es la existencia de una afectación patrimonial, haya o no daño. Así, tratándose del cumplimiento de una obligación preexistente, la responsabilidad civil no se presenta recién en la etapa patológica de la obligación cuando irrumpe como fenómeno exógeno el daño, sino que ya existía como «garantía patrimonial» desde el momento en que el deudor asumió la obligación, en donde se comprometió a satisfacer un interés ajeno, garantizando el cumplimiento de la obligación con su propio patrimonio; y este cumplimiento no representa otra cosa que la afectación del patrimonio del deudor en un valor económico equivalente a la utilidad que egresa.

La misma afectación patrimonial se presenta ante el incumplimiento de un deber. Si bien no cabe duda de que, al predicarse de «cumplimiento de deberes» no puede afirmarse ninguna implicancia patrimonial, con el advenimiento del «daño» se genera en el responsable la necesidad de afectar su patrimonio en el mismo valor de la utilidad que egresa, el cual será equivalente al valor del daño sufrido por la víctima.

Por esto, esta susceptibilidad de afectación patrimonial es el elemento unificador de los sistemas de responsabilidad, en el sentido de que en ambos se presenta dicha necesidad de «responder» patrimonialmente: se afirmará entonces que existe responsabilidad civil en el cumplimiento e incumplimiento de obligaciones, como en el incumplimiento de deberes, pues en todos estos casos se presenta el elemento de afectación patrimonial a cargo de alguien que, sea por voluntad propia o por mandato de la ley, ha asumido un deber de responder para la satisfacción de un interés ajeno, colocándose en la posición de titular de una situación jurídica subjetiva de desventaja llamada deber obligatorio.

Empero, el concepto de responsabilidad trasciende la esfera del deber obligatorio (obligación), de manera tal que puede afirmarse que existe «responsabilidad» ante la configuración de cualquier situación jurídica de subordinación que implique la satisfacción o el servicio de un interés ajeno, normalmente conocidas como «situaciones jurídicas subjetivas pasivas o de desventaja» siendo que, desde nuestra perspectiva, esto es lo que determinará la configuración de la responsabilidad civil.

Es por esto que definimos a la responsabilidad civil como el conjunto de consecuencias jurídico-patrimoniales a las que queda expuesto un sujeto en cuanto es titular de una situación jurídica subjetiva de desventaja.

Sin embargo, cabe advertir que para parte de la doctrina del derecho continental —llamada también *civil law*— en particular en la doctrina italiana, solo puede hablarse de responsabilidad civil si existe una afectación efectiva del patrimonio (daño) en la etapa de incumplimiento de un deber o de una obligación. En la etapa fisiológica (o de cumplimiento)

existe solo lo que se denomina «responsabilidad patrimonial», que sería diferente a la responsabilidad civil. Esta se configuraría sí y solo sí ante la presencia del fenómeno exógeno «daño», mientras que la responsabilidad patrimonial se configuraría en la etapa fisiológica de la obligación como una garantía de exposición patrimonial.

En cambio, dentro del propio derecho continental, la doctrina alemana ha sostenido, a partir de la teoría del débito y la responsabilidad, que el concepto de responsabilidad civil implica una garantía patrimonial independiente de la existencia de daño. Si se asume un compromiso, comprometo el patrimonio, sea en el cumplimiento o en el incumplimiento, y en función de dicho compromiso se determina la responsabilidad civil.

Así las cosas, en nuestro concepto, la existencia de responsabilidad civil se configura desde el solo momento en que un sujeto asume una garantía patrimonial frente a otro sujeto para la satisfacción o al servicio de un interés ajeno.

Si una persona expone su patrimonio, por ejemplo, cuando contrae una obligación en forma voluntaria o cuando esta surge por mandato de un precepto legal, esa sola exposición patrimonial al servicio de un interés ajeno determina la existencia de una responsabilidad civil.

Esta línea de pensamiento, que he afirmado desde hace varios años en las clases en la Facultad de Derecho de la PUCP, ha sido acogida por la Corte Suprema de Justicia de la República:

La responsabilidad civil, donde se discute una pretensión indemnizatoria, responde a una lógica distinta, y puede ser definida como «[...] el conjunto de consecuencias jurídicas a las que los particulares se someten por el hecho de haber asumido una situación jurídica pasiva sea de forma voluntaria o por efectos de la ley [...], por eso, la responsabilidad civil, como tal, procura distribuir y declarar quién debe asumir el riesgo (daño) producido, en forma independiente de los factores penales, como el dolo penal, que se susciten en dicha causa; ergo, ambos sistemas son disímiles, por lo que es evidente que

no existe pertenencia de disposiciones o preceptos penales, dentro de un proceso civil indemnizatorio» (casación 2420-2004-Lima, publicada el 9 de noviembre de 2005).

Sobre la base de esta noción de responsabilidad civil se debe precisar el ámbito en el cual se desenvuelve, con la finalidad de identificar los escenarios en los cuales es posible que se constituya un supuesto de responsabilidad civil.

En primer lugar, situémonos en el ámbito de los deberes generales —como el que tenemos todos de respetar la integridad de las personas—, es decir, en aquellos escenarios en los cuales se presenta una vinculación entre sujetos indeterminados pero determinables, por ejemplo. Un supuesto que ejemplifica este deber general se encuentra en el deber general de no causar daño a otro, que es conocido como el deber de no injerencia dañosa en la esfera personal ajena (*alterum non laedere*).

En este caso, solo se presenta un escenario de responsabilidad civil cuando se verifica un daño, ya que antes de que ello ocurra, en la etapa fisiológica o de cumplimiento del deber general, no solo no hay una relación jurídica —en sentido estricto—, sino que tampoco hay afectación patrimonial alguna en el sujeto titular de aquel deber.

Una vez acaecido el daño, las personas se transforman en sujetos determinados, es decir, ya no son sujetos indeterminados sino son individuos concretizados o individualizados y en tanto el que ha incumplido el deber deberá pagar una indemnización a la víctima, vemos que se presentará un escenario de afectación patrimonial, permitiendo reconocer la existencia de un escenario de responsabilidad civil.

En segundo lugar, cuando nos encontramos ante deberes jurídicos no patrimoniales —piénsese en el deber de pagar alimentos del padre o la madre a sus hijos—, se debe diferenciar la situación existente antes y después de la configuración del daño.

En la fase fisiológica o de cumplimiento, del deber no patrimonial —cuando el padre cumple voluntariamente con el pago de los

alimentos—, no podrá generarse responsabilidad civil alguna, ya que al carecer de contenido patrimonial el deber particular —pues los alimentos no son utilidades negociables—, resulta inviable que se produzca una afectación respecto del patrimonio del sujeto que cumple el citado deber.

Diferente es el análisis en la etapa patológica de los deberes jurídicos no patrimoniales, como sucede en el propio ejemplo del incumplimiento del deber de alimentos, ya que en este supuesto la irrupción del daño determina que el pago de la indemnización derivado del incumplimiento del deber particular no patrimonial implique una afectación patrimonial, lo cual nos coloca en el ámbito de la responsabilidad civil.

Finalmente, en el caso de deberes jurídicos con contenido patrimonial —como es el caso de la obligación contraída por el arquitecto de nuestro primer ejemplo—, la situación es diferente al supuesto mencionado previamente, ya que en la fase fisiológica sí es posible que se genere una hipótesis de responsabilidad civil, toda vez que es viable el constatar una afectación patrimonial —por ejemplo, al momento que el arquitecto cumpla con la elaboración de los planos—, pues esta es una utilidad con valor económico que, al egresar del patrimonio del deudor, produce una afectación en este patrimonio estrictamente equivalente a ese valor que egresa —lo que no debe ser confundido con la existencia de un probable valor que ingrese al mismo patrimonio producto de una contraprestación, que puede existir o no, pero que siempre se tratará de otra relación jurídica de contenido patrimonial, así sea correspectiva—.

Lo mismo sucederá en la etapa patológica o de incumplimiento del deber particular con contenido patrimonial, ya que, con la presencia del daño, que no se encuentra presente en la etapa fisiológica, se produce una transformación de la relación, pero que no deja de ser la misma relación pues el vínculo jurídico que constreñía al deudor a satisfacer el interés ajeno no se ha realizado, pudiendo mutar el propio interés, la prestación y la utilidad, pero en donde este último siempre tendrá un valor económico negociable, normalmente representado por el dinero

que es, como bien ha señalado Hirschberg, el «común denominador del valor de todos los bienes y servicios» (1976, p. 3).

Una vez fijados los alcances del concepto de responsabilidad civil, es necesario abordar la problemática de las funciones a las que está llamada a cumplir este tipo específico de tutela patrimonial y, en forma particular, en el ámbito de la tutela resarcitoria, esto es, dentro del campo específico de la forma prevista por el ordenamiento jurídico de protección contra los daños injustamente sufridos.

Para tal fin, resultará importante diferenciar las funciones de la responsabilidad civil a nivel diádico, es decir, intersubjetivo o microeconómico, del nivel sistémico o macroeconómico, referido esto último a lo que un sistema de responsabilidad persigue obtener socialmente de acuerdo al modelo económico que se tome de referencia.

## **2. LAS FUNCIONES DIÁDICAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

Una vez que se ha tomado partido por una determinada noción de responsabilidad civil, es necesario identificar las funciones que debe cumplir esta institución jurídica para poder comprender su relevancia a nivel práctico y su trascendencia dentro de nuestra sociedad.

La responsabilidad civil desde una perspectiva diádica o microeconómica cumple diferentes funciones, según nos encontremos ante la etapa fisiológica o patológica de una vinculación jurídica. Esta perspectiva, también denominada intersubjetiva, toma como puntos de referencia en la etapa patológica únicamente a la víctima y al responsable del daño. Sin embargo, como se verá más adelante, la perspectiva diádica no podrá estar divorciada de la perspectiva sistémica, pues la toma de una decisión, por ejemplo, de qué criterio de imputación aplicar en un caso concreto, tendrá efectos en la asignación de costes a nivel social.

Ahora bien, conforme lo visto en el apartado precedente, debe quedar claro que al ser posible que se presente la responsabilidad civil solamente en la etapa fisiológica de una relación jurídica con contenido

patrimonial, entonces solo aquí podrá hablarse de ciertas funciones que pueda cumplir la responsabilidad civil. En cambio, en la etapa patológica de toda vinculación jurídica, en donde cabe predicar la existencia de una relación jurídica —sea como consecuencia del incumplimiento de un deber particular sin contenido patrimonial o de un deber particular de contenido patrimonial— siempre podrán identificarse otras funciones adicionales a las señaladas para la responsabilidad civil a nivel diádico.

Las funciones de la responsabilidad civil en la etapa fisiológica (o de cumplimiento) del deber particular de contenido patrimonial son las siguientes: función de equivalencia y función satisfactoria. A su turno, las funciones de la responsabilidad civil en la etapa patológica (o de incumplimiento generador de un daño) de un deber jurídico, de contenido o no patrimonial, son: función satisfactoria, función de equivalencia y función distributiva.

Centrémonos, en primer lugar, en la etapa fisiológica del deber particular de contenido patrimonial y veamos, a grandes rasgos, la forma como se configuran las funciones diádicas de la responsabilidad civil.

## 2.1. Etapa fisiológica

### *a) Función de equivalencia*

Esta función tiene la importancia de explicar el fenómeno de la responsabilidad civil como parte del derecho civil patrimonial, pues a través de ella se explica la responsabilidad civil como un fenómeno económico, en tanto justifica la afectación patrimonial del sujeto titular de una situación jurídica pasiva. La responsabilidad civil, a través de esta función, explica la susceptibilidad de afectación o la afectación misma del patrimonio del titular de una situación jurídica de desventaja a través del sometimiento patrimonial o afectación de su patrimonio, que siempre es estrictamente equivalente al valor de la utilidad que tiene la capacidad de satisfacer o servir al interés de la contraparte. El valor de esta utilidad se refleja siempre en el patrimonio del llamado a responder en un valor equivalente.

### *b) Función satisfactoria*

Permite evidenciar que, en el desarrollo de una relación jurídica de contenido patrimonial —una obligación, por ejemplo— se debe tender a la satisfacción del interés subjetivo de la contraparte, proveyéndole una utilidad (material o inmaterial) que tiene la cualidad de satisfacer el interés de esta, proporcionada en la obligación a través de la ejecución de la prestación a cargo del deudor. La función satisfactoria de la responsabilidad civil explica entonces en la etapa fisiológica de la relación jurídica patrimonial, la capacidad que tiene esa utilidad que egresa del patrimonio del titular de la situación jurídica de desventaja de satisfacer a la contraparte.

Si se entiende lo enunciado, se comprenderá que tanto la función satisfactoria como la función de equivalencia son dos funciones íntima y necesariamente vinculadas entre sí, como si fueran cara y sello de una misma moneda.

## **2.2. Etapa patológica**

En segundo lugar, en la etapa patológica de una vinculación intersubjetiva —se trate del incumplimiento de una obligación o del incumplimiento de un deber desprovisto de contenido patrimonial, sea general o particular, tal como habíamos adelantado— se reproducen las mismas funciones que en la etapa fisiológica, pero irrumpe una adicional: la función distributiva. Expliquemos, de forma general, cada una de ellas.

### *a) Función satisfactoria*

En la etapa patológica esta función adquiere particularidades debido a la irrupción del daño que afecta el interés subjetivo de la víctima. Es por esto que en esta etapa esta función cambia de denominación para llamarse «función resarcitoria», con lo que se apunta a garantizar el resarcimiento de un daño causado y, así, el interés lesionado de la víctima.

La función resarcitoria se debe plantear, entonces, como sinónimo de la función satisfactoria en la etapa patológica de una vinculación intersubjetiva y puede ser apreciada desde dos ópticas de aplicación distinta: por la forma en que la utilidad se ve afectada y por la naturaleza del ente afectado.

Con relación a la forma en que la utilidad se ve afectada, la función resarcitoria puede comportarse con una finalidad compensatoria, que da lugar al denominado «daño compensatorio», en donde la indemnización se presenta como una utilidad sustituta de aquella originalmente debida; o con una finalidad moratoria, que da lugar al denominado «daño moratorio», en donde la indemnización se presenta como una utilidad complementaria que acompaña a la utilidad originalmente debida, pues ambas tienen la cualidad de satisfacer el interés del titular de la situación jurídica de ventaja.

Con relación al ejemplo del arquitecto que es contratado para la elaboración de planos, se apreciará la función resarcitoria con una finalidad compensatoria si a quien encargó los planos ya no le interesa el cumplimiento de la obligación del arquitecto debido a su incumplimiento. En dicho caso el acreedor requerirá el pago de una indemnización, que tendrá una función compensatoria, y en donde podrá apreciarse cómo la responsabilidad civil representa, en el campo del derecho de las obligaciones, una verdadera modificación de la relación obligatoria: dada la naturaleza del daño (compensatorio) causado al acreedor, la obligación se transforma, por lo que mutan la prestación, la utilidad y el interés. Una obligación de hacer, que debía ser ejecutada con una prestación de servicio que le proveía al acreedor una utilidad material (planos), muta radicalmente, pues patológicamente se realizará a través de una prestación de dar, con el propósito de entregar otra utilidad, distinta a la originalmente debida (dinero, por ejemplo), pues está destinada a satisfacer un interés también diverso al originalmente pactado. Y, todo esto, sin embargo, no representará la afirmación de una «nueva y distinta» obligación, toda vez que el vínculo original que unía a acreedor

y deudor permanece incólume e irrealizado: el deudor no ha cumplido con ejecutar aún el deber central al que se obligó que es satisfacer el interés ajeno (el del acreedor), aún cuando este haya mutado.

Distinto será el escenario si, verificado el incumplimiento del deudor en el mismo ejemplo del arquitecto, aún le interesa a quien encargó la realización de los planos que estos se realicen, por lo que entonces podrá solicitar el cumplimiento de la obligación originalmente pactada más una indemnización, la cual tendrá una finalidad moratoria destinada a resarcir los daños que el retraso le causa al acreedor por no recibir la utilidad originalmente pactada.

Con relación a la naturaleza del ente afectado, la función resarcitoria define sus contornos en consideración a si el daño afecta o no el patrimonio o la entidad psicosomática pura de un individuo. Si el interés lesionado es patrimonial entonces se va a producir un «daño patrimonial». Aquí la función resarcitoria cumple el objetivo de reestablecer el *statu quo* existente antes de la comisión del daño. La función resarcitoria va a cumplir en este caso la finalidad esencial de la reparación de daños, que busca la restauración de la situación de hecho existente antes del suceso dañoso, lo que se expresa a veces con la coloquial expresión de «borrar las huellas del daño».

Si se afecta al sujeto como entidad psicosomática entonces se producirá un «daño no patrimonial», que es independiente de si el daño, en algunos casos, trasciende a la faz de la productividad, por lo que produce consecuencias económicas valiables —por ejemplo, los gastos incurridos en un proceso de rehabilitación luego de una fractura sufrida—. En otros casos —la muerte de una persona, por ejemplo—, no existirán consecuencias económicas que puedan ser valiables, en cuyo caso la función resarcitoria cumplirá una finalidad exclusivamente afflictivo-consolatoria.

*c) Función de equivalencia*

En la etapa patológica esta función implica que con el pago de la indemnización se producirá una afectación patrimonial en el patrimonio del llamado a responder. Entonces, la función de equivalencia en la responsabilidad civil grafica la presencia de un valor económico negociable que egresa del patrimonio del sujeto titular de la situación jurídica subjetiva de desventaja, deudor de la indemnización.

Se repara en que el nombre de esta función grafica la afectación del patrimonio del sujeto llamado a responder, en un valor equivalente a la afectación del interés de la víctima, por lo que siempre el valor de la utilidad que egresa del patrimonio del responsable es equivalente al valor o estimación del daño sufrido por la víctima.

*d) Función distributiva*

Finalmente, se debe aludir a la última función que es propia de la responsabilidad civil en la etapa patológica de la vinculación intersubjetiva: la función distributiva.

Esta función tiene como finalidad explicar el traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable. La función distributiva permite trasladar el coste del daño de la víctima hacia el responsable, para lo cual se emplean los denominados «criterios de imputación».

Ese traspaso del peso económico del daño no puede ser arbitrario. Tiene que existir un «justificativo teórico» que permita dicho traspaso y ello es lo que se encuentra en los criterios de imputación, conocidos también como «factores atributivos de responsabilidad»: culpa, riesgo, garantía, equidad y abuso del derecho.

### 3. EL MODELO ECONÓMICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: *CIVIL LAW VS. COMMON LAW*

Luego de haber revisado las funciones diádicas de la responsabilidad civil, es momento de prestar atención a las funciones macroeconómicas o sistémicas de esta. Sin embargo, para ello, es necesario realizar una precisión previa respecto de la relación que existe entre un determinado modelo económico que se tome como referencia y la responsabilidad civil.

Los modelos económicos de las sociedades occidentales encuentran un origen ideológico común en los ideales de la Revolución francesa. Esta proclamó, como se recuerda, tres pilares fundamentales: libertad, igualdad y fraternidad (solidaridad), que se constituirán en el fundamento de la responsabilidad jurídica occidental.

Empero, a partir de este ideario, se han perfilado dos grandes sistemas jurídicos que se estructuran sobre dos modelos económicos que no son iguales: el modelo económico-liberal y el *modelo solidarístico*.

Así, el denominado sistema del *civil law* o de derecho continental reconoce su origen directo en la familia latina, concretamente en el Gran Imperio Romano, el cual, con el desarrollo de las sociedades occidentales, se complementará con el sistema germano, dando lugar a la denominada familia romano-germánica.

En el *civil law*, de los tres ideales antes mencionados se va a priorizar el de la solidaridad. Por este motivo, se dice que los sistemas latinos son propiamente sistemas *solidarísticos*. En cambio, el sistema del *common law* desarrolla un mayor énfasis sobre la idea de libertad, por lo que entramos a un esquema donde, a partir de determinada época, el énfasis de la libertad pasa a ser su rasgo diferenciador respecto del *civil law*.

El sistema peruano de la responsabilidad civil, al igual que todos los sistemas occidentales, parte del modelo heredado del ideario de la Revolución francesa, el cual, en su origen, es común tanto para el sistema del *civil law* como para el *common law*. Este origen común se ve reflejado en un esquema en donde «la propiedad funciona de eje central,

en torno al cual gravitan todos los demás institutos», por lo que, desde esta perspectiva histórica, «la responsabilidad civil viene entendida como un medio de protección de la propiedad» (Franzoni, 1993, pp. 39-40).

Hay que ser cautelosos en los extremos de los modelos económico-liberal y *solidarístico*. Si se cree, por ejemplo, en un sistema de libertad absoluta del individuo se corre el riesgo de despreocuparse de la distribución justa de la riqueza, lo que es atribuido a los países ultraliberales, en donde el extremo de estos sistemas da a luz a esquemas imperialistas. En cambio, la idea opuesta y extrema de un sistema aparentemente solidario puede terminar coactando completamente la libertad individual, lo que genera un concepto corporativista extremo como fue el caso del fascismo y el nazismo.

El entendimiento de la perspectiva económica de los diferentes sistemas jurídicos de referencia permite comprender, de una mejor manera, las funciones de la responsabilidad civil desde una perspectiva sistémica, esto es, la trascendencia social de las decisiones de imponer la obligación de resarcir, en un sentido u otro.

Así las cosas, aquello que se realice a nivel individual, desde la perspectiva diádica o intersubjetiva, tiene que servir a la perspectiva sistémica o macroeconómica. Una solución equivocada a nivel diádico determinará una solución equivocada a nivel sistémico. La solución que se dé a nivel diádico tiene que producir un resultado eficiente a nivel sistémico de acuerdo a las actividades que se quieran proteger.

#### **4. LAS FUNCIONES SISTÉMICAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

Luego de haber mostrado la relación que existe entre el modelo económico que se tome de referencia y la responsabilidad civil, es momento de desarrollar las funciones sistémicas de esta.

En breve se podría indicar que son dos las funciones de la responsabilidad civil a nivel sistémico: la función de incentivación y desincentivación de actividades, y la función preventiva a nivel general.

### **1.1. La función de incentivación y desincentivación de actividades**

Esta función tiene relación con el desarrollo tecnológico de determinada sociedad. En la era preindustrial los individuos convivían en las sociedades occidentales con riesgos aislados que las propias actividades individuales podían producir, como, por ejemplo, la caída de una maceta colgante de algún balcón sobre un transeúnte, el atropello por una carrosa jalada por caballos o ser mordido por un cerdo de la granja de un vecino, dada la no diferenciación, propiamente hablando, de zonas urbanas y rurales.

Los peligros que se presentan en la vida en sociedad son muy diferentes cuando irrumpe la era de la industrialización. En este escenario los riesgos se multiplican, pero es importante tener en cuenta que el avance tecnológico es paulatino, por lo que en la era de la industrialización hay un primera etapa de tecnología incipiente en donde todo aquel que desea desarrollar una actividad nueva afronta múltiples riesgos inherentes al desarrollo de esa actividad cuya tecnología no se domina todavía, por lo que la persona que desarrolle dicha actividad no va a tener incentivos para seguir mejorándola, haciéndola más segura y eficiente si es que se ve expuesto al pago de las indemnizaciones derivadas de los daños causados por dicha actividad. En un simple análisis de costo-beneficio, nadie invertiría en el desarrollo de una actividad, si es que todos sus recursos van a tener que ser dirigidos al pago de los daños que se generan en una actividad poco segura y respecto a la cual no se tiene control por la incipiente tecnología que se domina.

Socialmente hablando, si dejamos a un lado la perspectiva microeconómica o intersubjetiva, se prioriza la incentivación y desincentivación de actividades, como función primordial o principal de la responsabilidad civil, cuando con miras a obtener el desarrollo tecnológico de una actividad se decide no trasladar el coste económico del daño de la víctima al responsable.

El sistema de responsabilidad civil se dirige entonces a proteger actividades cuyo desarrollo es de interés de la sociedad, pues esta se beneficia; o a desincentivar ciertas actividades que sean contrarias

al beneficio de la sociedad. Piénsese en la actividad de aeronáutica civil: jamás se habrían desarrollado los modernos aviones comerciales contemporáneos si desde un comienzo, con la tecnología existente a inicios del siglo XX, le hubiéramos dicho a los agentes económicos que tenían que afrontar todos los costes de los daños que se causaban en el desarrollo de esta actividad aeronáutica; no habrían existido incentivos para invertir en esta tecnología. Se protege al agente económico, por ejemplo, cuando se traslada el coste del daño basado solo en la culpa de dicho agente, pues esto no solo permite incentivar el desarrollo de una actividad que beneficia a la sociedad toda, sino que no ocasiona ningún efecto negativo en actividades de prevención ya que el ahorro de costes por parte del agente económico será dirigido en forma espontánea a mejorar la tecnología existente, lo que hace los productos más seguros, pues el propio agente económico no quiere perder su capital de trabajo.

## 1.2. La función de prevención general

Con ello se sirve también a la denominada función de prevención general de la responsabilidad civil, que es también una función esencial pues la sociedad desea minimizar las ocasiones de daño que se dan a nivel social. Para ello será importante inducir a los potenciales causantes de daños a que adopten medidas de prevención destinadas a evitar la posible renovación de conductas dañosas, lo que conlleva a que esta función sistémica esté íntimamente unida a una de prevención específica, que se materializa a nivel diádico a través de la función distributiva de la responsabilidad civil: es necesario que en cada relación intersubjetiva o diádica en particular, los sujetos internalicen el costo de la prevención de daños, lo que se materializará —como se verá en el capítulo referido a los criterios de imputación de la responsabilidad civil— a través del análisis de las capacidades de prevención de los sujetos.

El análisis económico del derecho señala al respecto que una de las diferencias esenciales que debe conducir a adoptar una regla de responsabilidad subjetiva o una regla de responsabilidad objetiva, radica

en el análisis de las capacidades de prevención de los sujetos, conocida en el *common law* como la regla del *cheapest cost avoider*: debe responder el que estuvo en mejor posición de prever o impedir el daño al menor coste y no adoptó las medidas necesarias para evitarlo.

Así, cuando ambos sujetos de la relación de responsabilidad están en aptitud de poder adoptar medidas de prevención para evitar que el daño se produzca, se configuraría un supuesto de «prevención bilateral», en el cual la regla de la responsabilidad subjetiva (culpa) será la óptima para atribuir responsabilidad. No cabe invertir esta regla, pues siempre produciría una situación de ineficiencia en prevención.

En cambio, cuando uno solo de los sujetos de la relación de responsabilidad es el que está en mejor aptitud de poder adoptar medidas de prevención para evitar que el daño se produzca, se configuraría un supuesto de «prevención unilateral», en donde la regla de la responsabilidad objetiva sería la más eficiente para atribuir responsabilidad.

Empero, cuando se busca incentivar una actividad —como función esencial sistémica de la responsabilidad civil—, debe prestarse especial atención al grado de desarrollo que ha alcanzado esa actividad en una sociedad determinada, puesto que si no se ha alcanzado el grado de desarrollo tecnológico o científico deseado en la actividad que se desea incentivar, no siempre el sujeto que potencialmente está en aptitud de causar daños tiene la competencia tecnológica para reducir los incidentes causados por su actividad. Pero no debe dudarse que desearía tenerla, no solo para desarrollar más eficientemente su actividad, pues, a mayor tecnología, menores riesgos y mayores ganancias, sino por la simple razón egoísta de que no desea perder su capital de trabajo en un accidente.

En la actividad de transporte aéreo, por ejemplo, es obvio que desde las épocas de los hermanos Wright las prevenciones han sido siempre unilaterales, pues ayer, hoy y siempre, los pasajeros podrán hacer poco o nada para evitar que los aviones se caigan. Aquí cabe preguntarse: ¿por qué entonces la responsabilidad civil ha optado históricamente, en un inicio, por establecer a la culpa (responsabilidad subjetiva) como factor

atributivo de responsabilidad, pese a tratarse de un caso evidente de prevención unilateral?

La respuesta es, sin embargo, obvia: porque de esta manera, se lograba la incentivación del desarrollo de esta actividad y la consecuente obtención de mejoras tecnológicas, sin que ello vaya necesariamente en desmedro de soluciones óptimas de prevención. Como hemos ya indicado, el transportista no desea que se caigan los aviones con los que realiza una actividad lucrativa y que representan su capital de trabajo, por lo que el «ahorro» que obtendrá al disminuir las ocasiones de reparación—cuando no se le pueda probar culpa, por ejemplo— lo invertirá en investigación y tecnología hasta alcanzar, cuando menos, un grado de desarrollo medianamente aceptable. Esto es aplicable a la realización de cualquier actividad humana.

Entonces, no se verifica ninguna situación de ineficiencia en prevención cuando las ocasiones de reparación disminuyen en beneficio del incremento de tecnología: lo que un productor o, en general, cualquier potencial causante de daños que realiza una actividad «ahorra» al pagar menos indemnizaciones—principalmente por la dificultad en la probanza de su culpa—, no determina que disminuya su nivel de prevención, pues invertirá en la tecnología necesaria para preservar o mejorar su capital de trabajo.

Obviamente, si ya se ha alcanzado un grado de desarrollo tecnológico aceptable, al aplicar la función sistémica de incentivación de actividades de la responsabilidad civil, utilizando la culpa aun en casos de prevención unilateral, la persistencia en la aplicación de esta situación límite, contraria a la regla del *cheapest cost avoider*, sí produciría una situación de ineficiencia en los niveles de prevención de quien está en mejor posición de prever los daños: en este caso, el «ahorro» en los costes indemnizatorios sí irían a parar a los bolsillos de los productores o de los potenciales causantes de daños.

De lo dicho se extrae una conclusión inevitable: invertir la regla del *cheapest cost avoider* en los casos de prevención unilateral, cuando

se aplica la responsabilidad subjetiva —el criterio de la culpa—, solo producirá una situación de ineficiencia en el supuesto de existir ya un grado de desarrollo tecnológico socialmente aceptado.

Así las cosas, la responsabilidad civil estará al servicio de una función preventiva, cuando la decisión para trasladar el coste del daño de la víctima al responsable depende de un análisis de las capacidades de prevención de los sujetos involucrados en la comisión del daño, asignando responsabilidad al sujeto que, a pesar de estar en mejor posición de prevenir el daño, no lo hizo.

De este modo, se puede apreciar la relación que existe entre las funciones diádicas y sistémicas de la responsabilidad civil, ya que, al depender la imputación de esta de la verificación de las capacidades de prevención de los sujetos, vemos la vinculación existente entre la función distributiva a nivel diádico y las funciones sistémicas de prevención general y de incentivación o desincentivación de actividades.

#### 4. PREGUNTAS

1. ¿Qué es la responsabilidad civil?
2. ¿Cuáles son los escenarios en los que se establece la responsabilidad civil?
3. ¿Cuál es la relación que existe entre el modelo económico y la responsabilidad civil?
4. ¿Cuáles son las funciones de la responsabilidad civil desde una perspectiva microeconómica?
5. ¿Cuáles son las funciones de la responsabilidad civil desde una perspectiva macroeconómica?

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 2  
LA DUALIDAD DE LOS SISTEMAS  
DE RESPONSABILIDAD CIVIL

**1. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LOS SISTEMAS DE  
RESPONSABILIDAD CIVIL**

Los sistemas de responsabilidad civil pueden ser definidos como el conjunto de reglas y principios que justifican la existencia de determinados tipos de resarcimiento bajo cánones diferenciados. Bajo esta noción, desde un plano teórico, es posible identificar una serie de posibles sistemas de responsabilidad civil. En primer lugar, existe un sistema de responsabilidad civil derivado del daño del incumplimiento de actos y negocios jurídicos unilaterales. Este escenario se puede ejemplificar con los daños generados por la persona que excede sus facultades en el marco de un negocio de apoderamiento.

En segundo lugar, existe otro sistema de responsabilidad al que se le denomina sistema de responsabilidad precontractual. Producida la tutela del iter negocial, este sistema no solo abarcaría el nacimiento y ejecución del negocio sino también la etapa previa de negociación o tratativas, dentro de la cual, por ejemplo, se pueden comprender los siguientes escenarios generadores de responsabilidad: a) el dolo incidental, b) la culpa *in contrahendo*, c) la ruptura injustificada de tratativas y d) la violación de deberes precontractuales de protección.

En tercer lugar, tenemos otro posible sistema de responsabilidad civil que se conoce con el nombre de responsabilidad poscontractual. En este sistema, pese a la culminación de un contrato, se encuadran los daños derivados del incumplimiento de aquellas obligaciones que quedan subsistentes al contrato, por ejemplo, las obligaciones de confidencialidad y las obligaciones de saneamiento.

En cuarto lugar, se encuentra el sistema de responsabilidad por inexecución de obligaciones, también conocido como sistema de responsabilidad contractual; esto es, por los daños derivados del incumplimiento de una obligación técnicamente entendida.

Finalmente, podemos mencionar, en quinto lugar, el sistema de responsabilidad extracontractual, en el cual no preexiste ninguna obligación, por lo que abarca los daños derivados de la infracción al deber general de no causar daño a nadie: *alterum non laedere*.

A la luz de la descripción, somera, de esta variedad de sistemas de responsabilidad civil se debe indicar que, desde una perspectiva legislativa, el Código Civil peruano reconoce la existencia de dos sistemas de responsabilidad civil: el sistema de responsabilidad por inexecución de obligaciones y el sistema de responsabilidad extracontractual.

Adviértase que no deben confundirse o superponerse dos órdenes diferentes de problemas. El hecho de que se haya afirmado que la responsabilidad civil se caracteriza por revestir una unidad ontológica conceptual como escenario de afectación patrimonial del titular de una situación jurídica de desventaja, no debe conllevar, de forma automática, a indicar la unidad de sistemas de responsabilidad.

Tal como se mostrará en el presente capítulo, existen fuertes argumentos para defender la existencia de una dualidad de sistemas de responsabilidad civil.

## **2. DIFERENCIAS TRADICIONALES ENTRE LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD POR INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES Y EXTRACONTRACTUAL**

Cuando se trata de diferenciar los sistemas de responsabilidad por inejecución de obligaciones y el extracontractual se suele hacer alusión a dos criterios en particular:

Por un lado, se indica que en el régimen de responsabilidad por inejecución de obligaciones preexiste una obligación (deber particular con contenido patrimonial) que es el que se incumple, mientras que en la responsabilidad extracontractual lo que se contraviene es un deber general (el de no causar un daño a otro).

Por otro lado, se agrega que en el régimen de responsabilidad por inejecución de obligaciones se lesiona un interés particular (el creditorio), mientras que en la responsabilidad extracontractual se lesiona un interés general (la convivencia pacífica).

Sin embargo, estos criterios no parecen ser suficientes para poder diferenciar los sistemas de responsabilidad civil. Ello se comprueba si se presta atención a que, por ejemplo, en el ámbito del sistema de la responsabilidad extracontractual, el daño afecta también siempre a un interés particular y concreto, que es el de la víctima, y no a un interés general como se plantea. Que preexista a la obligación de resarcir un interés general a la convivencia pacífica, no enerva la constatación de que, verificado un daño, este afecta el interés concreto y específico de un sujeto: la víctima.

Asimismo, el reconocimiento de hipótesis tales como la tutela «aquiliana» del crédito muestran que el sistema de responsabilidad extracontractual puede entrar a tallar, inclusive, en escenarios en los cuales preexiste una relación jurídica obligatoria.

### LA TUTELA AQUILIANA DEL CRÉDITO EN LA CORTE SUPREMA PERUANA

El reconocimiento, indirecto, de la tutela aquiliana del crédito ha sido realizado en el VII Pleno Casatorio Civil en la Sentencia Casatoria 3671-2014-Lima, en los siguientes términos:

VI.1. La protección extracontractual de los derechos reales y de crédito.

A juicio de este Alto Tribunal, se impone la necesidad de rechazar el argumento tradicional que se fundamenta en la supuesta inexistencia de tutela erga omnes para el derecho de crédito. Se ha podido constatar que la doctrina contemporánea acepta esta clase de tutela.

[...]

La defensa que se ha hecho, en nuestro medio, en favor de la idea que considera que el crédito carece de tutela extracontractual, ha sido materia de crítica. Para empezar, no parece un argumento (suficiente y) convincente el hecho de que antes la tutela aquiliana no haya sido reconocida a nivel jurisprudencial en nuestro país. En todo caso, sirva esta ocasión para reconocer esta figura y actualizar nuestras tendencias jurisprudenciales, de acuerdo con los avances de la doctrina más actual.

[...]

Por último, no escapa al criterio de este Supremo Tribunal el hecho de que la opinión que ha negado la tutela aquiliana del crédito, ha terminado por aceptarla implícitamente. Como se recordará, esta opinión no puede evitar reconocer que todos los derechos subjetivos tienen una tutela resarcitoria, lo que resulta incompatible por completo con la tesis que defiende la distinción entre derechos absolutos y derechos relativos. Esta parte de la premisa según la cual los derechos relativos, por no poder ser opuestos a la generalidad de sujetos, no son materia de protección extracontractual. Por lo tanto, reconocer, de alguna forma al menos, que todos los derechos subjetivos tiene una tutela extracontractual, no significa otra cosa que admitir la vigencia de la figura de la tutela aquiliana del crédito.

Por ello, el fundamento de la diferencia entre estos dos sistemas de responsabilidad no puede encontrarse en los criterios antes indicados, sino en uno distinto: en el criterio de la previsibilidad, tal como se explicará en el siguiente apartado.

Sin embargo, no debe obviarse una serie de diferencias normativas, justificadas por las características propias del Código Civil peruano, que existen entre ambos sistemas de responsabilidad, lo cual hace necesario establecer criterios para identificar uno u otro sistema.

Dentro de las principales diferencias normativas podemos mencionar las siguientes:

- a) El criterio de imputación en la responsabilidad por inejecución de obligaciones es básicamente subjetivo (art. 1321); en cambio, en la responsabilidad extracontractual es tanto subjetivo (art. 1969) como objetivo (art. 1970).
- b) En la responsabilidad por inejecución de obligaciones se admite una graduación de la culpa (dolo, culpa grave y culpa leve; arts. 1318, 1319, 1320 y 1321), mientras que ello no es admisible en la responsabilidad extracontractual (art. 1969).
- c) Los daños resarcibles, en la responsabilidad por inejecución de obligaciones, están regidos por el principio de previsibilidad (art. 1321); mientras que, por el contrario, en la responsabilidad extracontractual son resarcibles tanto los daños previsibles como los imprevisibles (art. 1985).
- d) Se afirma que, en lo que respecta a las funciones diádicas de la responsabilidad civil, si bien en ambos sistemas se predica la función resarcitoria de la responsabilidad civil, en el sistema de responsabilidad por inejecución de obligaciones se afirma también una función sancionatoria o punitiva, cuando se extiende la responsabilidad del llamado a responder, en caso su incumplimiento se haya debido a dolo o culpa grave, al resarcimiento de los daños imprevisibles (art. 1321), lo que configura un verdadero «daño

punitivo», al no exceder del límite de los daños sufridos por la víctima, con lo que no se generaría ningún incentivo perverso.

- e) En la responsabilidad por inexecución de obligaciones, la indemnización devenga intereses moratorios desde el momento de la intimación o constitución en mora, salvo pacto en contrario (art. 1333). En cambio, en la responsabilidad extracontractual, los intereses moratorios se devengan desde el momento de la comisión del daño (art. 1985).
- f) El plazo de prescripción para la responsabilidad por inexecución de obligaciones es de diez años (art. 2001, inc. 1) y de dos años en la responsabilidad extracontractual (art. 2001, inc. 4).

En cuanto a similitudes, se afirma que, en ambos sistemas de responsabilidad, se configura una presunción de culpa —«culpa leve» en la responsabilidad por inexecución de obligaciones—, aunque la presunción de culpa acogida en materia de responsabilidad extracontractual ha generado críticas muy fuertes y sólidas por aproximar la responsabilidad subjetiva hacia la responsabilidad objetiva.

Se ha afirmado también que en ambos sistemas se acoge, como teoría de causalidad, la teoría de la causalidad adecuada, en la que es errada la interpretación realizada por algunos que pretenden afirmar que en el sistema de responsabilidad por inexecución de obligaciones se ha recogido la teoría de la «causa próxima» por el empleo del giro verbal «en cuanto sean consecuencia inmediata y directa» de la inexecución, basados aparentemente en una interpretación «literal» de la norma.

### **3. DIFERENCIAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD POR INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES Y EXTRA CONTRACTUAL. PROPUESTA**

Desde la perspectiva que aquí se sostiene, el criterio para diferenciar la responsabilidad extracontractual de la responsabilidad por inexecución de obligaciones es la previsibilidad.

Con la finalidad de entender este criterio, es necesario precisar los alcances del tratamiento que tiene la causalidad y la imputabilidad en la responsabilidad por inejecución de obligaciones y en la responsabilidad extracontractual.

En particular, cabe resaltar que no compartimos la calificación que un sector de la doctrina del derecho continental asigna a la imputabilidad, denominándola «causalidad jurídica». Para nosotros, la verdadera causalidad es la que alude a la causalidad material —es decir, a la relación entre el acto generador y el daño como evento—, y no la denominada causalidad jurídica, que responde en realidad al juicio de imputabilidad que determina el alcance cuantitativo del daño resarcible.

Desde este punto de vista, se indica que los daños resarcibles, en el sistema de inejecución de obligaciones, están vinculados a un único criterio admitido: la culpa, de modo que va a depender de la gradualidad de la culpa —leve, grave y dolo— el alcance del resarcimiento.

Lo indicado se encuentra establecido en el artículo 1321 del Código Civil peruano, que establece lo siguiente:

Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

Tal como se puede apreciar, en materia de responsabilidad por inejecución de obligaciones, los daños resarcibles son, en forma general, los daños directos, inmediatos y previsibles, que serían el límite del resarcimiento del daño en sede contractual.

Los dos primeros, es decir, los daños directos e inmediatos, responden a la teoría de la causalidad material y el daño previsible responde más bien a un tema de imputabilidad (o causalidad jurídica), esto es, a la culpa, pero con la función específica de limitar los alcances de la causalidad material. De este modo, lo que establece el artículo 1321 es una limitación de responsabilidad en función a la culpa leve imputable al deudor.

Sin embargo, hay que tomar en consideración que, de acuerdo con el artículo 1329 del Código Civil peruano, se presume el incumplimiento por culpa leve a cargo del deudor: «Artículo 1329- Se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».

En consecuencia, solo cuando se pueda probar la culpa grave o el dolo, la extensión del resarcimiento alcanzará los daños imprevisibles, puesto que estos últimos dependen de la imputabilidad.

Llegados a este punto, es conveniente volver sobre el equívoco en el que se incurre al momento de sostener que en materia de responsabilidad contractual o por inexecución de obligaciones, se aplica la teoría de la causalidad material de la causa próxima.

Para poder comprender la verdadera teoría causal material aplicable a la responsabilidad por inexecución de obligaciones debemos definir los conceptos de daños directos e indirectos.

Un daño es directo cuando puede ser acreditado como consecuencia lógica y necesaria de determinado hecho que se ha producido a nivel fáctico. Por el contrario, un daño es indirecto, si no guarda una relación de causalidad entre el hecho generador y el daño, por lo que se le conoce también con el nombre de «daño eventual», el cual no es resarcible.

El problema surge cuando se tiene que esclarecer el concepto de «daño inmediato», para lo cual resulta indispensable realizar una lectura desde una perspectiva histórica.

La base del análisis histórico se encuentra en el artículo 1155 del Code Napoléon, el cual acoge la expresión del resarcimiento de los daños directos e inmediatos.

A la luz de dicho dispositivo, la doctrina francesa afirmaba que la extensión del resarcimiento debía tener en cuenta tres criterios fundamentales para la limitación de los daños resarcibles:

- a) El criterio de la causalidad directa: entendiéndose que los daños resarcibles son siempre aquellos que son consecuencia lógica y necesaria del evento dañoso.
- b) El criterio de la evitabilidad del daño a cargo del acreedor: que imponía un límite al resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento de una obligación, sobre la base de los daños que pudo haber evitado el acreedor, estableciendo estos como no resarcibles.

Estos dos criterios fueron acogidos y comprendidos en la fórmula expresiva «consecuencia directa e inmediata» que pudieran ser evitados por el acreedor. De este modo, el deudor responde solo por aquellos daños que se encuentran próximos a su esfera de dominio o de su actividad (daños inmediatos), puesto que aquellos daños que pueden ser evitados por el acreedor no pueden ser imputados al deudor.

- c) El criterio de la previsibilidad: en lo que atañe al tema que estamos tratando, debe ser entendido como la posibilidad de anticipar eventos y consecuencias futuras, internalizando el coste del riesgo. Implica una evaluación *ex ante* de las posibles consecuencias dañosas del actuar, es decir prever las consecuencias posibles o probables de un daño si se siguiera un juicio de normal diligencia, por lo que entonces, y por ello, el deudor puede internalizar las consecuencias naturales de esos posibles o probables daños con relación a su circunstancia concreta.

No debe confundirse esta noción de «previsibilidad» con aquella otra acepción que interesa también a la responsabilidad civil en el campo —esta vez exclusivo de la imputabilidad— de la evaluación de las

capacidades de prevención de los sujetos: como aptitud de control de riesgos a cargo de cada uno de los sujetos vinculados por la relación de responsabilidad.

Cabe recordar en este punto que el Código Civil peruano reconoce como antecedente normativo al *Codice Civile* italiano, el cual, en su artículo 1227, segundo párrafo, formuló en vía autónoma el límite del resarcimiento de los daños evitables por el acreedor con la diligencia ordinaria. En este escenario, la evitabilidad del daño por el acreedor, implicado en la noción de «daño inmediato», adquirió autonomía propia en la legislación italiana y recibió un tratamiento separado como un criterio de limitación de responsabilidad.

Tal autonomía legislativa también se encuentra recogida en el Código Civil peruano en el artículo 1327, que señala que «[e]l resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario».

Bajo esta perspectiva, bajo el Código Civil peruano, cuando se emplea la expresión «daño directo e inmediato», debe entenderse que los dos términos hacen alusión exclusivamente al daño directo. Por ello, cierto sector de la doctrina nacional incurre en error al afirmar que la expresión «daño inmediato» se refiere a la aplicación de la teoría de la causa próxima en materia de inejecución de obligaciones.

Así las cosas, la causalidad material en sede contractual no va a ser distinta a aquella causalidad reconocida en sede extracontractual, en lo que atañe a la causalidad material; es decir, los daños resarcibles van a abarcar todos los daños directos.

Todo lo previamente expuesto permite comprender con claridad que, en la opción del Código Civil peruano, a partir del reconocimiento legislativo de un criterio de imputación subjetivo y la teoría de la graduación de la culpa, se produce el reconocimiento de un elemento que es privatista de la responsabilidad contractual: la previsibilidad.

La previsibilidad en materia de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones implica, como límite a la causalidad

material, como adelantábamos, la posibilidad de anticipar eventos y consecuencias futuras; y lo que hace el artículo 1321 del Código Civil peruano es acoger conjuntamente, en un solo precepto legal, los criterios de «causalidad directa» y el de «previsibilidad», donde el segundo limita la extensión del primero.

La previsibilidad está entonces vinculada al carácter específico y concreto del interés, evaluado en función a la economía global del contrato. Si los sujetos vinculados por la relación de obligación son los que están en mejor posición de prever todo aquello que pueda impedir el cumplimiento de esta, entonces cualquier daño debe limitarse a aquel que pudo preverse al tiempo de concertarse la obligación (art. 1321) y la responsabilidad no debe extenderse por los daños que el acreedor pudo evitar usando la diligencia debida (art. 1327).

En cambio, en la responsabilidad extracontractual, al no estar presente al momento del daño evento ninguna relación intersubjetiva en particular, no puede predicarse la posibilidad de prever eventos y consecuencias futuras, lo cual sería imposible en términos fácticos y económicos, predicándose entonces la imprevisibilidad como característica esencial de este tipo de responsabilidad.

En conclusión, debido a que la previsibilidad es, sin duda, el criterio de distinción entre ambos regímenes de responsabilidad, se puede afirmar que la internalización de costes en materia de responsabilidad contractual debe abarcar solo los daños directos, inmediatos y previsibles; y esto es independiente del criterio de imputabilidad que pueda haber asumido la codificación civil peruana.

Si bien la teoría de graduación de la culpa es un rezago del canonismo heredado de la doctrina del siglo XIX y, por ende, sobre ella reposa todavía la afirmación de una función sancionatoria de la responsabilidad civil en sede de inexecución de obligaciones, no debe olvidarse que, teóricamente hablando, es perfectamente admisible la tesis de la responsabilidad contractual objetiva por incumplimiento de una obligación que genere un daño al acreedor.

#### 4. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN ANTE LAS ZONAS GRISAS EN LA DUALIDAD DE SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD

En función del reconocimiento de una dualidad de sistemas de responsabilidad civil en la codificación peruana, existen ciertos supuestos en los cuales la calificación como un escenario de responsabilidad contractual o extracontractual no resulta del todo sencillo, constituyéndose las denominadas zonas grises de la responsabilidad civil.

##### **ROBO EN ESTACIONAMIENTO:**

###### **¿RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL?**

La reportera Katya Cruz, periodista de Canal N, denunció haber sido víctima de un robo en el estacionamiento Los Portales ubicado en la cuadra 2 del Jirón Junín en el Cercado de Lima. La unidad móvil había sido estacionada en este lugar mientras el equipo periodístico realizaba su labor. Al regreso, Katya Cruz revisó su cartera y se sorprendió al no encontrar su celular. La reportera revisó su billetera y notó que le habían sustraído 200 soles. [...] Al momento de reclamarle a los administradores del estacionamiento privado, estos argumentaron que no se hacen responsable de lo sucedido. El equipo periodístico de Canal N notó que una de las ventanas había sido forzada. Luego de cometer su fechoría, los ladrones dejaron el vehículo como si no hubiera ocurrido nada. Las cámaras de seguridad del lugar no alcanzaron a grabar el lugar donde había estacionado el carro (*La República*, <https://larepublica.pe/sociedad/858740-equipo-de-canal-n-sufre-robo-en-estacionamiento-privado-video>. Fecha de consulta: 29/7/2018).

##### **NEGLIGENCIA MÉDICA:**

###### **¿RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL?**

Indignante. Una presunta negligencia médica se habría cometido en el Hospital Hipólito Unanue, en El Agustino. Un bebé de tres meses, de iniciales E.G.S.Q., fue llevado a dicho nosocomio para ser tratado de un mal respiratorio. Sin embargo, acabó con la mano izquierda quemada y

ahora necesitará cirugía plástica e injerto de piel. ¿Qué pasó? Resulta que la vía que le colocaron en la vena de dicha mano se salió de su lugar. Esto hizo que la piel estuviera expuesta a dextrosa y electrolitos durante dos horas, sin que ninguna enfermera ni médico advirtiera el hecho, según lo confirmó el doctor Luis Miranda, director del hospital. El galeno señaló que se trata de una quemadura química, la que –tal como se vio en imágenes difundidas en redes sociales– generó ampollas, enrojecimiento de piel y llagas típicas de este tipo de lesiones. Descartó que se le vaya a amputar la mano y calificó el hecho como un evento adverso. «Nuestro comité de auditoría y de calidad está trabajando e investigando el caso», expresó. (*Peru21*, <https://peru21.pe/lima/hospital-hipolito-unanue-queman-mano-bebe-nosocomio-406423>. Fecha de consulta: 29/7/2018).

Frente a este tipo de supuestos se plantea una serie de alternativas para hacerles frente, los cuales se expondrán a continuación.

#### 4.1. Opción

Bajo esta alternativa, se sostiene que las víctimas están en aptitud de escoger uno u otro sistema de responsabilidad civil frente a un tipo de daño.

Algunos autores defienden esta posición argumentando la tutela del interés lesionado, de modo que, si se lesiona un interés, se podría estar en aptitud de elegir el sistema más favorable; es decir, se otorgaría a la víctima un derecho potestativo para que decida en qué vía exigirá el resarcimiento.

Sobre el particular, se debe señalar que la opción no se encuentra reconocida por el ordenamiento peruano, en función de lo señalado por el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil: «Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda».

El reconocimiento, en el sistema jurídico peruano, del principio del *iura novit curia* impide que se pueda afirmar la existencia de un derecho de opción a la víctima.

#### 4.2. Cúmulo

Bajo esta alternativa, se requiere que se esté frente a un mismo daño que genera una misma víctima, producida por un mismo causante. Sin embargo, se acumulan dos sistemas de responsabilidad que deben aplicarse simultáneamente.

Un ejemplo típico de cúmulo es el daño generado en una fábrica durante el suministro de combustible para la producción, que por una mala maniobra de los dependientes del deudor produce una chispa en la bocatoma de los tanques de almacenamiento de combustible que genera una explosión que afecta las instalaciones de la fábrica de propiedad del acreedor. En este escenario, se dice, se acumulan las responsabilidades tanto contractual como extracontractual.

El cúmulo, desde mi punto de vista, no puede ser admitido, sobre la base de la teoría de los deberes de protección en sede contractual, que son una manifestación del deber de diligencia del deudor entendido como el deber de control de riesgos, por lo que la responsabilidad contractual se presenta con una dimensión expansiva ante casos de responsabilidad extracontractual, pues es también deber del deudor velar por el respeto de la esfera jurídica ajena: tutelar a la persona y los bienes de la otra parte de la relación obligatoria.

#### 4.3. Concurrencia

Finalmente, esta alternativa alude a la situación en la cual un solo hecho generador, que reconoce entonces un solo causante, puede producir dos tipos de víctimas distintas.

Por ejemplo, un accidente producido en el transporte de pasajeros: la víctima «A» sube a un bus, y, por lo tanto, tiene una relación contractual.

Por el otro lado, tenemos a la víctima «B» que estaba esperando en el paradero. El bus, por intentar adelantar a otro vehículo, pierde el control y se estrella en un paradero, en donde la víctima «A» sale expelida del autobús, mientras que la víctima «B» que pretendía subir al mismo, es atropellado. Se dice entonces que los daños a la víctima «A» deberían ser tratados en sede contractual, mientras que los daños a la víctima «B», deberían ser encauzados bajo las reglas de la responsabilidad extracontractual.

## 5. PREGUNTAS

1. ¿Qué es un sistema de responsabilidad civil?
2. ¿Qué sistemas de responsabilidad civil se pueden identificar tanto a nivel doctrinario como a nivel legislativo en el ordenamiento peruano?
3. ¿Cuáles son las diferencias tradicionales entre la responsabilidad por inexecución de obligaciones y la responsabilidad extracontractual?
4. ¿En qué consiste el criterio que distingue el sistema de responsabilidad por inexecución de obligaciones y el sistema de responsabilidad extracontractual?
5. ¿Cuál es la teoría de causalidad material aplicable a la responsabilidad por inexecución de obligaciones?
6. ¿Cómo debe proceder el intérprete cuando existan problemas para determinar si el sistema aplicable es el de inexecución de obligaciones o el de responsabilidad extracontractual?

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 3

### EL MÉTODO DE ANÁLISIS EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

#### 1. PROPUESTA PARA LA SOLUCIÓN DE CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Independientemente del sistema de responsabilidad civil que resulte aplicable, es necesario entender que existe un «método de análisis» para afrontar la solución a un problema de responsabilidad civil.

Bajo esta perspectiva se postula que este «método de análisis de la responsabilidad civil» viene caracterizado por ser un estudio retrospectivo (*ex post facto*) de los sucesos que dieron origen al daño.

Este método de análisis va a estar compuesto de dos etapas: el análisis material y el análisis de imputabilidad.

El objetivo del análisis material es encontrar al causante del daño. A su turno, el objetivo del análisis de imputabilidad es determinar al responsable del daño, es decir, quién debe asumir el coste económico del daño.

A continuación, describiremos de forma panorámica en qué consiste cada una de las etapas del método de análisis de la responsabilidad civil. Posteriormente, en los siguientes capítulos, desarrollaremos a detalle cada uno de los elementos necesarios que componen la responsabilidad civil.

## 1.1. El análisis material y el causante del daño

Tal como se ha indicado, el objetivo del análisis material de la responsabilidad civil es encontrar al causante del daño. Para realizar tal objetivo, en esta etapa del análisis se debe prestar atención al estudio de los siguientes elementos: el daño, el hecho generador y la relación de causalidad.

### *a) El daño*

Dada la naturaleza retrospectiva del método de análisis, el daño es el primer elemento que se debe analizar, a pesar de que este no es el primer evento que se da en la realidad, ya que el daño es siempre, en el plano material, una consecuencia de un hecho que lo produce, es decir, de un hecho generador.

El daño debe contener cuatro requisitos para que sea resarcible. En primer lugar, el daño debe ser cierto (el requisito de la certeza del daño): la certeza del daño tiene que tener una certeza-fáctica (daño-evento) y una certeza lógica (daño-consecuencia).

En segundo lugar, el daño tiene que ser subsistente (el requisito de la subsistencia del daño): el daño no debe de haber sido reparado por alguna vía con anterioridad, pues en tal caso, la víctima carecería de interés para obrar (entendido en términos sustantivos).

En tercer lugar, el daño tiene que ser especial y concreto (el requisito de la especialidad del daño): el daño tiene que afectar un interés que pertenezca a un sujeto o que afecte a un ente colectivo, es decir, que tiene que constatarse la existencia de una víctima, sea esta diádica o sistémica.

Finalmente, el daño tiene que ser injusto (el requisito de la injusticia del daño), ya que solamente donde la víctima sufra un daño ilegítimo podrá ser tutelada con el resarcimiento. La injusticia del daño, además, regido bajo un criterio de atipicidad, es hoy el nuevo criterio de selección de los intereses merecedores de tutela y es el elemento que decide el otorgamiento de la tutela resarcitoria.

En sede de análisis del daño, como primer elemento a ser considerado en el método de análisis, se debe destacar que se presentan «situaciones límite» o «zonas de frontera», conocidas como supuestos de irresponsabilidad; es decir, situaciones expresamente tipificadas por el legislador en forma genérica en las cuales el daño producido no genera derecho de resarcimiento a la víctima.

Las situaciones de irresponsabilidad en el Código Civil peruano, también denominadas como situaciones de daño necesario o daño justificado, son las siguientes: (i) el ejercicio irregular de un derecho; (ii) la legítima defensa; y, (iii) el estado de necesidad.

### *b) El hecho generador*

Cabe señalar dos precisiones. En primer lugar, el hecho generador no tiene ninguna connotación jurídica específica —como lo sería la ilicitud o la antijuridicidad— que condicione la procedencia de la responsabilidad civil. En segundo lugar, lo que será considerado como hecho generador es aquel evento fáctico al que causalmente pueda vincularse el daño causado a la víctima. Es pues un dato fáctico, pero indispensable para poder asignar el hecho material a un «causante», sin que ello signifique aún ninguna asignación de responsabilidad.

### *c) La relación de causalidad*

Este elemento es el que va a permitir identificar el verdadero hecho generador del daño, dado que, al ser la vida una concatenación de hechos y circunstancias, nunca se presenta en la realidad un mero hecho aislado como interviniente en el fenómeno causal.

Por esto, se han desarrollado las denominadas «teorías causales», siendo las más representativas, las siguientes:

- Teorías totalizadoras, entre las cuales cabe mencionarse la teoría de la equivalencia de condiciones.

- Teorías individualizadoras, entre las cuales deben mencionarse la teoría de la causa eficiente, la teoría de la causa preponderante, la teoría de la causa próxima y la teoría de la causa adecuada.

Así como vinculado al daño encontrábamos escenarios en los cuales este no se configuraba —los daños justamente sufridos o situaciones de irresponsabilidad—, en el marco de la relación de causalidad se encuentran situaciones en las cuales se descubre que la relación de causalidad que aparentemente se había constituido, no lo fue en realidad.

Los eventos que permiten evidenciar que la aparente relación de causalidad no se llegó a configurar son: caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero y hecho de quien padece el daño («imprudencia» de la propia víctima); que algún sector de la doctrina nacional ha denominado «supuestos de fractura del nexo causal», pero que en verdad son supuestos de descubrimiento de la verdadera relación de causalidad subyacente y la destrucción de una apariencia de causalidad.

Cualesquiera de las cuatro hipótesis antes enunciadas son supuestos entonces de determinación de la verdadera causa del daño y pertenecen al análisis del tercer elemento de la responsabilidad civil: la relación causal o nexo de causalidad.

Después de este análisis *ex post facto*, podemos arribar a una primera gran conclusión, vinculando a una actividad humana la existencia del daño. Con estos tres elementos uno puede descubrir al autor material del daño, a quién se denominará «causante», pero no al que debe asumir su coste económico («responsable»).

## 1.2. El análisis de imputación y el responsable del daño

Luego de haber realizado el análisis material de la responsabilidad civil, se debe proceder a una segunda etapa, el estudio del análisis de imputación, lo cual nos permitirá encontrar al responsable del daño.

La esencia de la responsabilidad civil es trasladar el peso económico del daño, lo que se conoce como «el juicio de responsabilidad» y se

verifica a través de los denominados criterios de imputación, lo cual permite identificar tres probables alternativas de distribución del daño.

En primer lugar, se presenta la responsabilidad por hecho propio, en la que el traslado del coste económico del daño se realiza hacia el causante del mismo, esto es, se da la coincidencia en un mismo sujeto de las calidades de causante y responsable del daño. A la responsabilidad por hecho propio se le denomina también «responsabilidad directa».

**UN CASO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CONDUCTOR  
POR ACCIDENTE DE TRÁNSITO: RESPONSABILIDAD  
POR HECHO PROPIO**

Dos personas murieron luego que un vehículo cayera tras despistarse desde un acantilado de la Costa Verde, en la zona de Magdalena. El vehículo, marca Kia de placa AWR-641, cayó por un barranco de más de 50 metros, dejando, además, otras cuatro personas heridas. El hecho ocurrió a la altura de la bajada Sucre en Magdalena. En la parte superior se pueden ver la marcar de las frenadas en la pista. Según el chofer de un vehículo que pasaba por la zona, el auto accidentado iba a excesiva velocidad. (*El Comercio*, <https://elcomercio.pe/lima/accidentes/costa-verde-auto-desbarranco-dejados-muertos-magdalena-noticia-529840>. Fecha de consulta: 30/7/2018).

En segundo lugar, se presenta la responsabilidad por hecho ajeno, en donde el traslado del coste económico del daño se realiza a una esfera ajena diferente de la del causante del daño, es decir, a otro sujeto distinto de este. La responsabilidad que surge es denominada también «responsabilidad indirecta».

**UN CASO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE ENTES TUTELARES POR  
LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS HIJOS: RESPONSABILIDAD POR  
HECHO AJENO**

José Cotrina Larrea contó a América Televisión que su menor hijo, internado en el Hospital del Empleado, se encuentra deprimido luego de perder un ojo durante un brusco juego con sus compañeros de aula en el colegio.

El menor de iniciales B.C.I., estudiante del 1er. Grado de secundaria del Colegio Manuel Scorza, en Chorrillos, sufrió la lesión luego de que un compañero apellidado Díaz empujó la puerta del salón contra su rostro, según América Televisión; el vidrio de sus anteojos se rompió ante el fuerte impacto y se incrustó en uno de sus ojos, lo cual acabó con su globo ocular.

Cotrina Larrea contó al noticiero «Primera Edición» que, tras el accidente, la dirección del colegio no se ha comunicado con su familia, a fin de apoyar en la recuperación del muchacho. El accidente se habría dado durante un cambio de hora, por lo que no hubo supervisión de un profesor en ese momento.

El padre del menor afectado indicó que en la comisaría de la jurisdicción le informaron que la suya no era la primera denuncia sobre agresiones o accidentes en el centro de estudios. En otro informe del referido noticiero, un profesor del colegio muestra las deterioradas instalaciones, según él, a raíz de los juegos del alumnado. (*El Comercio*, <http://archivo.elcomercio.pe/sociedad/lima/menor-perdio-ojo-durante-juego-brusco-su-colegio-chorrillos-noticia-666442>. Fecha de consulta: 30/7/2018).

Finalmente, existe un tercer escenario posible: el hecho de que el peso económico del daño no sea trasladado a una esfera jurídica ajena y permanezca en la esfera patrimonial de la víctima.

**UN CASO DE DAÑOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRÁNSITO  
POR HECHO DE LA PROPIA VÍCTIMA:  
AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

La imprudencia del peatón es la cuarta causa de muerte y accidentes del tráfico en el Perú. Solo basta una simple distracción para formar parte de la larga lista de víctimas mortales. un descuido es suficiente para que se produzca un accidente de tránsito.

Luis Quispe Candia, presidente de Luz Ambar, explicó que la primera causa de muerte es el exceso de velocidad de parte del conductor, la segunda es la imprudencia del conductor, la tercera es la ingesta del licor y la cuarta es la imprudencia del peatón, en los accidentes en general.

Sin embargo, si separa solamente a los atropellos en esos casos si el peatón es el responsable del 60% de atropellos.

Más de la mitad de los atropellos ocurren por la imprudencia del peatón. una cifra que, sumada a la irresponsabilidad del conductor, da como resultado el incontrolable caos que reina en nuestras calles. (*América TV*, <https://www.americatv.com.pe/sos-america/lima-imprudencia-peatonal-cuarta-causa-accidentes-transito-noticia-47362>. Fecha de consulta: 30/7/2018).

Se aprehende entonces la categoría de «responsable» luego de la aplicación de los criterios de imputación, los cuales se pueden sistematizar en criterios subjetivos y en criterios objetivos.

Dentro de los criterios subjetivos se encuentra la culpa, cuyo contenido, si bien ha sido evolutivo en el devenir del tiempo, termina hoy por explicarse bajo un análisis de capacidades de prevención de los sujetos vinculados por la relación de responsabilidad.

La culpa, en la primera mitad del siglo XIX e inicios del siglo XX, era el único criterio de imputación y, además, era considerado como el criterio de selección de tutela de los intereses. Empero, con el inicio y desarrollo de la revolución industrial, pasó luego a ser considerado como un criterio más de imputabilidad.

Dentro de los criterios objetivos, sean estos de responsabilidad directa o indirecta, se pueden mencionar: el riesgo, la garantía, la equidad, y el abuso del derecho.

En este esquema, se debe precisar que, en materia de responsabilidad directa, el ordenamiento peruano prevé dos grandes cláusulas generales interpretativas, de igual valor: subjetiva y objetiva. El Código Civil peruano singulariza estas dos cláusulas generales interpretativas en dos criterios de imputación: la culpa y el riesgo recogidos en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil, respectivamente.

La responsabilidad de un sujeto queda determinada, entonces, en la medida que se haya logrado configurar y acreditar un criterio de imputación en particular, de modo que no basta la realización del análisis material, sino que siempre será necesario establecer un criterio de imputación en particular.

Bajo esta premisa, si el criterio de imputación no se configura, estaremos frente al escenario de los denominados supuestos de exoneración de responsabilidad.

Por ejemplo, en aquellos casos en los cuales la imputación sea subjetiva, basada en la culpa, la ausencia de culpa será la situación de exoneración de responsabilidad por excelencia.

Estos supuestos de exoneración de responsabilidad son pues diferentes a los supuestos de irresponsabilidad antes mencionados, y encuentran un símil con lo que en derecho tributario se diferencia entre supuestos de «inafectación» y supuestos de «exoneración» tributaria. Los supuestos de irresponsabilidad son verdaderos supuestos de inafectación de responsabilidad, por lo que se encuentran fuera del área del daño resarcible, mientras que los supuestos de exoneración de responsabilidad son supuestos que se encuentran dentro del área del daño resarcible, pero que por alguna razón justificada no terminan siendo imputados al causante. En los siguientes capítulos del presente libro se procederá a realizar un estudio descriptivo de cada uno de los elementos que conforman la responsabilidad civil.

## 2. PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son las etapas que componen el método de análisis de la responsabilidad?
2. ¿Cuál es el objetivo del análisis material de la responsabilidad civil?
3. ¿Cuál es el objetivo del análisis de imputabilidad de la responsabilidad civil?
4. ¿Cuáles son los elementos que se analizan durante el análisis material de la responsabilidad civil?
5. ¿Cuál es el elemento que se analiza durante el análisis de imputación de la responsabilidad civil?

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 4

### EL DAÑO RESARCIBLE EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

#### 1. LA NOCIÓN DE DAÑO

Uno de los elementos centrales de la responsabilidad civil es el daño. Su importancia radica, en primer lugar, en que dentro del estudio de este elemento de la responsabilidad civil se analiza como uno de los elementos del daño resarcible a la «injusticia del daño», el cual cumple también el importante rol de ser hoy el nuevo criterio de selección de los intereses que merecerán ser protegidos por la tutela resarcitoria.

En segundo lugar, desde la perspectiva del derecho occidental, la importancia del daño se pone de manifiesto cuando se reconoce que es el elemento que «percuta» el método de análisis de la responsabilidad civil, por lo que esta no podrá configurarse sin la presencia de un daño.

Ahora bien, ¿qué es el daño? El daño, que deriva de la expresión latina *demere*, es sinónimo de menguar, disminuir. De ahí que el vocablo daño significa, en una primera aproximación, detrimento, decremento, menoscabo, lesión o perjuicio. Desde un punto de vista amplio el daño se puede definir, en función de su contenido etimológico, como todo detrimento, menoscabo o lesión que sufre un individuo, persona o ente en su integridad o en su patrimonio, así como en sus derechos de la personalidad.

## 2. LOS REQUISITOS DEL DAÑO RESARCIBLE

Si bien el daño es necesario para la procedencia de la tutela resarcitoria, no cualquier menoscabo, lesión o perjuicio justifica la aplicación de la responsabilidad civil como mecanismo de tutela.

Se hace necesario que el daño sufrido, para que sea considerado como resarcible, cumpla con ciertos requisitos, que son: certeza, subsistencia, especialidad e injusticia. A continuación, desarrollaremos brevemente cada uno de estos elementos.

### 2.1. Primer requisito del daño resarcible: la certeza del daño

En primer lugar, cuando postulamos a la certeza como un requisito del daño resarcible, debemos destacar que nos referimos tanto a la certeza fáctica como a la certeza lógica del daño, lo que significa que el requisito de la certeza tiene dos planos de comprobación.

Por un lado, la certeza fáctica se refiere a la constatación de que el daño se ha producido en el plano fáctico, lo cual se enmarca en la necesidad de que el daño deba ser reconstruido a través de un análisis *ex post facto*.

En ese sentido, se puede afirmar que el método de análisis de la responsabilidad civil se inicia con la comprobación de la certeza fáctica del daño, es decir, la comprobación del daño como «evento» o suceso.

Por otro lado, la certeza lógica del daño alude a la necesidad de que el daño sea una consecuencia lógica y necesaria del hecho que lo ha producido; es decir, se alude a la comprobación del daño como «consecuencia».

Respecto de la certeza lógica del daño es importante destacar que esta se comprueba al momento en que se estudia la relación de causalidad y no en el análisis del daño en sí mismo considerado.

En segundo lugar, se debe tomar en consideración que el grado de certeza exigible en la verificación del daño varía en función al tipo de daño que se trate. Así, por ejemplo, el daño emergente y el lucro cesante

son dos tipos de daño resarcible en donde la exigencia de la certeza del daño no se da en las mismas condiciones.

En el daño emergente, se tiene una directa exigencia sobre la certeza fáctica del mismo, pues se debe comprobar la pérdida de una utilidad que ya se poseía antes de la verificación del daño evento.

Entonces, en el caso del daño emergente se debe acreditar, bajo cualquier medio de prueba, la efectiva existencia de una utilidad al momento del daño y su subsecuente pérdida, desde un punto de vista factual. Se debe aportar, entonces, una prueba histórica directa, dirigida a acreditar la existencia del daño como suceso que sustrae una entidad que la víctima ya poseía al momento de acaecer el daño.

En cambio, en el lucro cesante, que no es otra cosa que la pérdida de una ganancia que presumiblemente se iba a obtener, la prueba de este tipo de daño depende de que se acredite que, en el decurso lógico de los hechos, se ha impedido que se perciba una determinada ganancia, desde que el lucro cesante representa todo aquello que se deja de ganar como consecuencia del acto dañoso.

En este caso, es evidente entonces que el lucro cesante va a reclamar certeza en el plano de la certeza lógica, porque se debe probar, bajo un criterio de normalidad y razonabilidad, que debido al hecho dañino se dejó de percibir una utilidad. En consecuencia, en lo que atañe al lucro cesante, la doctrina comparada del derecho continental es unánime al señalar que constituye principio básico para su determinación que este se delimite por un juicio de probabilidad, en donde la certeza nunca está referida a la falta de ganancia en sí, sino a los presupuestos y requisitos necesarios a fin de que tal lucro se produzca.

Luego de haber mostrado el estándar probatorio diferente que puede darse respecto a la certeza en cada tipo de daño, se puede comprender también a cabalidad la problemática subyacente al daño por la pérdida de la oportunidad, llamada también pérdida de la chance.

Un sector de la doctrina comparada del derecho continental indica que la pérdida de la chance no es otra cosa que un subtipo de lucro

cesante porque, en el fondo, se produce la pérdida de una ganancia y, entonces, lo que hay es un mayor o menor grado de certidumbre en torno a la verificación del resultado.

Esta posición es errónea. Pensemos en el ejemplo clásico del caballo de carrera que pierde la oportunidad de participar en la misma. La pregunta que nos debemos hacer es la siguiente: ¿necesariamente si el caballo corría hubiese ganado? La respuesta es negativa. Lo que existe es una mayor o menor probabilidad.

Debe entonces resaltarse que, en este caso, la certeza está dada respecto a la existencia de la probabilidad y no al resultado en sí del premio de la carrera. La probabilidad, mayor o menor, existe desde el momento en que se matricula al caballo en la carrera.

En consecuencia, esta oportunidad de participar ya forma parte del patrimonio de la víctima, y si se extrae del mismo producto del daño, constituye en realidad un subtipo de daño emergente, y no de un lucro cesante, porque lo que se está perdiendo es algo que ya se poseía en el patrimonio.

**UN CASO JUDICIAL SOBRE MERCADO DE VALORES  
Y PÉRDIDA DE LA CHANCE**

PRIMERO: Que, conforme al tema materia de la presente controversia, la demanda de fojas veintiuno tiene por objeto principal se ordene el pago solidario de los saldos pendientes por operaciones de reporte contenidas en las pólizas números WIE-R/034197 y WIE-R/035333 que ascienden a la suma de treinta mil novecientos sesenta y nueve dólares americanos con ochenta y dos centavos de dólar más los intereses compensatorios y moratorios devengados hasta el momento del pago efectivo y como pretensión accesoria se le indemnice solidariamente por daños y perjuicios en la cantidad que resulte de determinar la ganancia perdida por la no compra de acciones de Credicorp por el monto de dinero debido.

[...]

QUINTO: Que, en el caso de autos, las instancias de mérito han verificado la existencia de una pérdida efectiva patrimonial cierta por parte de la demandante que sirvió como referente para determinar la pérdida de oportunidad que tenía en el futuro de invertir en la bolsa de valores. En ese entender, la Sala de mérito advirtió una pérdida de posibilidad o chance como consecuencia de un hecho ilícito en materia civil, posibilidad que como se advierte resultaba bastante fundada, habida cuenta que existía una posibilidad cierta que el monto de los saldos reclamados podría haber servido para realizar de forma oportuna alguna actividad en el mercado de valores. Asimismo, no se evidencia la existencia de un pronunciamiento *extra petita* pues la pérdida de posibilidad de invertir por parte de la demandante fue evaluada en su conjunto no solo respecto de la Bolsa de Valores o de Credicorp sino de cualquier otro tipo de inversión que el juez advirtió ponderadamente sobre la base de los medios de prueba aportadas (casación 1379-2009 de fecha 6 de octubre de 2009).

Bajo esta perspectiva, la pérdida del costo de oportunidad no tiene autonomía como voz de daño resarcible, sino que se debe reconducir como una manifestación del daño emergente.

En conclusión, en lo que se refiere a la certeza como primer requisito del daño resarcible, debemos indicar que cuando el daño se verifica en el plano de los hechos se inicia el análisis *ex post facto* a través del método de responsabilidad civil, para analizar y constatar la certeza fáctica. Además, la certeza del daño tiene que completarse con una segunda etapa que es la comprobación lógica del daño, la cual se da dentro del tercer elemento de la responsabilidad civil, que es la relación de causalidad.

De este modo, solo cuando un daño tenga certeza fáctica y lógica, será reputado como resarcible y será considerado como un daño directo. caso contrario, nos encontraremos ante un daño indirecto, hipotético o eventual, que no es resarcible bajo la tutela resarcitoria.

## 2.2. Segundo requisito del daño resarcible: la subsistencia del daño

Supone que el daño no debe haber sido reparado con anterioridad; ello en la medida que la función esencial de la responsabilidad civil en la perspectiva diádica es restablecer el *statu quo* existente en la etapa previa a la comisión daño.

Por ejemplo, si se produce un daño, pero el responsable del mismo se encontraba asegurado, la existencia del seguro determina que se realice una compensación del daño producido, de modo que, en virtud de la subsistencia como requisito del daño resarcible, la víctima solo podrá recurrir a las reglas de la responsabilidad civil para resarcir aquel daño que no haya sido cubierto por la aseguradora.

### **COBERTURA DEL SEGURO OBLIGATORIO POR ACCIDENTES DE TRÁNSITO (SOAT) EN EL PERÚ**

Tras el reciente accidente en el acantilado de Pasamayo que cobró la vida de 50 personas, la ciudadanía ha puesto el foco en la importancia de contar con un seguro vehicular y verificar que cualquier vehículo lo tenga antes de utilizar un servicio de transporte.

[...]

¿Qué cubre el SOAT?

El Seguro Obligatorio contra Accidentes de Tránsito (SOAT) está diseñado para proteger a todas las personas involucradas en un accidente de tránsito. La cobertura tiene un límite de 5 UIT (S/20 750) por gastos de atención médica, hospitalaria, quirúrgica y farmacéutica, según Elver Díaz, especialista en siniestros vehiculares de Aon Perú. Asimismo, el SOAT incluye indemnizaciones en los siguientes casos:

caso de muerte: hasta 4 UIT (S/16 600) siempre que esta ocurra dentro del plazo de dos años desde el accidente.

caso de invalidez permanente: hasta 4 UIT (S/16 600), según la tabla de indemnizaciones que se indica en la póliza.

caso de incapacidad temporal: hasta 1 UIT (S/4150).

caso de sepelio: hasta 1 UIT (S/4150) en el que se incluye los gastos de transporte de las víctimas.

Cabe resaltar que las pólizas del SOAT excluyen la muerte y las lesiones ocurridas en: competencias de vehículos, lugares no abiertos al tránsito público, el suicidio o lesiones auto inferidas, fuera del territorio nacional, y eventos de fuerza mayor (como guerras o desastre natural). (*El Comercio*, <https://elcomercio.pe/economia/personal/pasamayo-seguros-recurrir-accidente-vehicular-noticia-486653>. Fecha de consulta: 30/7/2018).

No obstante, la configuración del presente requisito conlleva una serie de supuestos problemáticos vinculados al mismo, los cuales serán explicados, en sus notas más saltantes, a continuación:

#### *a) La reparación civil en sede penal*

El primero de los supuestos problemáticos se presenta ante el pronunciamiento obligatorio de los jueces penales de establecer en la sentencia condenatoria una reparación civil, que se ve reflejado en el artículo 92 del Código Penal de 1991, que señala: «Reparación civil. La reparación civil se determina conjuntamente con la pena».

Esto generó, por mucho tiempo, que en la Corte Suprema—anterior a la promulgación del Código Civil peruano de 1984, que le enmendó la plana con el texto del artículo 1969 del Código Civil— en los casos en donde el hecho generador del daño constituía un delito, la reparación civil fuera analizada y otorgada exclusivamente en la vía penal y no en la civil.

Conceptualmente esto era erróneo, porque la configuración del hecho generador, fuente de la responsabilidad civil, no tiene por qué verse desnaturalizado si el mismo está constituido o no por un delito; más aún si, como hemos señalado previamente, la función sancionatoria no forma parte de las funciones de la responsabilidad civil.

Además, se atenta contra el principio de especialidad del juez, porque el juez penal, y el sistema de justicia penal en general, no está en aptitud de poder analizar y determinar todos los elementos de la responsabilidad civil.

A pesar de ello, lo cierto es que los jueces penales, sobre la base del dispositivo legal antes señalado, se pronuncian sobre la responsabilidad civil derivada de los daños generados por la comisión de un delito, lo cual genera y distorsiona los alcances de la responsabilidad civil, sobre todo porque el concepto y alcance de la «reparación civil» en la vía penal confunde la tutela resarcitoria con la tutela restitutoria, señalando que la «reparación civil» comprende la restitución o el valor de la utilidad sustraída y, de otro lado, la indemnización de daños y perjuicios, conforme se desprende del artículo 93 del Código Penal, el cual señala lo siguiente:

La reparación comprende:

1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y
2. La indemnización de los daños y perjuicios.

Todo esto ha determinado que se presenten dos escenarios en la práctica procesal penal que inciden en la determinación de la subsistencia del daño como requisito del daño resarcible.

En primer lugar, puede suceder que la víctima se constituya en parte civil agraviada en el proceso penal, en cuyo caso la sentencia que resuelva el conflicto, en tanto adquiera la calidad de cosa juzgada respecto al tema de la reparación civil, impedirá a la víctima recurrir a la vía civil, así perciba que la reparación civil ha sido diminuta.

En segundo lugar, si la víctima se reserva el derecho a discutir la responsabilidad civil en la vía civil ordinaria, y no se constituye como parte civil en el proceso penal, será perfectamente posible la discusión sobre el resarcimiento derivado del daño ocasionado por la comisión u omisión de un delito en el fuero civil, a través de la correspondiente demanda de daños y perjuicios.

Vemos entonces cómo es que el requisito de la subsistencia del daño se ve desplazado por la calidad de cosa juzgada de la sentencia penal que se pronuncia sobre la reparación civil en aquellos casos en los cuales dicha reparación civil es diminuta en comparación con el daño efectivamente sufrido. Empero, debe advertirse que ya los tribunales peruanos vienen cuestionando esta interpretación —la primera de las dos antes reseñadas—, tal y como ha sucedido en una reciente casación publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 3 de julio de 2018, la Casación 2092-2016-Lima, la cual permite la posibilidad de acudir a la vía civil a reclamar un resarcimiento, pese a haber este sido ya otorgado, vía «reparación» en un proceso penal previo, bajo el argumento central de que la indemnización de daños y perjuicios tiene una naturaleza única, independientemente que se solicite en la vía penal o civil.

Es importante también señalar en este punto que la víctima, para decidir si se reserva el derecho de acudir a la vía civil ordinaria para demandar los daños y perjuicios, no tiene por qué esperar que el proceso penal concluya, o, de decidir esperar que el proceso concluya, temer la pérdida del derecho a reclamar los daños y perjuicios, por haber transcurrido el plazo prescriptorio de ley. Al respecto, el artículo 100 del Código Penal preceptúa lo siguiente: «La acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal».

#### **RESPONSABILIDAD CIVIL VS. RESPONSABILIDAD PENAL**

OCTAVO.- Que, en el caso de autos conforme es de verse del escrito de demanda obrante a fojas cuarenta y ocho la recurrente pretende se le conceda indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual derivada de accidente de tránsito (atropello por homicidio culposo) del que fue víctima su menor hijo, en tal sentido la demandante haciendo uso de su derecho de acción promueve la presente acción a fin de que se la indemnice por el daño moral, social y familiar resultando por ende necesario un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión

advertiéndose que la resolución materia de casación infringe el principio de motivación de las resoluciones judiciales al considerar que la pretensión invocada ya fue satisfecha por cuanto lo que se busca a través del proceso penal es que se sancione al infractor de la Ley penal por la comisión de un hecho que la sociedad y la ley consideran repudiable y reprimible mientras en el proceso civil la responsabilidad responde a una lógica distinta pues lo que se pretende es que se determine quién asume el daño ocasionado más aún si en el proceso penal no se ha analizado el daño moral demandado en el presente proceso configurándose por ende la infracción normativa procesal del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú (casación 3824-2013 del 12 de noviembre de 2014).

### *b) Modificaciones intrínsecas y extrínsecas del daño*

El segundo de los supuestos problemáticos vinculados a este requisito está referido a la posibilidad de que se admitan modificaciones intrínsecas o extrínsecas del daño que incidan en la reparación de este.

Por un lado, las modificaciones extrínsecas del daño refieren a aquellas situaciones de agravamiento del perjuicio sufrido derivado de causas ajenas a la víctima; por ejemplo, cuando se produce un escenario de devaluación monetaria, en cuyo caso la suma de dinero que recibiría la víctima sería mucho menor al daño efectivamente sufrido.

La depreciación monetaria que incida en el monto del resarcimiento puede ser controlada de algún modo, ya sea con el uso de intereses o, principalmente, con la concepción de la indemnización como una deuda de valor.

Por otro lado, las modificaciones intrínsecas del daño aluden a las circunstancias personales de la víctima que puedan determinar un agravamiento del perjuicio. Por ejemplo, si una persona atropella a otra que es hemofílica y por esta particular condición se agrava la salud de la víctima, surge el problema de determinar si dicho incremento o modificación del daño es resarcible.

### LA HEMOFILIA COMO CONDICIÓN HUMANA

Gianfranco es un niño de 7 años que sufre de hemofilia, enfermedad que impide a su sangre coagular. Su curso favorito en el colegio es ciencia y ambiente; en él aprende sobre el cuerpo humano. Sueña con costear todo su tratamiento en el futuro, pero por el momento su madre gasta 10 soles diarios en llevarlo al Hospital del Niño cada lunes, miércoles y viernes para que reciba las inyecciones de proteína que lo mantienen con vida.

El padre de Gianfranco lo abandonó cuando era pequeño por miedo a que la enfermedad fuera contagiosa. Nada más alejado de la realidad: una persona con hemofilia puede llevar una vida normal si sigue de por vida su tratamiento de profilaxis, el cual consiste en que el médico le inyecte las sustancias correspondientes en la sangre para que esta pueda coagular. Los pinchazos empiezan desde el primer año de edad.

Lamentablemente, la hemofilia es una enfermedad que no tiene cura y que tiene mayor incidencia en los hombres. Aunque solo 1 de cada 10 mil personas en el mundo nace con este problema, la Federación Mundial de la Hemofilia asegura que quienes la padecen mueren antes de convertirse en adultos si es que no tienen un tratamiento adecuado. “En el Perú, existen en promedio 2500 casos. No hay un programa nacional que diga cuántos hay realmente”, comenta Gloria Chumpitaz, miembro directivo de la Sociedad Peruana de Hematología.

La hemofilia aparece cuando no se producen los 12 factores (o proteínas) que coagulan la sangre en caso de golpes, raspones o heridas. Existen dos tipos de hemofilia: en la de tipo A hay deficiencia del factor VIII (8); y en la B, del factor IX (9). A Gianfranco, su médico le inyecta dos 2 frascos de factor 8 dejando un día. Hace poco, le subieron la dosis. (*RPP Noticias*, <http://vital.rpp.pe/salud/dia-mundial-de-la-hemofilia-una-enfermedad-que-solo-padecen-los-hombres-noticia-1116799>. Fecha de consulta: 30/7/2018).

Sobre el particular, debemos indicar que en alguna de las modificaciones intrínsecas podría presentarse una limitación vinculada con la causalidad del daño y la certeza lógica del mismo —a la que nos referíamos al momento de abordar la certeza como primer requisito del daño resarcible—, por lo que aun en estos supuestos es indispensable que, para que exista realmente un daño resarcible, se cumpla con el requisito de la certeza fáctica y lógica del daño.

*c) La compensación del lucro por el daño (compensatio lucri cum danno)*

El tercero de los supuestos problemáticos que se presenta se da cuando, con ocasión del perjuicio ocasionado, al mismo tiempo se genera una causa de incremento patrimonial.

De este modo, se indica que se debe producir una compensación entre el beneficio o lucro generado por el daño y el perjuicio ocasionado por este. Sin embargo, esta compensación solo resulta procedente si se configuran tres requisitos:

- Que el perjuicio y el incremento patrimonial deriven del mismo hecho fáctico;
- Que el hecho fáctico generador del daño mencionado sea también la causa adecuada del beneficio obtenido y no una mera ocasión u «ocasionalidad» del mismo; y
- Que la compensación de beneficios sea alegable jurídicamente, esto es, que no derive de una causa ilícita.

Solo en la medida que concurren los requisitos antes mencionados será posible que proceda la compensación de beneficios con los perjuicios generados con la comisión del daño.

#### *d) La problemática del daño continuado*

Otro problema vinculado al requisito de la subsistencia del daño, se presenta en las hipótesis del denominado «daño continuado», que se da en los casos en que, desde la verificación del daño evento, este permanece en el tiempo y puede, inclusive, incrementar las consecuencias dañosas en la víctima durante todo el tiempo que permanece sin reparación.

Un ejemplo típico de daño continuado se da en el denominado «daño ambiental», pues el deterioro del ambiente y los daños a la salud que puede producir a personas individuales, desde su verificación, se mantienen en el tiempo mientras subsista el daño no reparado.

Es importante tener en cuenta que, si bien la problemática de la prescripción en tema de responsabilidad extracontractual, por concordancia de lo dispuesto en los artículos 1334 (último párrafo), 1985 (en su parte final) y 1993, determina que el cómputo del plazo prescriptorio debe tener en cuenta que la reparación es exigible inmediatamente después de verificado el daño evento; en el caso del daño continuado, el cómputo del plazo prescriptorio deberá tener en cuenta, para devengarse, la cesación de los efectos del daño en el tiempo y no el momento de verificación del daño evento, por lo que el inicio del plazo prescriptorio deberá computarse a partir del cese del daño continuado.

### **2.3. Tercer requisito del daño resarcible: la especialidad del daño**

Alude a la necesidad de individualización de la víctima, es decir, implica que para que el daño sea resarcible es necesario identificar el interés tutelado afectado por el daño, así como al sujeto que es su titular.

Ahora bien, al momento de analizar este requisito es importante recordar la doble perspectiva, sistémica y diádica, que tiene la responsabilidad civil, ya que al hablar de víctima del daño no necesariamente significa la identificación de un sujeto en particular (a nivel diádico), toda vez que es posible identificar a una víctima del daño a nivel sistémico.

Por ejemplo, en materia de daño ambiental, bajo la creencia que el requisito de especialidad aludía necesariamente a la identificación de un sujeto o de un grupo colectivo individualizado que sufría un daño en personas concretas, la teoría clásica denominó a los daños referidos a los daños ambientales con el empleo del término «daño difuso».

Esto era una clara referencia a que no se cumplía con el requisito de la especialidad del daño, al no encontrarse una víctima en singular individualizada, por lo que nos encontrábamos ante una excepción al requisito mismo de la especialidad, ya que no existía una víctima concreta y particular.

Sin embargo, no es necesario recurrir a esta excepción, si nosotros identificamos que la categoría de víctima puede darse tanto a nivel diádico como sistémico. Desde este punto de vista, se puede identificar a una víctima sistémica, sin hacer alusión a un daño difuso, independientemente de que puedan o no existir víctimas individuales del daño.

#### **UN CASO DE RESPONSABILIDAD CIVIL AMBIENTAL Y VÍCTIMA SISTÉMICA**

Empresa Mountain Minerals Perú SAC paralizó sus operaciones en 1991. Los relaves de la mina abandonada estarían contaminando los ríos Palca y Cahuira. Pobladores de Caylloma temen por sus cultivos y piden intervención del Ministerio de Energía y Minas.

Las intensas lluvias y nevadas en la región Arequipa, habrían ocasionado que los pasivos ambientales dejados por la empresa minera Mountain Minerals Perú SAC hace más de 20 años se activen y contaminen ríos de la provincia Caylloma, según la comuna provincial de la zona.

En los últimos meses, desde los socavones, bocaminas, canchas de relave y campamentos abandonados de la mina discurren líquidos de coloración amarillenta y verdosa que alcanzan los cauces de los ríos Palca y Cahuira, de la cuenca Majes – Camaná. Ambos aportantes del río Colca.

En la inspección realizada por la comuna distrital de Madrigal se comprobó que existen sedimentos que contienen arsénico, cadmio, cobre, plomo y zinc. Los pobladores se mostraron muy preocupados ya que sus cultivos se podrían ver afectados.

El alcalde de Madrigal, Toma Ccama, pidió considerar la limpieza de los terrenos cercanos y construir un cerco perimétrico para evitar las filtraciones de los líquidos alcalinos y ácidos hacia el exterior.

Autoridades y pobladores piden la intervención del Ministerio de Energía y Minas por la contaminación de ríos y terrenos agrícolas, a causa de los pasivos mineros (*La República*, <https://larepublica.pe/sociedad/1287291-arequipa-denuncian-residuos-mina-mountain-contaminan-rio-caylloma>. Fecha de consulta: 30/7/2018).

La forma de afrontar la reparación de la víctima sistémica es variada; por ejemplo, se puede recurrir a la implementación de fondos de reparación, o la implementación de mecanismos de remediación —lo que en derecho ambiental se ha denominado «daño ecológico puro»—.

Este esquema nos lleva a colegir que el requisito de la especialidad del daño pueda encontrarse siempre tanto a nivel sistémico como a nivel diádico. Entonces, es perfectamente posible hablar del cumplimiento del requisito de la especialidad del daño, aun cuando se fijen indemnizaciones a favor de entidades colectivas, de asociaciones colectivas, o de entidades particulares.

Lo mismo puede suceder desde la óptica del causante/responsable del daño. Repárese que el sujeto causante o responsable del daño —que se encuentra en una posición antitética a la de la víctima— no necesariamente debe ser un sujeto en particular, pues puede constituir también un sujeto plural.

De este modo, podría suceder que haya más de un responsable individual, lo cual sucederá cuando reconozcamos a nivel de la relación

de causalidad una problemática de concausa; o, inclusive, un grupo colectivo de causantes, pero en donde no pueda darse la identificación singular.

La concausa implica el reconocimiento de una pluralidad de hechos generadores del daño, de modo que no es solo uno, sino más, los eventos que producen, en términos materiales, el daño.

Ante este escenario, resulta de aplicación, en el ordenamiento peruano, el artículo 1983 del Código Civil: «Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales».

El artículo 1983 ya habilitaba la posibilidad de aplicar la responsabilidad a un conjunto de sujetos, aun cuando se carezca de la identificación individual de los individuos que lo conforman. Para ello, se recurre a la última parte de este artículo, que señala: «cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada sujeto, la repartición se hará por partes iguales». Esto, por ejemplo, puede ser de aplicación en aquellos escenarios en los cuales se han producido daños ocasionados por las «barras bravas» en la responsabilidad deportiva.

#### **2.4. Cuarto requisito del daño resarcible: la injusticia del daño**

La injusticia del daño es el cuarto requisito del daño resarcible y cumple además un rol primordial en el otorgamiento de la tutela resarcitoria, pues ha reemplazado en el siglo XX a la culpa como el criterio de selección de los intereses dignos de protección a través de dicha forma de tutela. Estamos entonces ante el criterio selector de los intereses a ser protegidos mediante la tutela resarcitoria.

En la normativa peruana, hay quienes han tratado de negar el requisito de la injusticia del daño como un requisito del daño resarcible bajo un argumento de «literalidad», que consiste en la falta de acogimiento

manifiesto en el Código Civil peruano —a diferencia del Código Civil italiano— en donde se mencione de forma expresa a la categoría de la injusticia del daño.

Sin embargo, la injusticia del daño, correctamente entendida, puede ser sustentada sobre la base del reconocimiento taxativo y *ex ante* de los supuestos de irresponsabilidad que recoge el artículo 1971 del Código Civil peruano al señalar los supuestos de daños no resarcibles (supuestos de irresponsabilidad). Dicho artículo está reconociendo los daños «justamente sufridos»: daños necesarios, daños justificados. Por ende, la existencia del daño *per se* no es suficiente para ser considerado como un daño resarcible, siendo necesario que el mismo sea injusto para que se proceda al otorgamiento de la tutela resarcitoria.

Entonces, ¿cuándo el daño es resarcible? Solo cuando los daños son injustamente sufridos, ya que los daños justamente sufridos, o daños justificados, deben ser soportados por la víctima, tal como señala el artículo 1971 Código Civil peruano.

Además, al reconocerse una zona límite de la responsabilidad civil, ello sirve como fundamento para afirmar el principio de atipicidad del daño resarcible en el ordenamiento peruano; reforzado por la naturaleza de «cláusulas generales» que adoptan los artículos 1969 y 1970 del Código Civil.

¿Qué significa el principio de atipicidad del daño resarcible? Significa que no tenemos un elenco de daños o *numerus clausus* que, en una evaluación *ex ante*, sean catalogados como resarcibles. En cambio, el principio de tipicidad (genérica) está recogido para el caso de los daños justificados.

Ahora bien, ¿qué significa el concepto de «daño injusto»? El requisito de la injusticia del daño ha evolucionado en la historia de la responsabilidad civil, es decir, el significado que se le puede dar a este significante no ha sido el mismo en la línea evolutiva del derecho continental, lo que reseñamos a continuación.

### *a) Primera etapa de la injusticia del daño*

En una primera etapa se reconoce como daño resarcible solo a la lesión de derechos subjetivos; es decir, de aquellos intereses que se encuentren acogidos en una norma jurídica. Ello, sobre la base del texto del artículo 1382 del Código Civil francés y en donde, al admitirse el resarcimiento del daño a quien hubiese sufrido un daño ocasionado de manera dolosa o culposa, se acoge la equivalencia de la fórmula «daño = lesión de un derecho subjetivo».

Tal como se puede apreciar, el concepto de derecho subjetivo, imperante en esta primera etapa, restringe al interés digno de tutela resarcitoria a aquel recogido en una norma jurídica, lo cual no solamente llevó por un largo período de tiempo a sostener la tipicidad del daño resarcible, sino que generó un gran problema, ya que, desde una perspectiva evolutiva, hasta que la norma no acoja un interés como protegido, dicho derecho no podía ser protegido por la vía de la tutela resarcitoria. Esta primera etapa de la injusticia del daño abarca la interpretación de los sistemas continentales, anterior al año de 1930.

### *b) Segunda etapa de la injusticia del daño*

La segunda etapa de entendimiento del requisito de la injusticia del daño se puede ubicar temporalmente a partir del año 1930, en donde pasa a ser entendida como la lesión cierta a un interés jurídicamente protegido.

Esta expresión es muy diferente a la que se indica en la primera etapa, ya que se ha de otorgar la tutela resarcitoria a todo tipo de intereses siempre que sean considerados como jurídicamente relevantes, independientemente de su acogimiento o no en una norma jurídica.

Si bien en esta etapa aún se encuentra de alguna manera limitado el alcance del entendimiento del concepto de la injusticia del daño, resulta indudable la ampliación del tipo de interés que puede resultar merecedor de protección a través de la tutela resarcitoria, toda vez que es propiamente a través de esta etapa en donde puede hablarse con

propiedad de la «atipicidad» del daño resarcible. En esta segunda etapa se consagra la evaluación de la injusticia del daño bajo un criterio de juridicidad, en donde todo interés legítimo jurídicamente protegido concederá a su titular un derecho premunido de acción.

¿Qué significa en esta etapa la expresión «interés jurídicamente protegido»? Significa que los intereses que merecen protección a través de la tutela resarcitoria deben ser aquellos que hayan recibido juridicidad por el orden jurídico, esto es, aquellos que el orden jurídico haya considerado relevantes para su protección, lo cual dependerá de que se configuren, dentro de los sistemas de derecho continental, los siguientes requisitos: (i) que los sujetos reclamen la protección del derecho; (ii) que no se vulneren los lineamientos de convivencia pacífica conocidos como límites a la autonomía privada: normas imperativas, normas de orden público, moral y buenas costumbres; y (iii) que el interés sometido a protección tenga trascendencia social. De este modo, si se cumple con los requisitos de juridicidad, el interés ha de recibir protección a través de la tutela resarcitoria.

### *c) Tercera etapa de la injusticia del daño*

El entendimiento de que debía otorgarse la tutela resarcitoria solo a intereses «jurídicamente protegidos», lleva por largo tiempo a negar la protección de «intereses simples» allí en donde, en ciertos campos del derecho, se negaba un interés digno de tutela, lo cual sucedía en otras áreas distintas al de la responsabilidad civil. Ello sucedía, por ejemplo, en el campo del derecho de familia, en donde se negaba la protección de derechos patrimoniales a la concubina con impedimento matrimonial, a quien se negaba toda protección a sus intereses y el derecho de acción por estar incurso en una situación de hecho reputada «inmoral».

A partir del año 1975, se emite una sentencia por parte de la corte de casación francesa que tiene un gran impacto en el derecho civil continental y que permitirá hablar propiamente de una tercera etapa en la noción evolutiva de la injusticia del daño.

La corte de casación francesa, con la sentencia del 19 de junio de 1975, rompe este paradigma y establece que la concubina con impedimento matrimonial tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios. Los hechos del emblemático caso son los siguientes:

Una conviviente adulterina —su pareja se encontraba hace mucho tiempo casado, pero separado de hecho; y había formado ya con la concubina una familia con hijos— interpone una demanda de indemnización de daños y perjuicios contra el sujeto que mató a su pareja producto de un atropello.

La decisión en primera y en segunda instancia le negaron la tutela resarcitoria con el argumento de que en derecho de familia existía una norma —en el código civil francés— según la cual los convivientes con impedimento matrimonial no tenían derecho a la protección de intereses patrimoniales en términos semejantes al matrimonio y, por lo tanto, no podían accionar peticiones de derechos patrimoniales, por lo que la conviviente no podía acceder a la tutela resarcitoria por el impedimento legal que tenía.

Este caso llegó a la corte de casación francesa, la cual, a través de la sentencia emitida en junio del año 1975, enmienda el razonamiento de las cortes jerárquicamente inferiores sostenido en los años anteriores y resuelve el caso conocido hoy como el de la «concubina *more uxorio*» o de la «concubina adulterina», en donde se indica que la circunstancia de que exista para un sector del derecho prohibición a ciertos derechos patrimoniales —como, por ejemplo, en un supuesto de hecho determinado—, no significa que ese interés que ha sido reconocido como no tutelable en este supuesto de hecho específico sea extensible a otros supuestos de hechos distintos, pues el daño puede lesionar intereses que en este supuesto de hecho diverso son tutelables y merecen juridicidad, provocando lesiones ilegítimas no queridas por el derecho.

En consecuencia, esta tercera etapa de evolución del concepto de injusticia del daño permite entender esta noción como la lesión a cualquier tipo de interés, incluidos intereses simples, en la medida que

respondan a situaciones de hecho que merezcan ser protegidas. Por esto se señala que «la lesión de una situación de hecho, no protegida por la ley, esto es, la lesión de un interés simple, constituye un daño resarcible» (Ferrari, 1992, p. 65).

Se ha dicho entonces, con propiedad, por un sector de la doctrina comparada del derecho continental, que en esta etapa por ello se puede hablar de «una conversión de la atipicidad formal en atipicidad sustancial» (Ferrari, 1992, p. 113), del daño resarcible.

#### *d) Cuarta etapa de la injusticia del daño*

Puede hablarse de una cuarta etapa evolutiva del concepto de injusticia del daño. Hoy por hoy, se entiende que bajo el criterio de la injusticia del daño se protegen los mismos intereses mencionados en el apartado anterior, pero se genera una discusión, ya no en términos conceptuales de qué es la injusticia del daño, sino de cómo se evalúa el propio concepto de «injusticia».

Se regresa a la discusión inicial de tipicidad o atipicidad del daño resarcible para ver cómo se puede evaluar el concepto de injusticia del daño. En realidad, tenemos una zona de frontera con la regla general de los denominados supuestos de irresponsabilidad y, en particular, con el daño ocasionado en el ejercicio regular de un derecho.

En ese contexto se discute si, en realidad, la injusticia del daño depende o no del hecho que el daño ocasionado sea aquel que no está autorizado por una norma, en contraposición al derecho a dañar, que sí está recogido en una norma.

Bajo este esquema se pretende sostener hoy que la injusticia del daño no debe valorarse más solo en función de la existencia o inexistencia de la protección a un único interés (el de la víctima) digno de tutela —incluidos los intereses simples—, sino, como señala el profesor Schlesinger, en función «a la existencia o inexistencia de una protección del ordenamiento jurídico al interés del responsable del daño a desarrollar una determinada actividad, aun a costa de un sacrificio

económico ajeno» (Schlesinger, 1999, p. 316). Es decir, para configurar un daño justificado, no es suficiente que haya una norma que consagre el derecho a dañar, sino que deben ponderarse dos tipos de intereses, lo que determinará cuál interés se considera «justamente sufrido» y cuál «injusto». La pregunta que subsiste es ¿qué intereses se ponderan?

A nuestro criterio, la división entre las áreas del daño resarcible y el daño no resarcible, o lo que es lo mismo, entre las áreas del daño justificado y del daño injusto, se da bajo una ponderación de intereses realizada *ex ante* entre el interés general del sistema (utilidad social) frente a intereses particulares, esto es, entre la valoración social de una actividad potencialmente dañosa versus el interés de la víctima a ser protegido.

Sin embargo, se debe indicar que existe una segunda interpretación, que no compartimos, que sostiene que lo que se debe ponderar, y en cada caso concreto, son dos tipos de intereses particulares: el interés de la víctima frente al interés de quien realiza la actividad. La calificación de la injusticia o la justificación de un daño responderían entonces al análisis concreto de casos. Esta argumentación puede ser rebatida, ya que, aun cuando ponderáramos intereses particulares, el sistema jurídico va a reconocer *ex ante* la importancia del interés social de la actividad, pero no necesariamente va a subordinarla al interés del damnificado, por lo que puede hablarse de una «valoración comparativa de intereses», pero no entre intereses particulares.

En conclusión, debe entenderse que el área del daño resarcible se rige, nuclearmente hablando, por el concepto de «injusticia del daño», que funge de criterio de selección de los intereses mercedores de la tutela resarcitoria, y regido bajo un principio de «atipicidad sustancial». Empero, el área del daño resarcible presenta una zona de frontera en donde nos enfrentamos a situaciones en donde el ordenamiento ha advertido *ex ante* que estamos ante supuestos de irresponsabilidad, los cuales se rigen bajo un principio de «tipicidad genérica». El artículo 1971 consagra así, por ejemplo, situaciones en donde existe un derecho a dañar sin que ello genere responsabilidad civil, sobre la base de haber ponderado la

prevalencia de un interés general que subordina el interés particular de una víctima a obtener resarcimiento.

Hoy, el concepto de injusticia del daño es entendido como la lesión a cualquier tipo de interés que responda a determinado supuesto de hecho y que haya merecido juridicidad por el ordenamiento.

### **3. SUPUESTOS DE IRRESPONSABILIDAD CIVIL**

Las situaciones de irresponsabilidad son las zonas limítrofes de los daños resarcibles, las cuales se encuentran acogidas en el artículo 1971 del Código Civil y se rigen por un principio de tipicidad genérica, como se ha señalado. A continuación, su breve exposición.

#### **3.1. El ejercicio regular de un derecho**

Se encuentra regulado en el inciso 1 del artículo 1971 del Código Civil. El ejercicio regular de un derecho alude al ejercicio funcional del derecho, de forma que lo que la norma quiere es que la actuación de los sujetos se enmarque dentro de la *ratio legis* que la norma prevé.

Cuando la norma otorga un derecho a un individuo abarca dos grandes situaciones reconocidas como funcionales: por un lado, el derecho a dañar; y, por otro lado, el derecho a actuar, aun cuando se generen algunos daños como producto de dicha actuación.

En el ámbito del derecho a dañar, para los ordenamientos que así lo prevén, puede mencionarse, por ejemplo, la pena de muerte, en donde un derecho fundamental como es el de la vida puede ser afectado, sin generar efecto alguno de responsabilidad. A modo ilustrativo, podemos pensar en el caso del verdugo, donde se le otorga una facultad asimilada a un derecho que le permite a aquel dañar sin responsabilidad. Hay casos menos extremos en donde también existe el derecho a dañar, por ejemplo, las medidas cautelares. En este caso resulta evidente que una actuación cautelar está ocasionando un daño en la esfera jurídica ajena.

Repárese, sin embargo, que, en las medidas cautelares, el derecho a dañar se enmarca también dentro de un criterio de razonabilidad. Por ello, al existir diversas hipótesis en donde puede actuarse una medida cautelar causando el menor daño posible, es necesario que el solicitante actúe la medida cautelar que ocasione el menor daño, porque de no hacerlo no se estaría procediendo en el ejercicio regular de un derecho.

En el ámbito del derecho a actuar del inciso 1 del artículo 1971 del Código Civil, pueden incluirse también los casos en los cuales dentro de la normativa del derecho a la libre competencia se ocasiona un daño.

En el sistema occidental, donde se reconoce a la libre competencia como un derecho, se entiende que los daños no son resarcibles cuando se producen en el ejercicio de este derecho, ejercido de manera regular (funcional).

Repárese que este supuesto puede inclusive reconocer una intencionalidad de causar un daño, pero si esta se enmarca dentro del ejercicio de la libre competencia, se admite dicho ejercicio. Piénsese en un empresario que dentro de las reglas del mercado y la libre competencia desea y busca la quiebra de su competidor. La esencia del ejercicio regular de un derecho está en la funcionalidad del mismo, el cual presupone el ejercicio del derecho según la buena fe, por lo que siempre el abuso de la prerrogativa funcional otorgada para el ejercicio de determinado derecho hace que se entre en el campo del daño injusto y el derecho al resarcimiento. El abuso del derecho genera responsabilidad civil.

**LOS DAÑOS OCASIONADOS EN EL EJERCICIO DE LA LIBRE  
COMPETENCIA: ¿RESPONSABILIDAD CIVIL POR DOLO O  
IRRESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO REGULAR DE UN  
DERECHO?**

Eran las tres de la tarde del 5 de octubre de 2011. A los 56 años de edad y como consecuencia de un paro respiratorio —sumado a la metástasis del cáncer de páncreas—, falleció el magnate y empresario de la informática Steve Jobs. Poco después de su muerte, su viuda, Laurene Powell, reveló un detalle que logró conmover a quienes conocieron su historia. Junto a su cama, Jobs guardaba con recelo la carta que pocas semanas antes le había enviado uno de sus más grandes rivales: Bill Gates.

La existencia de la misiva fue corroborada tiempo después por el mismo Gates. «Le dije a Steve que se debería sentir bien por lo que había hecho y la compañía que había construido [...] Escribí acerca de sus hijos, que pude conocer personalmente. No firmamos la paz, no había ninguna guerra entre nosotros. Hemos hecho grandes productos y la competencia es algo positivo. No hubo ninguna razón de perdón».

La revelación de la carta fue para muchos el final de una vieja riña que había terminado por convertirse en una feroz competencia llevada al mundo empresarial: Apple vs. Microsoft.

Desde los inicios de su relación, Jobs y Gates se definieron por sus temperamentos disimiles que los ubicaron en lados opuestos del camino. El primero era un perfeccionista por excelencia, carismático —al menos en público— y exigente, pero con la capacidad de convertir la tecnología en algo sencillo de aprovechar, útil y encantador para el usuario; el segundo era mucho más analítico, pragmático y tenía una gran facilidad para la programación.

De acuerdo con Walter Isaacson, autor de la biografía autorizada de Steve Jobs, Gates envidiaba la gracia que irradiaba Jobs y reconocía su instinto para saber qué producto triunfaría en el mercado; sin embargo, consideraba que en ocasiones parecía un hombre grosero y altivo «raro como un perro verde».

Steve Jobs, por su parte, pocas veces aplaudió las cualidades de su rival y dedicó la mayoría de sus referencias a criticar el trabajo de Bill, a quien consideraba una «persona sin imaginación que nunca ha inventado nada. Se dedicó a copiar con todo descaro las ideas de los demás». Las duras palabras de Jobs tenían para él una clara justificación: una decisión que tomó Gates en los tiempos en que ambos trabajaban en equipo.

La historia comenzó cuando Jobs le pidió a Gates que Microsoft realizaría una versión de BASIC, lenguaje de programación de software, para el computador Macintosh, que por ese entonces estaba desarrollando junto con su socio Steve Wozniak. Gates aceptó la tarea y además dispuso versiones gráficas de Excel y Word. Steve Jobs quedó impresionado por Excel y decidió concretar un pacto secreto con Gates. «Si Microsoft se comprometía a producir este programa en exclusiva para el Macintosh durante dos años y a no hacer una versión para los PC de IBM, entonces Jobs detendría al equipo que tenía trabajando en una versión de BASIC para el Macintosh y adquiriría una licencia indefinida para utilizar el lenguaje de programación de Microsoft», explica Walter Isaacson en su libro.

La relación entre los genios de la informática parecía ir viento en popa. Sin embargo, un mal cálculo acabó con los buenos términos. El acuerdo entre Jobs y Gates determinaba que Microsoft no produciría ningún tipo de software gráfico hasta un año después de que el Macintosh saliera al mercado, en enero de 1983. Sin embargo, el debut del Macintosh tardó un año más de lo esperado y Gates, sin clausula alguna que lo retuviera, comenzó a desarrollar un nuevo sistema operativo para los OC de IBM, es decir, la primera versión de Windows.

La reacción de Jobs no se hizo esperar. Se reunió con Bill Gates y le recriminó por lo que consideraba una traición de su parte. Andy Hertzfeld, miembro del equipo original de Macintosh, presenció aquel encuentro épico en el que Jobs se dedicó a gritar y Gates se limitó a escuchar. Según contó Hertzfeld en el libro de Isaacson, Steve Jobs increpó a Bill tachándolo de estafador: «Yo confiaba en ti y ahora nos estás robando», aseguró. «Bueno, Steve, creo que hay más de una forma de verlo», respondió Gates.

En adelante la relación se convirtió en un ir y venir de críticas y reproches, sobre todo por parte de Jobs, quien aseguraba que Microsoft no tenía ni gusto ni ideas originales y que sus productos eran de muy mala calidad. La pelea incluso llegó a estrados judiciales con la demanda que interpuso Apple contra Microsoft por supuestamente copiar la interface del Mac y la que posteriormente interpuso Microsoft contra la empresa de la manzana acusándola de engañar al público con la distribución de videos que mostraban problemas del programa Video for Windows.

La puja entre las dos multinacionales por ocupar el primer lugar continúa hasta estos días. Pero la disputa entre sus cofundadores parece que tuvo un final menos amargo del que se esperaba. Tras la muerte de Steve Jobs, Bill Gates ha evitado referirse a sus tiempos de rivalidad. En una entrevista para la cadena de televisión ABC, el fundador de Microsoft aseguró que nada de lo que se ha dicho sobre su relación con Jobs le molesta, ni siquiera lo revelado en el libro de Isaacson. «Durante ese tiempo Steve dijo cosas muy bonitas sobre mí y otras muy fuertes. Tuvimos la oportunidad de trabajar juntos, de competir, de retarnos. Nada de lo que pueda haber dicho me molesta» (*El espectador*, <https://www.elespectador.com/especiales/steve-jobs-y-bill-gates-guerra-de-titanes-articulo-41165>. Fecha de consulta: 30/7/2018).

### 3.2. Legítima defensa

La legítima defensa se encuentra regulada como supuesto de daño justificado en el inciso 2 del artículo 1971. Bajo esta situación de irresponsabilidad, el daño generado en legítima defensa propia o de otra persona, o en salvaguarda de un bien propio o ajeno, no es resarcible, siempre que se presenten ciertas condiciones.

El primer requisito de la legítima defensa lo constituye la existencia de una agresión, la cual es concebida como un acto que no se restringe al contacto físico, sino que comprende la amenaza efectiva de un mal grave que se rige bajo los cánones de la apariencia jurídica.

Un segundo requisito lo compone justamente la defensa, la cual no es otra cosa que otra agresión, pero que, a diferencia de la primera que tiene la calificación de agresión inmotivada, tiene la calificación de agresión motivada.

El tercer requisito que debe verificarse es la proporcionalidad entre el medio empleado en la agresión y el medio empleado en la respuesta, lo cual se refiere a la razonabilidad del medio empleado en la defensa, en donde debe tomarse en consideración la subjetividad de la condición personal del sujeto agresor frente al sujeto agredido.

### **LA LEGÍTIMA DEFENSA EN LA REALIDAD PERUANA:**

#### **¿CASOS SUJETOS A DISCUSIÓN?**

##### **Caso Héctor Banchero**

El 19 de agosto de 2003, Héctor Banchero Hanza mató de un tiro a César Rodríguez, cuando este intentaba robarle a su esposa. Se concluyó que fue legítima defensa. Tres años después Banchero volvió a matar a otro delincuente durante un asalto. Otra vez apeló a la legítima defensa. Quedó en libertad.

##### **Caso del policía Ruidíaz Godos**

El 25 de junio de 2010, en defensa propia el capitán PNP Juan Ruidíaz Godos (39) mató de un balazo al delincuente Luis Alberto Condezo Olaya (33) cuando este, con otro hampón que se dio a la fuga, quiso asaltarlo en San Juan de Miraflores. En el tiroteo, la pareja del agente, Elva Liliana Muñoz Collazos (41), quedó grave tras recibir un balazo en la cabeza. El oficial y la mujer se encontraban en un auto estacionado. Ruidíaz Godos quedó en libertad.

##### **Caso Luis Miguel Llanos**

El 28 de diciembre de 2011, el empresario Luis Miguel Llanos acibilló a dos delincuentes que intentaron asaltar a su novia, Andrea Voto-Bernales Larraín, en Miraflores. Los sujetos fueron identificados como: Sebastián Anchante Pérez (35) y Luis Santos Silva Requena (41). Ambos atacaron a

Andrea Voto-Bernales cuando salía de su vehículo, el cual habrían intentado robar. Al ver la escena, Llanos, quien tiene licencia para portar armas, disparó contra los delincuentes a unos cuatro metros de distancia. Se produjo una balacera durante la cual Silva cayó muerto instantáneamente al recibir un impacto de bala en la frente y dos en el estómago. El otro delincuente recibió un balazo en la cabeza y quedó tirado en el suelo junto a su arma. Luis Miguel Llanos quedó libre de responsabilidades, pues se comprobó que actuó en legítima defensa.

#### Caso estudiante universitario

El 7 de enero de 2012, el estudiante universitario Gastón Gabriel Mansilla Yupanqui mató al delincuente Víctor Ríos Acevedo alias «Niño Viejo», luego que este intentara robarle el celular. El facineroso estaba con un cuchillo y una pistola. El 10 de enero fue internado en el penal San Jorge. Previamente, el Juzgado de Turno Permanente de Lima había abierto instrucción a Mansilla por homicidio simple. Luego de tres días recluso fue puesto en libertad.

#### Caso empresario López Márquez

El 21 de agosto de 2013, el empresario Eduardo López Márquez mató a uno de los dos delincuentes que trataron de asaltarlo y arrebatarle su camioneta cuando estaba llegando a su casa ubicada en la urbanización La Capullana, en Surco. El hombre, que abrió fuego en defensa propia, fue trasladado a la sede de la División de Homicidios de la Policía, donde fue sometido a interrogatorios antes de ser trasladado al Juzgado de Turno Permanente de Lima como detenido. López Márquez es acusado de homicidio con arma de fuego. Estuvo con comparecencia restringida.

#### Caso Alejandro Gómez

El 26 de junio de 2014, en San Miguel, Alejandro Gómez Arayamata mató a balazos a un delincuente identificado como Paúl Berríos Peña. Gómez había llegado a su casa y conversaba con un amigo, cuando el asaltante bajó de un auto y lo golpeó en la cabeza con un arma. La víctima decidió perseguirlo para recuperar el collar que le había robado y, tras un intercambio de disparos, cayó muerto el delincuente de dos balazos. Gómez quedó libre.

#### Caso cambista

El 3 de noviembre del 2014, Luis Ernesto Alanocca Tunqui también fue víctima de la inseguridad ciudadana. El cambista fue asaltado ayer por tres delincuentes en Pueblo Libre quienes le arrebataron aproximadamente 12 mil soles. En medio de esta situación, Alanocca Tunqui mató a uno de los asaltantes. El hampón recibió siete impactos de bala y el cambista señaló que lo hizo en legítima defensa. No obstante, según abogados penalistas en este caso la figura no se aplicaría estrictamente (*El Comercio*, <https://elcomercio.pe/lima/legitima-defensa-ciudadanos-enfrentaron-delincuentes-228553>. Fecha de consulta: 30/7/2018).

### 3.3. Estado de necesidad

El estado de necesidad se encuentra regulado en el inciso 3 del artículo 1971. Se debe indicar que el estado de necesidad no es una institución que haya sido codificada en los principales códigos del derecho continental como un supuesto de irresponsabilidad. Son pocos los códigos que lo hacen, además del peruano, como, por ejemplo, el brasileño (art. 188, numeral II).

Es la doctrina clásica francesa del siglo XIX la que lo desarrolla como un supuesto de irresponsabilidad, dentro de un contexto en donde la propiedad es el eje central respecto al cual giran todos los demás institutos del derecho. Es entonces otro de los tantos medios de protección de la propiedad privada. Al desarrollarlo como un supuesto de irresponsabilidad, su consecuencia será el no pago de resarcimiento alguno, lo que ha llevado a la doctrina continental de la segunda mitad del siglo XX y la de inicios del siglo XXI a calificar este supuesto como uno de verdadera confiscación privada.

Importantes codificaciones del derecho continental, como la italiana (art. 2045, pero que restringe la institución a que el bien salvado sea necesariamente una persona) y suiza (art. 52, segundo párrafo, del

Código Suizo de las Obligaciones) admiten la responsabilidad en este supuesto y no tratan al instituto del estado de necesidad como un supuesto de irresponsabilidad. El código civil francés no se pronuncia al respecto y, pese al sustento inicial de la doctrina francesa de tratarlo como un supuesto de irresponsabilidad, hoy, en Francia, se encuentra como solución a este problema la tutela restitutoria a través del enriquecimiento injusto.

Sin embargo, la codificación peruana sí la reconoce como un supuesto de irresponsabilidad, por lo menos como figura general, pero siempre que se cumplan una serie de requisitos.

En primer lugar, debe configurarse la existencia del peligro de sufrir un daño. Con ello nos referimos a la configuración de un riesgo potencial, es decir, la contingencia o proximidad de un daño que, sin embargo, para que se configure, debe calificar como imprevisible.

En segundo lugar, debe tratarse de un peligro inminente, lo que le da el nombre a la institución misma, pues la inminencia de un peligro crea un estado de necesidad en quien se encuentra en peligro. Implica entonces que, en términos temporales, se debe estar ante la proximidad de sufrir un daño, de modo tal que no exista tiempo de conjurarlo sino únicamente con la afectación de un bien ajeno.

En tercer lugar, se indica que debe existir una desproporcionalidad entre el valor del bien salvado y el valor del bien sacrificado. El estado de necesidad implica una situación objetiva en la cual la única posibilidad de conjurar el peligro eminente es mediante la afectación de un bien ajeno, no debiendo existir otra alternativa.

Por esto, debe presentarse una desproporcionalidad económica, la cual se debe dar entre el bien salvado y el bien sacrificado, ya que lo que se busca es preservar los bienes de mayor valor. Bajo esta perspectiva, cuando se habla de la categoría de bien salvado puede tratarse de un bien económico o no, pero el bien sacrificado debe ser necesariamente económico.

Sin embargo, en el estado actual de la doctrina contemporánea, se cuestiona si la permisión de la actuación para salvar un bien de mayor valor frente a otro de menor valor sea un supuesto de hecho distinto al del daño necesario. Se dice en la actualidad que, en función de la evolución no solo de la doctrina comparada sino también de las codificaciones occidentales, el estado de necesidad no debe ser tratado como un supuesto de irresponsabilidad, sino como un supuesto de hecho lícito dañoso o hecho nocivo; figura que además refuerza la negación de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil, lo que se verá más adelante.

Códigos como el alemán (art. 904), italiano (art. 843, pero referido solamente al acceso y paso por el fundo vecino), o el suizo (art. 701) tienen una solución de este tipo, pues admiten y tratan al estado de necesidad como un supuesto de hecho nocivo, tratándose de limitaciones por razones de vecindad: alguien tiene derecho a dañar, pero a diferencia del ejercicio regular de un derecho, este es un derecho a dañar que sí genera como consecuencia la responsabilidad civil, por lo que ha de reconocerse en su ejercicio una nocividad.

Tal situación, por ejemplo, se encuentra regulada también en el Código Civil peruano, como es el caso del artículo 959: «El propietario no puede impedir que en su predio se ejecuten actos para servicios provisorios de las propiedades vecinas, que eviten o conjuren un peligro actual o inminente, pero se le indemnizará por los daños y perjuicios causados».

La pregunta que cabe realizarse aquí es: ¿cómo un Código Civil puede tener estas dos soluciones contradictorias?

Bajo el principio de no contradicción del sistema legal, deberá señalarse que la regla general está en el artículo 1971, mientras que el artículo 959 contiene una excepción. Pero, ¿guarda sentido lógico esta concordancia? Todos tendrían el derecho a dañar sin resarcimiento, excepto el vecino, es decir, el colindante. No parece tener sentido afirmar una excepción sobre la base de la propiedad colindante, debiéndose

reconocer una flagrante contradicción en el tratamiento de la institución del estado de necesidad en el Código Civil peruano.

Otra contradicción se encuentra en la redacción empleada respecto a la prueba del estado de necesidad. La última parte del inciso 3 del artículo 1971 del Código Civil señala que «la prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro». Es decir, ¿aquel que causa el daño debe probar la pérdida del bien de su vecino? Claramente existe aquí un grave problema de entendimiento del legislador, pues la prueba de la pérdida del bien siempre es de cargo del afectado. Lo que debe probar el liberado del peligro, es decir, aquel que se beneficia con el estado de necesidad, son todas las condiciones que le permiten invocar el estado de necesidad para no responder y, en particular, la necesidad de causar la pérdida como única alternativa existente.

#### 4. PREGUNTAS

1. ¿Qué es el daño?
2. ¿Cuáles son los requisitos para que el daño sea resarcible?
3. ¿Cuáles son las manifestaciones de la certeza de daño?
4. ¿En qué consisten los supuestos problemáticos de la subsistencia del daño?
5. ¿Qué implica que el daño deba ser especial para que proceda el resarcimiento?
6. ¿Cuál fue la evolución del requisito de la injusticia del daño?
7. ¿Cuáles son los supuestos de daño justamente sufrido?

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 5

### LA CLASIFICACIÓN DEL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

#### 1. LA CLASIFICACIÓN TRADICIONAL DEL DAÑO

Una clasificación tradicional del daño, que ha tenido arraigo en el ordenamiento peruano, ha sido aquella que ha distinguido entre el daño patrimonial y el daño no patrimonial.

Bajo esta perspectiva, daño patrimonial es aquella lesión que afecta el patrimonio de los sujetos o, en general, a sus derechos patrimoniales. A su turno, el daño no patrimonial es aquel que afecta la integridad del sujeto como una entidad psicosomática, así como los derechos de la personalidad.

Así las cosas, se ha postulado, desde una perspectiva clásica, que el daño patrimonial comprende dos variantes de daño: el daño emergente y el lucro cesante.

El daño emergente es entendido como el empobrecimiento que sufre el damnificado como consecuencia directa y súbita del daño. De este modo, estamos en un escenario en el cual se extrae del patrimonio de un sujeto una utilidad que ya existía dentro de este al momento de acontecer el daño.

El lucro cesante, en cambio, representa la pérdida de una utilidad que el damnificado razonablemente conseguiría de no haberse producido el evento dañoso. En otras palabras, afecta una utilidad que todavía no está presente en el patrimonio del damnificado al momento de acaecer el daño, pero que, bajo un juicio de probabilidad, se habría obtenido de no haber sucedido el evento dañoso.

A nivel del daño no patrimonial, se ha reconocido por antonomasia, en una primera instancia, la categoría del daño moral. El daño moral afecta, en su definición clásica, a la parte intrínseca del sujeto. Se plantea inicialmente como un tipo de afectación a la entidad psíquica del sujeto con imposibilidad de trasladarse a la faz externa; es decir, a la fase de la productividad.

De este modo, al daño moral (subjetivo) se le identifica como una lesión que afecta la intimidad, afectos y sentimientos de un individuo, por lo que al resarcimiento frente a este tipo de daño se le ha llegado a denominar como el «precio del dolor» (*pretium doloris*).

Ahora bien, ante este alcance inicial del daño moral se plantea, en una segunda instancia, la existencia de ciertos daños que reconocen en su origen una afectación a la faz interna del sujeto, pero que pueden llegar a trascender a la faz externa de la productividad, los cuales merecieron la calificación, por un sector de la doctrina clásica del derecho continental, de «daño moral objetivo», en contrapartida con aquellos daños que se quedaban en la faz interna del sujeto, a los que denominaron «daño moral subjetivo», los cuales no podían ser valuados sino solo estimados.

Dentro de este esquema, como creación de la doctrina italiana, se llega a afirmar la existencia de una nueva categoría de daño, denominada «daño a la persona», que se presenta como crítica directa a la doctrina francesa y su concepción reducida del daño moral como lesión solo psíquica del individuo.

La doctrina italiana, en vía crítica, pero construyendo un concepto «omnicomprensivo», señala que la persona no es solamente psiquis, sino que es una entidad conformada por mente y cuerpo. Por ende, los daños a la integridad corporal también son concebidos como daños a la persona humana, por lo que debe protegerse a esta como entidad psicofísica y como centro de tutela de todo el derecho.

Bajo esta perspectiva, lo principal no es proteger entonces el patrimonio de los sujetos, sino al sujeto mismo, como integridad de psiquis y soma. Y, por esta razón, es lógico que la primera versión de daño a la persona sea el de daño fisiológico.

En cuanto al tratamiento normativo existente en el Código Civil peruano sobre este tipo de daños, debe indicarse que hay una regulación diferenciada tanto en la responsabilidad por inexecución de obligaciones como en la responsabilidad extracontractual.

Por un lado, en materia de responsabilidad por inexecución de obligaciones se establece lo siguiente:

Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

Tal como se puede apreciar, existe un acogimiento normativo al daño moral y existe un silencio absoluto sobre el daño a la persona en el régimen por inexecución de obligaciones.

Por otro lado, en la responsabilidad extracontractual se indica lo siguiente:

Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

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

Como se puede apreciar, en el artículo 1985 se mencionan ambas voces de daño no patrimonial, dándole una identidad propia a cada uno de ellos. Esto constituye un grave error, porque obliga a diferenciar ambos conceptos —el daño moral del daño a la persona—, los cuales, en principio, no son excluyentes, pues al ser el daño moral una afectación psíquica del individuo debiera entenderse dentro de la noción más amplia de daño a la persona (entidad psicofísica).

El silencio de la voz «daño a la persona» en materia de inexecución de obligaciones, no debe llevar a pensar, sin embargo, que por ello no es resarcible en este régimen de responsabilidad, dado que no se trata de un *numerus clausus* de voces de daño. Repárese que en el artículo 1985 en sede de responsabilidad extracontractual no se menciona en forma expresa a la voz del daño emergente, por ejemplo.

Por lo tanto, la singularidad de la codificación civil peruana obliga, creemos, a dos conclusiones inevitables: (i) que se tengan que reinterpretar los alcances de ambas voces de daño no patrimonial, daño a la persona y daño moral, de modo tal que la única posibilidad real de solución será establecer una relación entre estos dos conceptos de género a especie; y (ii) que el elenco de daños que señalan los artículos 1321 y 1322 del Código Civil (responsabilidad por inexecución de obligaciones) y los artículos 1984 y 1985 (responsabilidad extracontractual), constituye un elenco de voces de daño de carácter enunciativo y no taxativo.

## 2. LA RECLASIFICACIÓN DEL DAÑO: PROPUESTA

En función de lo explicado en el numeral precedente, la necesidad de reclasificar los daños debe realizarse bajo un criterio de unidad conceptual: sea que se hable del daño a la persona o del daño moral o cualquier voz de daño no patrimonial, el daño no patrimonial representa una unidad. Creemos que, en nuestro caso, al no tener codificada, pero sí tratada en doctrina y en jurisprudencia la categoría del daño no patrimonial, se debe apostar por la unidad de este concepto.

Normalmente, es la jurisprudencia la que genera el cambio en el Derecho y por esto es importante que estas categorías calen hondo en nuestros jueces para su correcta interpretación.

En ese sentido, postulamos una reclasificación de los daños que se articulen sobre la base de tres ejes: (i) la naturaleza del ente afectado (daño evento); (ii) las consecuencias económicas que se generan (daño consecuencia); y (iii) la liquidación pecuniaria.

En primer lugar, por la naturaleza del ente afectado (daño evento), los daños pueden clasificarse en: (i) daños patrimoniales y (ii) daños no patrimoniales.

Un daño es patrimonial cuando se afecta la integridad del patrimonio como extensión externa de un concreto derecho de la personalidad, verbigracia, el derecho a la propiedad, el derecho a la herencia (art. 2, numeral 16 de la Constitución peruana) y cualquier otro derecho de naturaleza patrimonial. Un daño es no patrimonial cuando se afecta la integridad de todo sujeto de derecho o se lesionan valores y derechos fundamentales inherentes a todo sujeto de derecho digno de protección bajo la tutela resarcitoria.

En segundo lugar, por las consecuencias económicas que se generan (daño consecuencia) los perjuicios pueden clasificarse en: (i) daños de causalidad material económica; y (ii) daños de causalidad jurídica o de atribución legal.

Es especialmente importante identificar *prima facie* en la problemática de la clasificación de los daños la perspectiva de doble causalidad que subyace en toda fenomenología dañosa: existe siempre un primer nivel o nexo de causalidad, que es propiamente material, que une el hecho generador con el daño como resultado. Este daño, como resultado, es el que se denomina «daño evento», que es siempre una consecuencia material del hecho dañoso. Empero, existe un segundo nivel o nexo de causalidad, que retrata los efectos económicos negativos que ha producido el daño evento, y que es también un nexo de causalidad fáctica, pero puramente

económica: el daño evento produce efectos patrimoniales perjudiciales para la víctima, lo que se conoce como «daño consecuencia»:



Los daños de causalidad material económica son aquellos entonces en los que se constata plenamente el fenómeno de la doble causalidad: primero, la causalidad puramente material, y luego la causalidad económica —que también es una causalidad material, pero de índole económica—.

Bajo esta perspectiva, el «daño consecuencia» es identificado, causalmente, como una consecuencia lógico-necesaria —en términos económicos— del daño evento. Estamos ante la expresión más contundente de la función satisfactoria de la responsabilidad civil en su expresión de «reparación de daños». Por esto, los daños de causalidad material económica pueden, a su vez, clasificarse en: daño emergente y lucro cesante.

Las definiciones clásicas de estos dos conceptos se mantienen exactas en su contenido: el daño emergente es definido como el empobrecimiento que sufre el damnificado en su patrimonio como consecuencia directa y súbita del daño, y representa la pérdida de una utilidad que ya se poseía en forma previa antes de que se verifique el daño evento. El lucro cesante representa la pérdida de una utilidad que el damnificado presumiblemente conseguiría de no haberse verificado el daño evento. Se trata entonces de una utilidad que al momento de verificarse el daño evento no existía en el patrimonio de la víctima, pero que era previsible que, de no haber acontecido el evento dañoso, razonablemente se hubiera obtenido.

Por otro lado, los daños de causalidad jurídica (o de atribución legal) abarcan aquellas consecuencias en donde no puede determinarse una función de reparación de daños al no existir causalidad económica

entre el daño evento y los resultados patrimoniales negativos que se le atribuyen.

Se trata aquí, entonces, de la toma de partido del sistema por entender, dentro de la función satisfactoria del daño resarcible, que esta puede cumplir también una función aflictivo-consolatoria destinada a mitigar (no a reparar) los daños sufridos, bajo una perspectiva tuitiva de la víctima.

Los efectos económicos aquí son atribuidos por la ley, por lo que se requiere de norma expresa al respecto para que los daños sean objeto de resarcimiento, como sucede, por ejemplo, en el caso de los artículos 1322, 1984 y 1985 del Código Civil peruano, tratándose del daño moral.

En tercer lugar, el daño puede ser clasificado como liquidación pecuniaria (del efecto económico negativo), dando lugar a las categorías de: (i) daños valuables y (ii) daños estimables.

Por un lado, en los daños valuables, sí es posible la cuantificación de los daños; y, del otro, en los daños estimables, solo es posible estimar los mismos con valoración equitativa. Ello en función del artículo 1332 del Código Civil, el cual, pese a estar ubicado en la normativa de la responsabilidad por inejecución de obligaciones, es aplicable a toda la problemática de la valoración y estimación de las consecuencias económicas del daño, dada la unidad funcional de la responsabilidad civil y en el entendimiento —el cual debe tenerse siempre muy presente— de que la tutela resarcitoria es siempre una tutela propia del derecho patrimonial, por lo que las consecuencias del daño evento deben siempre traducirse en valores económicos, aun cuando se trate de atribuir consecuencias a un daño evento no patrimonial.

### **3. EL DAÑO NO PATRIMONIAL: DAÑO A LA PERSONA, DAÑO MORAL Y DAÑO NO PATRIMONIAL RESIDUAL**

Abordemos ahora la clasificación de los daños por la naturaleza del ente afectado.

Respecto al daño patrimonial no cabe hacer subdivisiones del mismo, pues se trata aquí de identificar solamente a qué tipo de interés jurídicamente protegido afecta el daño como evento y, cuando indicamos que se afecta el patrimonio de un sujeto como extensión externa de un concreto derecho de la personalidad, lo que identificamos es la afectación a una entidad diversa al sujeto de derecho «in sé».

Es en torno al daño no patrimonial en donde corresponde realizar algunas precisiones, dado que lo hemos definido como aquel que afecta la integridad de todo sujeto de derecho o lesiona valores y derechos fundamentales inherentes a todo sujeto de derecho merecedor de protección bajo la tutela resarcitoria, por lo que es necesario identificar los alcances del concepto «sujeto de derecho».

Dentro de nuestra tesis postulamos que el daño no patrimonial puede a su vez dar lugar a tres conceptos diferenciados.

En primer lugar, el daño a la persona —que, en el Perú, como se ha dicho, es un tipo de daño expresamente reconocido como resarcible bajo el artículo 1985 del Código Civil—, el cual debe ser entendido fiel a su raíz itálica, esto es, como un daño con las siguientes características:

- Afecta a la persona humana, entendida como entidad psicofísica, comprendiendo a los daños inherentes a aquella —o daños a los derechos de la personalidad, como la vida, la integridad psicofísica, el libre desenvolvimiento de la personalidad, la intimidad, la salud, entre otros—;
- Sus efectos pueden ser de naturaleza permanente o temporal; y,
- Es normalmente —como regla general— el resultado de una función de reparación del daño resarcible, por lo que es —contrario a lo que comúnmente se piensa— ordinariamente valuable y solo excepcionalmente estimable.

Si el daño a la persona comprende a la parte psíquica del sujeto, se entiende entonces que un subtipo de este daño debiera ser, y es, el llamado

«daño moral», también codificado como tal en nuestra legislación civil (arts. 1322 y 1985 del Código Civil peruano), que pese a devenir en un subtipo de aquel tiene la necesidad de diferenciarse a la luz de la codificación peruana.

En segundo lugar, el daño moral, que debe ser entendido como un subtipo especial del daño a la persona y que debe tener contornos especialmente definidos para diferenciarse del daño a la persona como voz omnicomprendiva. De este modo, el daño moral será aquel que afecta a la psiquis y sentimientos de la persona humana —fidel entonces a su origen conceptual en el derecho continental—, y que se refleja en un padecimiento y dolor espiritual, pero con tres características fundamentales que lo singularizan y, por ende, lo diferencian de otros daños no patrimoniales:

- Afecta la faz interior del sujeto;
- Tiene siempre naturaleza temporal; y,
- Tiene siempre causalidad atributiva legal o jurídica en sus consecuencias patrimoniales.

Al margen de lo que nos parezca más conveniente, debemos tener en cuenta que la opción del Código Civil peruano, guste o no, es que sí se resarce el *pretium doloris*.

Por lo tanto, el daño moral, antes llamado «daño moral puro» o «daño moral subjetivo» por la doctrina clásica del derecho continental, que no trasciende a la faz externa del individuo, es resarcible.

Precisamente, en relación con la imposibilidad de valuación del daño moral, puede no gustar que los jueces asignen, supuestamente en forma «arbitraria», consecuencias patrimoniales a algo que no es en sí mismo valuable, estimando con cierto margen de elasticidad los alcances económicos del daño, lo que ha sido criticado por un sector doctrinario pues genera falta de predictibilidad jurídica.

Este tema siempre será debatible y una alternativa realista es la utilización de baremos, o cualquier método tabular, para que las decisiones de los jueces no sean impredecibles, pero creemos que no puede ser cuestionable que el sufrimiento se pueda traducir en algo digno de ser mitigado, sea en dinero o a través de cualquier valor de cambio.

En este contexto, debe tenerse muy en cuenta que la atribución de efectos económicos al daño moral se debe a una *disposición normativa*, dado que es la ley la que señala en última instancia que el daño moral se resarce. Pero debido a que los sufrimientos no pueden ser valuados, deben ser estimados a efectos de que puedan traducirse en un monto pecuniario.

Debe advertirse, sin embargo, que la confusión sobre la supuesta «arbitrariedad» de la extensión del resarcimiento del daño moral es relativa, pues en realidad depende de un adecuado comportamiento jurisprudencial que establezca sus verdaderos alcances, bajo los criterios que ya ha desarrollado el derecho continental, a ser tenidos en cuenta para admitir el resarcimiento de este tipo de daño no patrimonial.

Se han desarrollado en el derecho continental criterios de estimación del daño moral (véanse algunos de ellos en Mosset Iturraspe, 1999, tomo V, p. 228), que reposan en el *principio de equidad* que está en el Perú normativamente acogido (art. 1332 del Código Civil peruano) y que obliga al juez a aplicarlo; son criterios que la judicatura debe tener en cuenta para asignar montos indemnizatorios de esta voz de daño. Consideramos como tales a:

- La gravedad del daño;
- Las peculiaridades del caso sometido a análisis en función a las condiciones de tiempo, lugar y propias de la víctima y el victimario; incluida la capacidad económica del responsable;
- Las reparaciones dadas en casos semejantes;
- La reiteración de la conducta dañosa;

- La gravedad de la conducta dañosa del agente o responsable del daño;
- El contexto socioeconómico del país en el que se dan las reparaciones y el estándar de vida;
- La ponderación del tipo de derecho lesionado: un derecho de mayor valor (por ejemplo, vida; integridad) merece un mayor resarcimiento que otros puramente económicos (por ejemplo, propiedad); y
- La proscripción de que por la vía de la equidad se dé un supuesto de enriquecimiento injusto.

De otro lado, hay otra característica del daño moral que debe siempre también tenerse en cuenta por la judicatura, y es su carácter de daño *in re ipsa*.

Como se ha visto, el requisito de la certeza del daño (certeza en el *quid*) exige que la víctima acredite el daño como evento, es decir, como acaecer fáctico en términos materiales. Empero, cuando la entidad afectada por el daño se encuentra constituida por el fuero interno del sujeto —el honor, la integridad y en general los derechos personalísimos del sujeto—, la acreditación de la certeza fáctica del daño exige únicamente la probanza del hecho generador del daño.

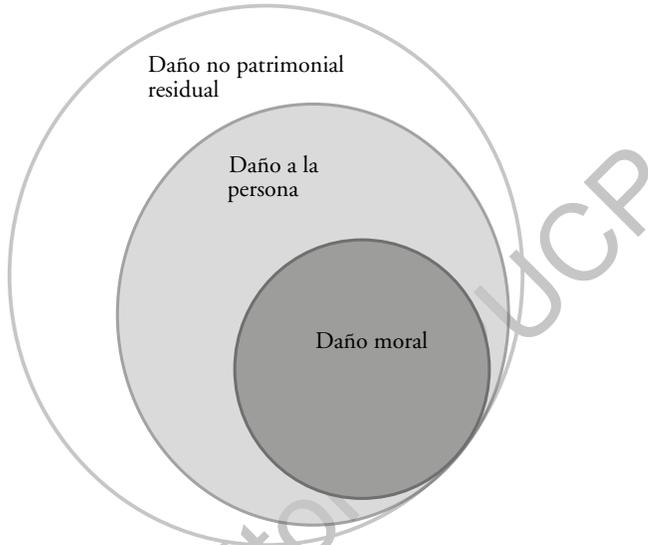
La razón de ello estriba en el hecho que resulta común y normal en el devenir de la experiencia que la simple afectación de ese tipo de derechos por causa de cualquier evento genere de por sí una situación de menoscabo. En el daño moral, como indicaba Bonilini, «la individualización del bien atacado es de por sí adecuado para causar, sino la certeza, cuando menos una probabilidad ciertamente alta de la existencia del perjuicio no patrimonial» (Bonilini, 1983, p. 380). Por esto, tratándose del daño moral se reconoce que hay ciertos tipos de hechos que presumen su existencia, por lo que respecto a él se invierte la carga probatoria: será necesario probar en contra de la verificación del mismo para destruir la presunción de su existencia.

Ahora bien, téngase en cuenta de otro lado que la doctrina continental comparada alguna vez dudó sobre «ampliar» el concepto de daño moral, para hacerlo aplicable a otro tipo de personas diversas a la persona humana, como, por ejemplo, las personas jurídicas. Empero, si se acoge la noción restrictiva del daño moral, como afectación a la psiquis y sentimientos de una persona, se aprecia con claridad que las personas jurídicas no pueden «sufrir» como las personas físicas, ni «sentirse» afectadas por alguna ofensa a su «honor».

Por esto, se propone respetar las categorías que el derecho continental ha manejado por bastante tiempo y ser fiel al concepto tradicional del daño moral, el cual solo afecta la faz interna de la persona humana. En este sentido, el Tribunal Constitucional peruano, aunque con marchas y contramarchas, ha diferenciado en algunas sentencias que el derecho al honor pertenece a la esfera de las personas naturales, en tanto es una apreciación de lo que estas tienen de sí mismas, a diferencia de la reputación o derecho al «buen nombre» que responde a una proyección social de la imagen que sí puede verse afectada en las personas jurídicas, desde que responde a la apreciación que terceros tienen de alguna persona. El derecho a la buena reputación ha sido reconocido sin ambages por el Tribunal Constitucional peruano, pero respecto al derecho al honor ha emitido sentencias contradictorias, sobre todo en la duda de si en última instancia el honor interno y la reputación no son sino dos aristas de un único derecho al honor. Nosotros creemos, sin embargo, que el derecho al honor se refiere a la apreciación y sentir que cada ser humano tiene de sí mismo, por lo que es propio exclusivamente de las personas físicas.

Entendido ello, y habiéndose señalado que en nuestro concepto tanto el daño a la persona, como el daño moral deben estar referidos a la persona humana (personas naturales), existiría entonces una segunda especie de daño no patrimonial —en el entendido de que el daño a la persona comprende al daño moral—, a quién hemos postulado denominar «daño no patrimonial residual», que sería aquel que afecta a todos los restantes sujetos de derecho reconocidos como tales por

el ordenamiento jurídico, distintos de la persona humana, que puede graficarse de la siguiente manera:



Resulta fuera de duda que la persona humana no es el único sujeto de derecho que puede verse afectado por un daño evento. Existen otros sujetos de derecho que han merecido protección por el ordenamiento jurídico, como las personas jurídicas, los entes de hecho o el concebido.

El resumen final del esquema que se postula respecto al daño no patrimonial sería el siguiente: el género es el daño no patrimonial como unidad, en donde todo aquello que no afecte a la persona humana entraría en el campo del llamado daño no patrimonial residual, diferenciándose este del daño a la persona —que afecta solo a la persona humana como entidad psicofísica— y, dentro de este, al daño moral, que afecta solo la parte psíquica de las personas naturales y con características restrictivas definidas: (i) afecta la faz interna del sujeto; (ii) tiene siempre naturaleza temporal; y (iii) tiene siempre causalidad atributiva legal o jurídica en sus consecuencias patrimoniales.

### **EL DAÑO A LA PERSONA Y EL DAÑO MORAL EN LA CORTE SUPREMA PERUANA**

El daño a la persona es la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial. En consecuencia, el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces tenga que cuantificarse económicamente.

En cuanto al daño a la persona se requiere que sea cierto y personal, que tenga relación de causalidad entre el daño y el hecho generador del daño y debe derivar de la lesión a un interés o derecho no patrimonial del damnificado.

Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral. Este viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aficciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona. En el caso que nos ocupa, estos padecimientos los sufre fundamentalmente el cónyuge más perjudicado, sin que ello obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos en grado menor.

Un sector importante de la doctrina sostiene que el daño psíquico se halla comprendido en el daño moral, pero que ciertamente tienen sustanciales diferencias. Si bien es cierto que ambos afectan el equilibrio espiritual, sin embargo, el daño psíquico comporta un estado patológico (enfermedad), una alteración psicopatológica y, por consiguiente, susceptible de diagnóstico por la ciencia médica (Tercer Pleno Casatorio Civil - casación 4664-2010-Puno del 18 de marzo de 2011).

#### **4. LA PROBLEMÁTICA DE LA TRANSMISIBILIDAD DEL DAÑO MORAL**

Un tema en el que no termina de ponerse de acuerdo la doctrina comparada del *civil law* es el referido al carácter transmisible o no del daño moral. De un lado, en la doctrina tradicional se ha indicado que,

por definición, el daño moral está íntimamente ligado a quién lo padece, por lo que no puede ser materia de transmisión *mortis causa*. Así, por ejemplo, Minozzi afirmaba que «nadie puede negar que el resarcimiento por el dolor injustamente sufrido constituye un derecho que se refiere a la persona», por lo que «el derecho a esta indemnización por daños morales no entra a formar parte de un acervo hereditario transmitido por sucesión intestada, si el de *cujus*, pudiéndolo, antes de morir, no creyó conveniente promover la acción, ya que la obligación del resarcimiento permanece en cuanto existe el daño, que es el dolor injustamente ocasionado, dolor que cesa con la muerte del damnificado; finaliza con esto la finalidad del resarcimiento del daño no patrimonial que consiste en la reconstrucción del estado de bienestar del damnificado» (1901, pp. 196, 199). En cambio, también dentro de la doctrina tradicional Giorgi afirmaba que «la indemnización de perjuicios no representa más que un derecho patrimonial transmisible» (1911, volumen V, p. 300), y ello en virtud de que la «satisfacción o reparación de un modo particular o especialísimo de la ofensa, en cuanto se concreta en la *indemnización*, es derecho patrimonial, y, por tanto, transmisible apenas nacido» (Chironi, 1928, tomo II, p. 342).

La discusión en torno al carácter transmisible o no del daño moral tiene directa relación con tres puntos claves: (i) uno primero relativo al momento en que nace el derecho al resarcimiento del daño moral; (ii) uno segundo en relación al momento en que se ejercita la acción indemnizatoria del daño moral; (iii) uno tercero en relación a la naturaleza del daño moral.

El primer punto en discusión tiene directa relación con los casos de sufrimientos padecidos por la víctima respecto a los cuales sobreviene la muerte de esta. Se discute aquí si entre el padecimiento sufrido y la muerte existe algún intervalo de tiempo, la víctima habría entonces padecido, por lo que el derecho al resarcimiento habría ya ingresado a su patrimonio y sería transmisible a los parientes *iure successionis*: nació antes de la muerte de la víctima, quien llegó a padecerlos. En cambio, si se trata

de una muerte súbita, en donde no existe propiamente algún intervalo de tiempo entre el dolor sufrido y la muerte, se dice que el único daño moral que podría afirmarse sería el de los propios herederos, pero no a título *iure successionis*, sino a título *iure proprio*. Como señala De Cupis «los parientes legitimados para exigir el resarcimiento del daño no patrimonial producido por la muerte, hacen valer un derecho originario, igual que sucede respecto al resarcimiento del daño patrimonial. Su legitimación respecto al daño no patrimonial tiene carácter autónomo, por lo que puede hablarse de una legitimación para obrar *iure proprio*, para exigir el resarcimiento del daño que han sufrido personalmente, o sea del dolor que han experimentado, y en proporción al mismo. Esta legitimación se funda simplemente en el vínculo familiar y no en cualidad hereditaria alguna» (1975, pp. 658-659).

El segundo punto en discusión trae a debate si resulta o no trascendente que el damnificado haya ejercitado o no en vida la acción resarcitoria del daño moral. Si lo hizo, se indica, no debiera existir observación alguna para que dicha acción pueda ser continuada por sus herederos, produciéndose una sucesión de naturaleza material y procesal, pues se trata ya de un derecho expectatio que habría ingresado al patrimonio del causante antes de su muerte. En cambio, si no ejercitó en vida la acción el causante, se regresa a la discusión del punto primero, en donde deberá verse y tomarse partido por alguna de las posiciones a si se encontraba o no dentro del patrimonio del causante el derecho a reclamar por el daño moral irrogado.

¿Y de qué dependerá en suma la opción a tomarse? De la posición que se adopte respecto al tercer punto en discusión: la naturaleza del daño moral. Si se atiende a las consecuencias económicas que se generan producto del daño (daño consecuencia), esto es, si se cree que el resarcimiento, independientemente que se trate de un daño patrimonial o no patrimonial, es en el fondo un derecho patrimonial transmisible desde que es liquidado siempre en términos patrimoniales, básicamente en dinero, y que debe entenderse originado en el momento que se

verifica el daño o cuando se verifica el hecho dañoso, se deberá admitir la transmisión hereditaria del daño moral. En cambio, si se atiende a la naturaleza del ente afectado (daño evento) deberá afirmarse la naturaleza intransmisible del daño moral, desde que el único con posibilidad de ser afectado con el mismo es la persona que lo sufre, tratándose siempre de un resarcimiento *iure proprio*, de naturaleza personal e intransmisible de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1218 del Código Civil peruano.

Nuestra posición personal se adscribe a considerar que el resarcimiento del daño moral debe ser siempre *iure proprio*, que es consecuente con nuestra clasificación del daño resarcible que reputa al daño moral como una subcategoría dentro del daño no patrimonial y que responde siempre a una clasificación del daño evento, es decir, en razón a la naturaleza del ente afectado, por lo que, en principio, el derecho al resarcimiento del daño moral es intransmisible a los herederos, salvo en el caso que el propio causante, antes de su muerte, haya incoado ya una acción de daños y perjuicios por daño moral. Es esta, además, la posición aparentemente mayoritaria en la doctrina peruana, afirmándolo así Espinoza (2016, p. 312), León Hilario (2017, p. 305) y Osterling y Castillo (2003, tomo X, pp. 393, 401), mientras que Rey de Castro, en cambio, admite la transmisión a los herederos del daño moral del causante, pero solo en la vía excepcional y con restricciones (1972, pp. 400-401); aun cuando en la doctrina comparada del *civil law* exista gran debate y una preeminencia en la doctrina italiana a favor de la transmisibilidad hereditaria del daño no patrimonial.

Cabe finalmente advertir que esta última posición, que no puede negar que también a los herederos de un causante les puede corresponder un resarcimiento del daño moral *iure proprio*, se enfrenta al dilema de admitir o no un doble título de resarcimiento. Así, por ejemplo, autores como De Cupis llegan a admitir esta posibilidad sin ambages, señalando que:

Existe un doble título de resarcimiento por la muerte de una persona: De una parte el daño sufrido por el titular del bien en que consiste la vida; de otra el experimentado por los familiares que sobreviven a la lesión de su interés como parientes [...] A estos distintos daños corresponden diferentes derechos al resarcimiento con un fundamento y objeto también distinto; en uno de ellos el derecho al resarcimiento fue adquirido por el causante antes de su muerte y ha sido transmitido por herencia a sus sucesores [...] Pero aunque el heredero y el ligamen familiar con el difunto frecuentemente concurren en la misma persona, pueden acumularse los distintos y autónomos derechos, para lograr el resarcimiento del daño sufrido por el causante de una parte y el propio daño, personal por el parentesco [...] También para el daño no patrimonial causado al muerto, por el dolor sufrido por él a causa de la agresión, debe admitirse la legitimación hereditaria, por cuanto este derecho se transmite a los herederos (1975, pp. 666-667).

Sin embargo, bien se ha advertido que en estos casos «se corre el riesgo de una duplicidad de resarcimientos» (Visintini, 1996, p. 415).

## 5. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es la clasificación tradicional del daño en el ordenamiento peruano?
2. ¿Cuál es la diferencia entre daño evento, daño consecuencia y liquidación pecuniaria del daño?
3. ¿Qué es el daño emergente?
4. ¿Qué es el lucro cesante?
5. ¿Qué es el daño no patrimonial?
6. ¿Qué características tiene el daño a la persona?
7. ¿Qué características tiene el daño moral?

## CAPÍTULO 6

### EL HECHO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL

#### 1. LA NOCIÓN DE HECHO ILÍCITO Y SU DEPENDENCIA CON LA NOCIÓN DE CULPA

Ciertas posiciones expresadas en la doctrina continental, particularmente latinoamericana, han identificado al hecho generador del daño en materia de responsabilidad extracontractual como un hecho ilícito, para diferenciarlo del hecho generador en materia de responsabilidad por inejecución de obligaciones, que sería el incumplimiento. Esto, como se verá a continuación, constituye un grueso error.

El concepto de hecho ilícito es una noción omnicompreensiva que se desarrolla propiamente en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX, que responde a la visión de la culpa como único criterio de selección de los intereses merecedores de la tutela resarcitoria, siendo definido como todo comportamiento humano que de manera dolosa o culposa causa un daño a otro.

Entonces, en su propia definición, es importante entender que este concepto fue construido sobre la base del concepto de culpa preindustrial, pues en la raíz de la concepción de la noción de hecho ilícito está comprendida la noción de culpa. No puede entenderse este concepto prescindiéndose de la noción de culpa.

La culpa, históricamente, ha desarrollado un rol muy distinto al que cumple en la actualidad. En sus inicios, la culpa fue entendida como el criterio de selección de tutela de los intereses, con lo que adquirió realce la afirmación de que «no hay responsabilidad sin culpa».

La responsabilidad civil es pues apreciada desde la perspectiva del agente emisor de voluntad y, a partir de esta perspectiva, se construye la noción de hecho ilícito. Así, por ejemplo, se considera que todo hecho, para que se convierta en un hecho jurídico, tiene que cumplir con dos condiciones: tiene que estar acogido en una norma como un supuesto de hecho y necesariamente tiene que producir el cambio de una situación jurídica preexistente.

Bajo este esquema, el hecho jurídico puede producirse tanto con intervención del hombre, como sin intervención del hombre, por lo que puede ser un hecho jurídico humano o natural.

Cuando los hechos jurídicos se producen sin la intervención del hombre, desde el punto de vista de la voluntad, son producto de efectos naturales. Se ubica aquí, por ello, al caso fortuito. Piénsese, por ejemplo, en la destrucción de una vivienda por un terremoto. Este es un hecho sin intervención humana, es un *act of god*.

Cuando los hechos jurídicos se producen con la intervención del hombre podemos encontrarnos ante dos situaciones. Por un lado, el hecho jurídico puede ser involuntario. Por ejemplo: alguien maneja su auto y se le atraviesa un infante que se escapa de las manos de su cuidadora y por no atropellarlo el conductor gira intempestivamente, pierde el control y se estrella con una casa cercana, lo que genera daños y modifica una situación jurídica preexistente. El conductor señalará que no quería causar daños y su intención era evitar matar al niño, pero no hay duda de que de su acción se ha generado el efecto daño: ha intervenido en la producción del evento, aunque no haya deseado los efectos. Dentro de la clasificación de los hechos humanos involuntarios se ubica por ello, a la fuerza mayor.

Por otro lado, se encuentra el hecho jurídico voluntario que es aquel en el que el agente dirige su voluntad a la consecución del efecto; y, bajo la teoría voluntarista, dentro de los hechos jurídicos voluntarios se puede diferenciar entre hecho jurídico lícito y hecho jurídico ilícito (León Barandiarán, 1977, pp. 4-5).

El hecho jurídico lícito es aquel que la ley permite y tutela, desde la perspectiva del agente emisor de la voluntad y se puede dividir a su vez en:

- Con declaración de voluntad, en donde se encuentra el concepto de acto jurídico, expresión fisiológica de la relación; y,
- Sin declaración de voluntad, por ejemplo, la oferta al público o la invitación a ofrecer.

Finalmente, está el hecho jurídico ilícito, que, bajo este esquema, es la actuación humana dirigida a la consecución de un efecto no querido ni permitido por el ordenamiento.

El hecho ilícito, entonces, bajo la teoría voluntarista del acto jurídico, no es otra cosa que el hecho jurídico humano voluntario ilícito, que justamente al ser «voluntario» conlleva en su construcción al concepto lato de culpa, pues va a imputar la voluntad del agente a la consecución de esa ilicitud. La culpa, entonces, en la perspectiva «ochocentista», es la actuación humana disfuncional, entendida como un juicio de desvalor ético-psicológico, expresión patológica de un efecto.

En la etapa preindustrial, entonces, la responsabilidad civil va a encontrar su fundamento exclusivo en la culpa. El hecho ilícito es la expresión de esta era: una categoría histórica que define a la responsabilidad civil en su etapa patológica, por lo que propiamente se da una sinonimia entre dos conceptos omnicomprendivos, como son los de responsabilidad extracontractual y hecho ilícito.

Por lo tanto, no hay posibilidad de construir un concepto de hecho ilícito como sinónimo de hecho generador del daño, pues este último será uno de los elementos de la responsabilidad civil y no un

concepto omnicomprendivo de toda el área del daño resarcible. Bajo este contexto, toda la responsabilidad civil es concebida como una reacción frente al «ilícito», construyendo una referencia en donde no puede haber responsabilidad civil si no hay de por medio un comportamiento «antijurídico».

Sin embargo, la responsabilidad civil ha evolucionado y es posible identificar una serie de cambios que permitirán apreciar la reconfiguración del hecho generador de responsabilidad.

Estos cambios han sido bien identificados por Franzoni, quién nos recuerda que, desde hace varios años, la perspectiva de la responsabilidad civil ha variado, graficando, en primer lugar, como primer gran cambio, la progresiva desvalorización del rol de la culpa, que de criterio de selección de intereses tutelados, pasa a tener un rol «territorialmente» menor —pero no por ello poco importante— como criterio atributivo de responsabilidad a la par de otros (Franzoni, 1993, pp. 77-78) —riesgo, garantía, equidad, abuso del derecho—, que se desarrollan en la era de la industrialización (criterios objetivos).

Un segundo gran cambio, se aprecia, cuando al quedar vacante el criterio de selección de tutela de los intereses, este lugar pasa a ser ocupado por un nuevo concepto que es el de la injusticia del daño. Consecuentemente, «la responsabilidad civil pasa de ser concebida de una reacción al ilícito como reacción al daño injusto» (Franzoni, 1993, p. 77).

Un tercer gran cambio se aprecia precisamente en torno al ángulo desde donde se analiza la responsabilidad civil, que pasa de ser apreciada desde la perspectiva del agente emisor de voluntad, para ser apreciada y evaluada desde la perspectiva de la víctima. Ello se ve claramente evidenciado en la creación y aplicación de otros criterios de imputación diversos a la culpa, pues esta siempre evaluaba el comportamiento del agente, mientras que los criterios objetivos atributivos de responsabilidad se enfocan en el resultado de ese comportamiento dañoso objetivamente considerado.

Finalmente, un cuarto gran cambio se presenta en torno a las funciones de la responsabilidad civil, que deja de tener en cuenta una función sancionatoria para privilegiar una función satisfactoria, esencialmente compensatoria.

Bajo este nuevo esquema de la forma de entendimiento de la responsabilidad civil, se generan una serie de mutaciones progresivas en la concepción del hecho ilícito.

En ese sentido, se hace evidente aún más la diferenciación entre el concepto de hecho ilícito y hecho generador de responsabilidad, pues aquel comienza a abandonar su sinonimia con la categoría de hecho antijurídico, generándose una diferenciación entre los conceptos de ilicitud y antijuridicidad.

## **2. LA ANTIJURIDICIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

Dentro del nuevo esquema, caracterizado por los cambios que se han mencionado en el apartado anterior, la antijuridicidad, que era inicialmente entendida como sinónimo de ilicitud subjetiva pues representaba toda actuación dolosa o culposa que ocasiona un daño, presenta inicialmente una ruptura conceptual para pasar a diferenciarse entre «antijuridicidad objetiva» y «antijuridicidad subjetiva». Empero, se reparará que, pese a esta ruptura conceptual, se conserva todavía una característica fundamental clásica, la cual es que la responsabilidad civil se sigue viendo desde el agente emisor de voluntad (comportamiento del agente).

Así, se ha indicado que la antijuridicidad objetiva se dará en la constatación de la existencia de una contrariedad entre un acto humano y las normas jurídicas, siendo definido como «acto contrario a derecho». Es decir, se va a tratar de constatar y apreciar «la violación del ordenamiento jurídico en sus aspectos extrínsecos, independientemente del contenido de la voluntad del sujeto que lo ha realizado» (Miccio, 1973, volumen II,

parte I, pp. 16-17). Entonces, se está frente a la contrariedad de un acto humano a las normas del derecho, con prescindencia de cuál ha sido la voluntad del agente.

Una conclusión a la que se aborda en el plano de la antijuridicidad objetiva, es que siempre será antijurídico, por ejemplo, un resultado dañoso, aunque el acto «haya sido practicado por un sujeto sin voluntad o que haya obrado sin culpabilidad» (Orgaz, 1952, p. 23). Y es por eso que, por ejemplo, el acto del enajenado mental será considerado un hecho antijurídico bajo un análisis con criterios objetivos, que permitiría negar la capacidad de querer y entender como un presupuesto de la responsabilidad.

De otro lado, la antijuridicidad subjetiva será aquella en la que el resultado dañoso se sigue apreciando bajo los cánones tradicionales del hecho ilícito, es decir, producto del análisis del «comportamiento material, entendiéndose tal elemento, sea como hecho consciente y voluntario, o sea como dirección finalista del acto» (Miccio, 1973, volumen II, parte I, p. 17).

Para apreciar si esto es resarcible, desde el punto de vista de la antijuridicidad subjetiva, se ha de analizar siempre la conducta del sujeto, es decir, el hecho voluntario y consciente realizado, evaluándose los aspectos intrínsecos de la conducta y no los elementos extrínsecos de esta. Se dice entonces que es a este campo de la antijuridicidad subjetiva al que se reduce la aplicación de la teoría del hecho ilícito.

Es interesante, dentro de este «retroceso» del rol de la culpa, como algunos autores del derecho continental «rediseñan» el ámbito de aplicación del hecho ilícito.

Así, por ejemplo, Miccio (1973, pp. 21-22), en Italia, pretende diferenciar la antijuridicidad objetiva de la antijuridicidad subjetiva en función a la naturaleza de la norma violada. Afirma así que, si se viola una norma prohibitiva de derechos, la antijuridicidad se configura con la sola violación de la norma, pues dicha violación ya se consumó. La violación es entonces objetiva, apreciada solo en el resultado del comportamiento

humano (aspectos extrínsecos). Aquí habrá antijuridicidad objetiva y no ilicitud: la norma jurídica, al haber formulado un imperativo, impide a los sujetos realizar algo distinto. La norma le describe al sujeto lo que no debe hacer, por lo que, si el sujeto hace, viola la norma jurídica.

La antijuridicidad subjetiva, en cambio, se dará —para Miccio— si se viola una norma de naturaleza prescriptiva o permisiva. Aquí la norma es de carácter instructivo e indica a los sujetos que «si hacen esto, lo deben hacer de este modo», por lo que, para que se configure la antijuridicidad, es necesario valorar la forma en cómo se ha desarrollado la conducta del sujeto: el proceso psicológico debe ser tenido en consideración, es decir, debe analizarse la culpa del sujeto, por lo que es solo en este campo donde se configura ahora el hecho ilícito.

Sin embargo, frente a la creciente desvalorización del rol de la culpa y la irrupción del daño injusto como nuevo criterio de selección de tutela de intereses, se reconoció, a partir de la segunda mitad del siglo XX, que la perspectiva desde la cual debe apreciarse la responsabilidad civil toda, ha variado (Franzoni, 1993, pp. 77-80):

- De ser concebida de reacción al ilícito, ha pasado a ser concebida como reacción al daño injusto y, por lo tanto, se abandona la categoría del hecho ilícito, dado que la culpa no es más el criterio de selección de tutela de los intereses, lo que configura un cambio radical en la concepción del hecho generador de responsabilidad: no debe entenderse más que la antijuridicidad es necesariamente un elemento de la responsabilidad civil, pues habrá hechos, inclusive lícitos, que puedan generar responsabilidad civil;
- De ser concebida bajo una función sancionatoria, ha pasado a ser concebida bajo una función satisfactoria (resarcitoria); y
- De ser apreciada desde la perspectiva del agente emisor de voluntad ha pasado a ser apreciada bajo la perspectiva de la víctima.

### **3. EL ABANDONO DE LA ANTIJURIDICIDAD (ILICITUD) COMO CARACTERÍSTICA SINGULAR DEL HECHO GENERADOR**

El Código Civil peruano de 1984, fiel a la evolución del esquema histórico que se ha desarrollado precedentemente, no codificó la responsabilidad civil como una responsabilidad por hecho ilícito, lo que representó uno de sus principales aciertos. Esto es un argumento más para negar que en el Perú pueda considerarse a la antijuridicidad como un elemento de la responsabilidad civil.

Se presentaron sí, a partir de su promulgación, un par de incoherencias que fueron en su momento corregidas. En la primera, el texto original del artículo 309, en el Libro de Familia señalaba que «la responsabilidad civil por acto ilícito de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios, ni en la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación». Este texto fue modificado por la Primera Disposición Modificatoria del TUO del decreto legislativo 768 en abril de 1993, solamente para excluir la mención al «acto ilícito», hoy señala que «la responsabilidad extracontractual de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios, ni en la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación». En la segunda, el texto original del artículo 458, también en el Libro de Familia, prescribía en su texto original que «el menor capaz de discernimiento responde por los daños y perjuicios causados por sus actos ilícitos»; texto que fue modificado en octubre del año 1999 por la ley 27184, también para excluir la mención al acto ilícito, y hoy señala que «el menor capaz de discernimiento responde por los daños y perjuicios que causa».

El gran problema se ha presentado en las codificaciones que, de alguna manera, han recogido la categoría del hecho ilícito o de la antijuridicidad como parte de su normativa y, particularmente, en los grandes códigos, tales como el código italiano de 1942 y el BGB alemán de 1900; sin perjuicio de decir también que en Sudamérica existen codificaciones que se han sujetado a la «camisa de fuerza» del hecho ilícito.

Lo que interesa, en primer lugar, es que se entienda —principalmente por parte de la judicatura— que las categorías del hecho ilícito y de la antijuridicidad no pueden ser entendidas como sinónimo de hecho generador del daño.

Ya hemos advertido que el más grave error en que incurren algunos intérpretes es que, sin reparar que las categorías del hecho ilícito o de la antijuridicidad son conceptos omnicomprendivos, confunden a estos conceptos como un elemento de la responsabilidad civil extracontractual, haciéndolo sinónimo de hecho generador.

Hablar de hecho generador del daño como un elemento de la responsabilidad civil implica solamente constatar un hecho fáctico, el cual causalmente será vinculado a la producción de un efecto: el daño. La calificación del hecho como antijurídico o no antijurídico no tiene ninguna trascendencia en la identificación del hecho generador como causa del daño.

Señalar a la antijuridicidad como un elemento de la responsabilidad civil implica desconocer que existen, de un lado, supuestos de responsabilidad civil que derivan de hechos calificables como antijurídicos que pueden ser de naturaleza diversa; pero, principalmente, implica ignorar que existen supuestos de responsabilidad civil que derivan de hechos no antijurídicos.

Dentro de los denominados «hechos antijurídicos» puede identificarse, en primer lugar, al hecho ilícito, el cual solo se verificaría, como hemos explicado, en función a la culpa, por lo que al existir culpa se convertiría en antijurídico, es decir, sería una categoría de la antijuridicidad. En segundo lugar, se halla el hecho abusivo, que es aquel que es ejercido en forma antifuncional y que genera un resultado dañoso, por ejemplo, la ruptura intempestiva de las tratativas precontractuales. En tercer lugar, se encuentra el hecho excesivo, que es aquel que ocasiona un daño mayor al permitido, es decir, se ocasiona un perjuicio mayor al funcionalmente permitido. Por ejemplo, el supuesto de la utilización potestativa de medidas cautelares en donde se elige utilizar una que causa

mayor daño que otra que funcionalmente habría servido para la misma finalidad, ocasionando un menor daño.

Todos estos hechos tienen una calificación de antijuridicidad, esto es, son comportamientos reprobados por el ordenamiento que conllevan un análisis de la conducta de los sujetos que producen un resultado dañoso no querido.

Empero, lo más importante de apreciar se da en el caso de los denominados «hechos no antijurídicos», dentro de los cuales tenemos tres tipos. En primer lugar, tenemos los hechos dañosos justificados, que son, como se ha indicado precedentemente, supuestos de irresponsabilidad que no generan responsabilidad civil y que están recogidos en el artículo 1971 del Código Civil: ejercicio regular de un derecho, legítima defensa y estado de necesidad.

Sin embargo, existen otras hipótesis de hechos no antijurídicos que sí están en capacidad de generar responsabilidad civil. El primero de ellos, es el denominado «hecho neutro» que es entendido como aquel que, en sí mismo, no está sujeto a ningún juicio de valor, sino solo en la medida que se conjugue con un resultado dañoso reputado injusto por el ordenamiento. Es decir, no son calificables como antijurídicos ni aptos por sí mismos para generar responsabilidad civil sino en la medida en la que se conjuguen con un resultado dañoso injustamente sufrido. Ejemplo de un «hecho neutro» es la conducción de un vehículo. Puede apreciarse que la sola conducción del vehículo es un hecho sin ninguna carga valorativa y que, para que ocasione un daño resarcible tiene que conjugarse con una circunstancia adicional, pudiendo a partir de allí ser reputado antijurídico.

Pero el principal ejemplo de negación de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil lo encontramos en la categoría del hecho nocivo, que es aquel que, en su funcionalidad, lleva inmerso un resultado dañoso no querido, pero necesario. El principal ejemplo de esta categoría se encuentra en el artículo 959 del Código Civil, analizado previamente, o en el ejercicio de algunos derechos como la huelga,

en donde se reconoce el derecho a dañar, pero con una consecuencia necesaria: el daño causado debe ser reparado. Las más importantes codificaciones del derecho continental recogen hoy sin discusión esta categoría, de forma profusa, sobre todo, en la regulación de las limitaciones por razón de vecindad en torno al derecho de propiedad.

En consecuencia, la sola constatación de la existencia de hechos que no son antijurídicos pero que están en posibilidad de generar responsabilidad civil, es prueba suficiente para la negación de la antijuridicidad como único supuesto generador de responsabilidad civil.

Puede concluirse, entonces, que ni la antijuridicidad ni el hecho ilícito son supuestos que interesen en términos contemporáneos y que son conceptos omnicomprendidos que nada aportan en la configuración de los elementos de la responsabilidad civil. Hoy por hoy, la responsabilidad civil es una reacción al daño injusto, donde la responsabilidad civil puede darse en supuestos en los que no hay ningún acto contrario a derecho, por lo que no puede afirmarse, sin entrar en equívocos, que la antijuridicidad sea un elemento de la responsabilidad civil.

#### 4. PREGUNTAS

1. ¿Qué relación existe entre la noción de hecho ilícito y culpa?
2. ¿Qué elementos determinan el abandono de la noción de hecho ilícito como un elemento de la responsabilidad civil?
3. ¿Qué diferencia existe entre la antijuridicidad subjetiva y la antijuridicidad objetiva?
4. ¿Por qué se indica que la antijuridicidad no es un elemento de la responsabilidad civil en el ordenamiento peruano?

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 7

### LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En el presente capítulo se analizará el tercer elemento de la responsabilidad civil: la relación de causalidad. Este elemento permitirá encontrar, dentro del análisis material del método que se ha formulado, al causante del daño.

Bajo la perspectiva de estudio que se ha planteado, la relación de causalidad es un elemento indispensable, pero no suficiente, para el establecimiento de la responsabilidad civil.

En otros términos, no se podrá establecer la responsabilidad civil de un determinado individuo sin un previo análisis causal, sea en la responsabilidad por hecho propio o en la responsabilidad por hecho ajeno y, al mismo tiempo, no bastará el análisis causal para determinar al responsable de un daño, ya que siempre será necesario establecer, adicionalmente, un criterio de imputación.

Es importante señalar que el análisis de la relación causal en sistemas del *common law*, e inclusive en algunos sistemas del derecho continental, abordan el problema comprendiendo tanto la causalidad material como la causalidad jurídica, cuando esta última, en nuestra opinión, se refiere en realidad a un juicio de imputación, propio de la autoría. Inclusive, en sede nacional, no han faltado autores que enfrentan grandes problemas de claridad en la explicación de este elemento de la responsabilidad civil, pues, al reconocer que la denominada causalidad jurídica comprende a la autoría (imputación de un obrar a alguien), pero afirmar por otro

lado que la relación causal pertenece al plano fáctico, no pueden luego explicar con claridad la diferencia entre causalidad, autoría y culpabilidad (De Trazegnies, 1988, tomo I, numerales 154-156, pp. 282-286).

Por ello, consideramos una gran virtud la aplicación del «método de análisis de la responsabilidad civil» que hemos desarrollado previamente en esta obra, en la que se diferencian claramente dos etapas del método: (i) el análisis material, en donde se estudia la relación de causalidad, entendida como una causalidad fáctica y de donde se extrae la condición de «causante»; y (ii) el análisis de imputabilidad, en donde se ubica la autoría, denominada por algunos «causalidad jurídica», y de donde se extrae la categoría de «responsable» del daño.

Abordaremos a continuación el marco teórico sobre las diversas teorías de causalidad (totalizadora e individualizadoras) y que establecen criterios para discernir y asignar al hecho generador de responsabilidad la categoría de «causa» del daño, dentro de una serie de posibles eventos. Asimismo, concluiremos el presente capítulo con una referencia a aquellos escenarios en los cuales la relación de causalidad no se verifica finalmente en la forma de su primera apariencia, sino que la causa del daño corresponde a un evento distinto, el cual deviene, precisamente, en la verdadera causa del daño, que han sido mal llamadas «supuestos de ruptura del nexo causal».

## 1. TEORÍA TOTALIZADORA: TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE CONDICIONES (*CONDITIO SINE QUA NON*)

La teoría de la equivalencia de condiciones fue propuesta por Maximiliano Von Buri en 1860. Según esta proposición, será considerado como hecho generador de un daño el conjunto de eventos vinculados en la producción del mismo: todos los hechos que han intervenido en la producción del resultado dañoso son relevantes y se les asigna el mismo valor en la producción del resultado.

En términos más simples, se trata de responder a la pregunta: ¿es cierto que, sin el hecho en cuestión, el daño no se habría producido? De este modo, se afirma que cada condición es causa de las otras y el conjunto de todas ellas determina el evento causal.

En consecuencia, dada la indivisibilidad material del resultado, el daño es resultado de todas ellas, por lo que para la atribución del resultado dañoso a un individuo resulta suficiente que este haya generado cualquiera de las condiciones intervinientes en la producción del mismo.

La crítica que se realiza a esta teoría es que no puede atribuirse a todas las condiciones intervinientes en la producción del daño evento la misma equivalencia, pues si bien la vida es una concatenación de hechos, no todos se presentan en la producción de un resultado con igual importancia. Producido un daño, la causa no puede ser cualquiera de los hechos intervinientes, debiéndose diferenciar aquellos hechos que son meras condiciones (circunstanciales) de aquel o aquellos que puedan tener la singularidad más importante en la producción del resultado.

Por ello, frente a esta teoría se formulan otras que serán denominadas como «individualizadoras», las cuales serán expuestas a continuación.

## **2. TEORÍAS INDIVIDUALIZADORAS**

Según el enfoque de estas teorías, no se puede pretender que todas las condiciones que concurren en la generación de un daño puedan ser consideradas como causa del mismo, porque finalmente cualquier evento podría ser un hecho generador de responsabilidad civil. En ese sentido, se debe proceder a escoger, dentro de todos los hechos que han intervenido en la producción del daño, uno o más y elevarlos a la categoría de causa o concausa del daño.

Bajo esta perspectiva, se ha planteado en la doctrina comparada, entre otras, cuatro teorías individualizadoras que merecen ser destacas: la teoría de la causa próxima, la teoría de la causa eficiente, la teoría de la causa preponderante y la teoría de la causa adecuada.

## 2.1. La teoría de la causa próxima

Esta teoría fue propuesta por Francis Bacon en su *Maxims of Laws* en el siglo XVI. Para esta teoría, la causa próxima es considerada la causa inmediata a la última acción, eligiéndose un criterio de temporalidad para elegir la condición que ha de elevarse a la categoría de causa del daño.

Por ende, existirá una relación causa efecto si el hecho ha precedido inmediatamente a la generación del daño evento; es decir, aquel hecho que en tiempo y espacio sea más cercano a la producción del daño.

Ahora bien, ¿qué problema presenta esta perspectiva? La utilización de la teoría de la causa próxima presenta graves problemas lógicos en la atribución de resultados dañosos resarcibles, si entramos a analizar, por ejemplo, la distinción que se plantea entre daños actuales y daños futuros. Los daños actuales, se dice, son aquellos que se encuentran conectados, bajo una relación de causalidad próxima, con un determinado hecho generador. A su turno, los daños futuros serán aquellos que se presentan lejanos temporalmente respecto del hecho generador.

Bajo la aplicación de esta teoría, en los daños futuros no se configuraría la relación de causalidad, precisamente por encontrarse alejados, temporalmente hablando, del hecho generador, razón por la cual se llega al resultado de que no serían resarcibles. Esta limitación demuestra su insuficiencia y, por ende, la necesidad de no restringir el análisis causal a esta teoría en particular.

## 2.2. La teoría de la causa eficiente

En esta teoría, para descubrir la condición que merezca ser ascendida a la categoría de causa de un resultado, hay que atender a aquel evento de más considerable eficiencia, medido en términos cualitativos, es decir, por su calidad intrínseca en la producción del desenlace según el curso normal de los sucesos.

Para graficar esta teoría, Goldenberg da cuenta de la tesis desarrollada por Kohler, quien diferencia entre «condiciones estáticas», «condiciones

dinámicas» y «fuerza impulsora» causal, y en donde las dos primeras serían reputadas meras «condiciones» y la última la verdadera «causa del resultado». Para ello recurre al ejemplo de la siembra de la semilla, que es la que tiene la condición intrínseca para producir el fruto, sin perjuicio de la intervención de otras condiciones como el tipo de suelo o el entorno estacional (Goldenberg, 1989, p. 28). Otro ejemplo es el de un incendio en donde interviene un sujeto aportando los fósforos y otro prendiendo el material inflamable. Según esta teoría, sería reputado causante del daño la persona que suministró los fósforos, pues son estos los que tienen la cualidad intrínseca de generar fuego.

Menciona también Goldenberg, dentro de esta teoría, entre otros, a Stoppato, quién distinguió tres supuestos intervinientes en un análisis causal de causa eficiente: (i) la causa, que es el antecedente generador de un resultado; (ii) la condición, que es aquel elemento que solo facilita la producción del resultado; y (iii) la ocasión, que constituye un hecho que solo se presenta circunstancialmente en la producción del resultado.

### **2.3. La teoría de la causa preponderante**

En cambio, en la teoría de la causa preponderante, la condición causal de un resultado (causa) será aquella condición que sea más activa en la producción del resultado, es decir, medida en términos cuantitativos. En este sentido, será reputada causa del daño aquel acto que incida con mayor peso en la consecución del resultado.

En el mismo ejemplo del incendio empleado en el numeral anterior, bajo la teoría de la causa preponderante, se arribaría a un resultado totalmente diverso: sería la persona que prendió con los fósforos el material inflamable quién sería el causante del daño, pues es él quien tiene mayor incidencia, cuantitativamente hablando, en la producción del daño (Alterini, 1987, pp. 148-149).

## 2.4. La teoría de la causa adecuada

Finalmente, debemos prestar atención, especialmente, a la teoría de la causalidad adecuada toda vez que esta ha sido consagrada por el legislador peruano como la teoría de causalidad aplicable a la responsabilidad civil.

Lo previamente indicado se desprende de lo regulado en materia de responsabilidad extracontractual en el artículo 1985 del Código Civil peruano: «La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño».

Según esta teoría ha de existir una relación de causalidad entre un daño y el hecho generador, cuando aquel es consecuencia lógica y necesaria del hecho que lo produjo.

Ello significa que, de las diversas condiciones que intervienen en la producción de un resultado, habría que ascender a la categoría de «causa» a aquella que sea la más idónea en la producción del mismo, atendiendo a los criterios de regularidad y normalidad.

Esta teoría es la única que, de alguna manera, ha desarrollado un método para la identificación de la causa adecuada de un daño, a la cual se ha denominado «prognosis póstuma» (véase, Goldenberg, 1989, pp. 32-35), es decir, la realización de un juicio o pronóstico objetivo retrospectivo de probabilidad. Mediante este procedimiento se determina, con carácter *ex post facto*, la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes.

Se trata de un juicio de idoneidad que debe hacerse en abstracto, en el que se prescinda, en el pronóstico retrospectivo, del caso singular y con atención a lo que normalmente sucede en la vida diaria, por lo que, bajo este planteamiento, no hay causalidad del caso singular, dado que se basa en los datos que aporta la experiencia y la repetición de los hechos.

De forma esquemática es posible identificar dos etapas al momento de identificar la causa adecuada de un determinado daño. En primer lugar, se realiza un proceso de selección entre diversas condiciones intervinientes para discernir cuales merecen ser elegidas del caso concreto y colocarlas como presupuesto en el proceso de abstracción o generalización. A esta primera etapa se le denomina del «saber ontológico».

En segundo lugar, luego de haberse seleccionado las condiciones derivadas de los hechos del caso, se debe realizar un proceso de generalización y abstracción en donde corresponde indagar si ellas, según un juicio de normalidad, pueden hacer posible la consecuencia según la naturaleza que rige la producción del fenómeno. A esta segunda etapa se le denomina del «saber gnoseológico».

Un sistema de causalidad adecuada sirve siempre entonces a una prevención general: lo que se quiere no es investigar el caso concreto, sino analizar en abstracto lo que normalmente puede ocasionar un daño, para así desincentivar ciertas conductas.

De este modo, si se piensa, por ejemplo, en el caso de cáncer por consumo de tabaco, en donde una persona consume tabaco en exceso, la pregunta a formularse es la siguiente: ¿normalmente se puede sufrir cáncer al pulmón si se fuma en exceso? La respuesta será afirmativa, pues uno sabe que si uno consume muchos cigarrillos podría llegar a tener cáncer en función de los datos de la experiencia. Situación distinta se presentó en el primer caso de cáncer por consumo de tabaco, ya que en este escenario no podía existir causalidad adecuada, toda vez que es imposible realizar un análisis de normalidad respecto de una situación singular, es decir, en aquellos eventos que se presentan por primera vez.

Otro ejemplo de causalidad adecuada se presenta en el arrendamiento de un inmueble con sótano. Si uno arrienda un inmueble de este tipo, es razonable que existan luces para bajar al sótano. Si no las hay y aparece el arrendatario desnucado, en un análisis de razonabilidad abstracta, resulta razonable concluir que la falta de luz es la causa probable (en sentido de

razonabilidad abstracta) del daño, y ello, de forma independiente de que el arrendatario fuera ciego.

Se dice también, que al ser esta teoría la más lograda en términos de evaluación de hechos, y que permite pasar de lo individual a lo abstracto, es la que más «resulta acorde para el juzgamiento de los casos concretos» (Compagnucci de Caso, 1984, p. 53).

### **3. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD**

En lo que concierne a la carga de la prueba de la relación de causalidad, debe indicarse que esta recae sobre de la víctima, que es quien formula una hipótesis de relación de causalidad, la cual debe ser corroborada con los medios probatorios suficientes.

Normalmente, ante la hipótesis de relación de causalidad presentada por la víctima, la persona a la que se le atribuya la condición de causante formulará su propia hipótesis de causalidad, así como los medios probatorios que la sustenten.

Bajo esta perspectiva, si luego de actuados los medios probatorios en el proceso correspondiente, ninguna de las dos hipótesis de causalidad se ha probado fehacientemente, bajo los criterios de abstracción, generalización y razonabilidad, entonces no debe surgir en el demandado la obligación de pagar un resarcimiento, ya que no se habría probado la relación de causalidad.

Así las cosas, con relación a la causalidad adecuada es posible diferenciar dos tipos especiales de daños: daños directos, que serán aquellos en los que se guarda causalidad adecuada con el hecho generador invocado; y daños indirectos, que serán aquellos que no guardan relación adecuada con el hecho generador invocado.

En consecuencia, los daños indirectos, respecto de los cuales no pueda probarse la relación de causalidad adecuada, serán considerados como daños hipotéticos o eventuales y, respecto de estos, no procederá el pago de ningún resarcimiento.

#### **4. SUPUESTOS DE DETERMINACIÓN DE LA VERDADERA CAUSA DEL DAÑO: CASO FORTUITO, FUERZA MAYOR, HECHO DETERMINANTE DE TERCERO Y HECHO DE LA PROPIA VÍCTIMA**

Al momento de realizar el análisis de relación de causalidad, tal y como se ha explicado previamente, la víctima formulará su hipótesis de relación de causalidad, frente a la cual la persona que es sindicada como causante formulará su propia hipótesis de causalidad (hipótesis de causalidad alternativa), la cual puede consistir en señalar que el evento causal es uno ajeno a la voluntad de los intervinientes.

En ese escenario, si no se logra acreditar la hipótesis de relación causal formulada por la víctima debido a que primó la hipótesis de causalidad alternativa, entonces se afirmará que se está ante un caso de «ruptura del nexo causal».

Dicha afirmación es equívoca, pues en realidad ante el descarte de una «aparente» relación de causalidad, lo que se presenta es el descubrimiento, identificación y determinación de la verdadera causa del daño.

Estas hipótesis se encuentran reguladas en el artículo 1972 del Código Civil peruano, el cual reconoce como hipótesis de ruptura de aparentes nexos causales y determinación de la real causa del daño a las siguientes: caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero y hecho de la propia víctima.

Cabe advertir que, al codificarse los supuestos de ruptura del nexo causal, estos no han sido tratados en forma homogénea en los campos de la responsabilidad por inexecución de obligaciones y en el de la responsabilidad extracontractual. Así, en el primer campo, el artículo 1315 del Código Civil peruano menciona solamente al caso fortuito y a la fuerza mayor, obviando toda referencia al hecho determinante de tercero y al hecho de la propia víctima. Empero, resulta pacífico admitir en la doctrina comparada del *civil law* que entre dichos conceptos existe una relación de «género» a «especie», en donde el «género» lo representaría el concepto del «fortuito» y la «especie» los

supuestos específicos del hecho determinante de tercero y al hecho de la propia víctima, todos formando parte del concepto omnicompreensivo de «*causa no imputable*», tan igual como lo que acontece en el caso de los supuestos de irresponsabilidad, en donde cabe predicarse el «género» de la categoría del «ejercicio regular de un derecho» respecto a la especificidad que representa la categoría de la «legítima defensa» respecto de aquella.

**DAÑOS CAUSADOS POR LA CAÍDA DE ROCAS: ¿UN SUPUESTO DE CASO FORTUITO O CABE ATRIBUIR RESPONSABILIDAD CIVIL?**

La caída de rocas en la Costa Verde, a lo largo de todo el circuito de playas, ha sido un riesgo perpetuo desde hace años. La instalación de geomallas se propuso recién en el 2014 luego que un niño de 3 años quedara en coma luego que una piedra le golpeará el cráneo, pero hasta ahora siguen registrándose casos similares.

[21/6/1995] Muere el periodista Frederic Chappaz, jefe de la agencia de noticias France Press en Lima, al ser impactado por una roca que se desprendió del acantilado de la Costa Verde, tras el temblor de 4,9 grados en la escala de Richter, que sacudió la costa central del país, desde Trujillo hasta Cañete.

[1/3/2002] El joven Carlos Pardo Figueroa, quien se dirigía por el circuito de playas de la Costa Verde a trabajar, perdió la vida a consecuencia del desprendimiento de una roca que impactó en su vehículo.

[7/5/2009] Una enorme piedra cae desde lo alto de un acantilado de Barranco y destroza el techo y el parabrisas del vehículo que conducía Iván Salazar Febres (46), quien queda gravemente herido tras el impacto.

[18/6/2009] Un taxista, Édgar Mas, queda herido por el deslizamiento de piedras en la Costa Verde, a la altura del acantilado de la playa Los Yuyos, en Barranco. Los pasajeros que transportaba resultaron ilesos.

[10/12/2010] Un deslizamiento de rocas en la Costanera, a la altura de la playa Waikiki en el límite de Miraflores y Barranco, ocasiona la volcadura de un auto. El conductor, José Luis Vicuña, salvó la vida gracias al uso del cinturón de seguridad y la bolsa de aire.

[13/11/2011] José Morales Lazo (41), su esposa y sus tres hijos se salvan de morir aplastados por una roca que se desprendió del acantilado de la Costa Verde y que cayó sobre el auto en el que iban. Los hechos ocurrieron a la altura de la playa La Herradura, en Chorrillos.

[1/12/2011] Carla Silva Meléndez (30) fue impactada por una piedra a la altura de la playa Barranquito, en la Costa Verde. La roca de 15 cm. se desprendió, rebotó en la pista e ingresó por la ventana del taxi en el que viajaba. La vendedora ambulante, quien viajaba con su hija de 9 años sufrió un trauma facial con fisura en el cráneo y heridas en el ojo derecho.

[5/3/2012] María Cecilia de Farías fue herida en la Costa Verde, a la altura de la bajada Balta de Miraflores. El carro Kia en el que viajaba fue alcanzado por dos rocas que cayeron sobre el techo del vehículo. Producto del incidente, la conductora sufrió heridas en el brazo. El conductor de un segundo carro, Jorge D'Acuña, sufrió también lesiones por esta misma caída de piedras.

[20/1/2014] El caso del pequeño Tiago se registró esa mañana. El niño que entonces tenía 3 años quedó en estado de coma luego que una piedra le cayera en la cabeza a la altura de la playa Waikiki, en Miraflores. Recién el 19 de febrero abandonó la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) de la clínica Good Hope.

[30/6/2014] José Ricardo Medina Pérez, taxista que viajaba por el circuito de playas de la Costa Verde, fue alcanzado por una piedra de mediano tamaño a la altura de la playa Las Sombrillas, en Barranco.

[24/8/2015] El taxista Javier Melgarejo Rivera, quien trasladaba a una pasajera por la Costa Verde, sufrió heridas en la cabeza por una piedra que se desprendió y destruyó su parabrisas a la altura de Barranco.

[20/1/2016] El más reciente caso involucra a un taxista, Jorge Chu, quien se trasladaba por la bajada de Sucre, en Magdalena. La piedra destruyó su parabrisas, pero el conductor resultó ileso (*El Comercio*, <https://elcomercio.pe/lima/costa-verde-20-anos-heridos-muertos-caida-rocas-264474>. Fecha de consulta: 30/7/2018).

La causa no imputable (que comprende a todos los supuestos de ruptura del nexo causal), para calificar como tal, en virtud de lo establecido en el artículo 1315 del Código Civil, debe cumplir con los siguientes requisitos: ser extraordinaria («extraordinariedad»), imprevisible («imprevisibilidad») e irresistible («irresistibilidad»).

Dichos requisitos no son copulativos. Por el contrario, si entendemos correctamente la extraordinariedad, se postula que la imprevisibilidad es solo un criterio para valorarla. En cambio, la presencia de la irresistibleidad de la causa no imputable se erige como un requisito ineludible.

Cuando se analiza la extraordinariedad, es posible tener una lectura subjetiva u objetiva de la misma. Desde la perspectiva subjetiva, un evento es extraordinario si resulta ser un evento ajeno a la voluntad de un sujeto en tiempo y espacio. En cambio, desde la perspectiva objetiva, lo extraordinario será aquello que constituya un riesgo atípico de la actividad. Con esta segunda noción de extraordinariedad, la referencia a la tipicidad del riesgo hace alusión directa a la previsibilidad como un elemento tipificante de la extraordinariedad, en la medida que todo aquello que resulta típico a una actividad es posible de ser previsto, determinando que el requisito de la imprevisibilidad no pueda ser considerado un requisito autónomo, sino conformante del requisito de la extraordinariedad.

La irresistibleidad implica que para que un evento sea considerado como causa no imputable debe ser tal que contra ella no quepa resistencia alguna, de manera que el caso fortuito o fuerza mayor represente un obstáculo que no puede ser evitado por ningún medio, lo que comúnmente se conoce como «inevitabilidad».

Como puede apreciarse, entonces, los requisitos de la extraordinariedad e irresistibleidad son tipificantes de toda causa no imputable y común a los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero y hecho de la propia víctima.

Se afirma que el caso fortuito constituye el género, denominándolo a veces la doctrina comparada simplemente «fortuito», y se ha llegado

a hacer casi sinónimos las expresiones «caso fortuito» y «fuerza mayor» desde que producen los mismos efectos, siendo la única diferencia, no relevante en términos jurídicos, que el primero califica como un hecho jurídico natural y anónimo (*act of god*), mientras el segundo califica como un hecho jurídico humano involuntario (*prince's act*).

Se concluye por esto que, hoy por hoy, todo evento de causa no imputable, o fortuito en general, debe reunir las características de ser extraordinario—apreciado desde el punto de vista objetivo— e irresistible; y ello sin perjuicio de que las partes puedan pactar—en el ámbito de la responsabilidad por inexecución de obligaciones— la posibilidad de que la extraordinariedad pueda ser evaluada empleando criterios subjetivos.

Las características que singularizan los otros supuestos de causa no imputable, diferentes al caso fortuito y la fuerza mayor, son bastante específicas. En primer lugar, respecto al hecho determinante de tercero, pueden afirmarse las siguientes: la primera de ellas es el uso del vocablo «determinante», el cual pretende resaltar justamente que se trata de un supuesto de ruptura de una «aparente» relación causal, dado que corresponde en realidad a la actuación causalmente imputable a un tercero y no al «presunto» causante, de manera tal que es a él y solo a él en donde se comprueba la real relación de causa a efecto. La segunda característica es que no se trata de una imputación causal anónima—como sucede en el caso fortuito—, sino que reconoce como causante a una persona en singular, quién sin embargo es un tercero ajeno a la primera aparente relación causal que se presentó y que vinculaba al presunto causante con el efecto dañoso.

En cambio, en el hecho de la propia víctima, si bien concurren las mismas circunstancias precedentemente explicadas en donde se rompe una «aparente» relación de causalidad, a través de la aplicación del método de análisis causal se llega a comprobar que el verdadero causante del daño es la víctima misma, con lo que no cabe pasar a la segunda etapa de análisis de la responsabilidad civil, desde que «nadie puede ser deudor de sí mismo». Ello ocurre, por ejemplo, en un accidente de tránsito

en donde la apariencia puede indicar que ha sido el conductor de un vehículo el causante del daño, desde que la víctima aparece debajo de las llantas del automóvil, determinándose sin embargo después, luego de aplicar el método de análisis causal de la «causa adecuada» que se trató de un suicida —la propia víctima— quién se arrojó a las ruedas del vehículo cuando este pasaba junto a él.

Cabe advertir así mismo la existencia de dos graves errores metodológicos en los que ha incurrido el Código Civil peruano de 1984 al regular los supuestos de ruptura del nexo causal. El primero de ellos es el artículo 1972 del Código Civil peruano que enuncia que «*en los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho, determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño*» —repárese en lo resaltado en cursiva—.

El primer error metodológico se aprecia al intentar vincularse exclusivamente los supuestos de ruptura del nexo causal a la responsabilidad objetiva regulada en el artículo 1970 del Código Civil. Si bien la intención del legislador fue el de poner énfasis en que aún en los casos de responsabilidad objetiva la responsabilidad no es absoluta, sino relativa, por lo que un sujeto que realiza una actividad riesgosa cabe ser reputado «no causante» cuando medie una causa no imputable, lo cierto es que permite interpretar dicha referencia en el sentido que estos supuestos de ruptura del nexo causal solo se aplican a la responsabilidad objetiva, lo que es metodológicamente incorrecto e inaceptable desde que, como ya se ha visto, el método de análisis de la responsabilidad civil obliga a que primero se analice el plano causal del daño y luego, recién, se pase al plano de la imputabilidad, por lo que en el plano causal no puede hablarse propiamente de «autor» o «responsable» del daño, sino únicamente de «causante».

El segundo error metodológico se identifica en el supuesto de hecho de la propia víctima, en donde el artículo 1972 del Código Civil peruano emplea la referencia «imprudencia de quien padece el daño»,

confundiendo nuevamente los planos de la causalidad material y el de la imputabilidad. En el plano causal no se analiza el problema de la culpa o de cualquier otro criterio de imputabilidad, que es propio de la segunda etapa de aplicación del método de análisis de la responsabilidad civil. En esto, el Código Civil peruano de 1984 enmendó —y mal— la terminología que ya empleaba el Código Civil peruano de 1936, el cual, en su artículo 1141 hacía referencia solamente al «hecho de la víctima».

## 5. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es la importancia de la relación de causalidad en el método de análisis de la responsabilidad civil?
2. ¿En qué consiste la teoría causal de la equivalencia de condiciones?
3. ¿En qué consiste la teoría causal de la causa próxima?
4. ¿En qué consiste la teoría causal de la causa eficiente?
5. ¿En qué consiste la teoría causal de la causa preponderante?
6. ¿Cuál es la teoría de causalidad reconocida en la responsabilidad civil en el ordenamiento peruano?
7. ¿Cuáles son los supuestos de determinación de la verdadera causa del daño?
8. ¿Cuáles son los requisitos de la causa no imputable?

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 8

### LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En este capítulo se analizará la segunda etapa del método de análisis de la responsabilidad civil, en específico, el elemento correspondiente a los criterios de imputación, es decir, al justificativo teórico del traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable.

En el Código Civil, los criterios de imputación se encuentran acogidos, con carácter general, en la regulación de la responsabilidad extracontractual, en dos cláusulas generales interpretativas, de igual valor, como son los artículos 1969 (responsabilidad por culpa) y 1970 (responsabilidad por riesgo).

Bajo esta premisa, en el presente capítulo se expondrá tanto la perspectiva tradicional que se tiene respecto de los criterios de imputación, así como una propuesta para la interpretación de una forma económicamente eficiente y justa de los alcances de los criterios de imputación en el ordenamiento peruano.

#### **1. LA APROXIMACIÓN TRADICIONAL A LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA: LA CULPA**

En las sociedades occidentales constituye un problema el entendimiento de la noción de culpa, ya que no ha tenido el mismo contenido a lo largo del tiempo, como se advierte si se compara la evolución de esta noción desde una sociedad preindustrial a una sociedad industrial.

Tradicionalmente la culpa ha sido definida como el quebrantamiento del deber jurídico de previsión. Esta definición ha traído como consecuencia que la culpa haya sido generalmente entendida como un concepto antitético al de diligencia, que exige a los sujetos obrar con precaución o previsión y, en consecuencia, la culpa consistiría en una actuación contraria a ello.

Pero en verdad, la culpa entendida como el quebrantamiento del deber jurídico de previsión permite afirmar, como bien nos lo recuerda Trigo Represas (1978, pp. 25-26), dos clases de culpas. Por un lado, la «culpa-negligencia», que va a ser el área más extendida de la culpa, en donde esta va a ser entendida como una culpa por omisión, es decir, en donde «el sujeto omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso». Dicho en otras palabras, el sujeto «hace menos de lo que debe».

#### **MAL DIAGNÓSTICO MÉDICO: ¿CULPA NEGLIGENCIA?**

El hermano mayor de los autores de la deflagración en la clínica Ricardo Palma, Percy Benítez, salió al frente y rechazó el acto cometido por sus parientes Claudia Rocío Benites Aguirre y Lenin Alexander Benites Aguirre. Pero, también, expresó su incomodidad por la presunta negligencia que habría cometido el centro médico con su madre Victoria Aguirre Oviedo, hace cinco años.

Percy Benítez explicó que, en agosto del 2014, Indecopi le colocó a la clínica Ricardo Palma una multa de 90 UIT por la negligencia cometida contra su madre.

El caso y las multas

El hermano mayor dio detalles que la multa de 25 UIT fue por una información no adecuada en los estudios que se le realizó a su madre al determinar su enfermedad, 30 UIT porque no le dieron el tratamiento de hipertensión endocraneana y 35 UIT porque no estuvo el anestesiólogo cuando la paciente salió de cuidados intensivos.

Asimismo, expresó su indignación con la justicia, debido a que, ante las pruebas de la presunta negligencia, el caso fue prescrito por la fiscal Elizabeth Figueroa Cortez, quien tuvo los documentos aproximadamente casi cinco años.

El hermano de los autores de este crimen indicó que la fiscal había recibido el orden de la fiscalía superior en que los documentos sean elevados al 2do juzgado, pero al tenerlos tanto tiempo en sus manos, el delito penal prescribió.

«La clínica acudió al Poder Judicial y estos documentos (SuSalud e Indecopi) se presentaron a través de la 41 fiscalía provincial de Lima que debieron elevarse al 2do juzgado para que estos señores sean juzgados penalmente, pero la fiscal Elizabeth Figueroa Cortez lo llevó a destiempo y prescribió en lo penal el delito», indicó (*Peru21*, <https://peru21.pe/lima/clinica-ricardo-palma-caso-negligencia-provoco-venganza-hermanos-video-416800>. Fecha de consulta: 30/7/2018).

De otro lado, está la «culpa-imprudencia» o «impericia», que tiene un campo menor de aplicación —cuantitativamente hablando— y que implica la falta de previsión por una acción. En otras palabras, aquí el sujeto «hace más de lo que debe» y, por lo tanto, comete el error de creer que podía dominar una situación. Se trata de una culpa por acción: «el sujeto obra sin prever las consecuencias de su acción».

**OPERACIÓN QUIRÚRGICA DE CESÁREA QUE TERMINA EN UNA COLOSTOMÍA: ¿CULPA NEGLIGENCIA O CULPA IMPRUDENCIA?**

Una mujer de 27 años que dio a luz el pasado 26 de abril en el Hospital de Emergencias Villa El Salvador, denuncia haber sido víctima de una negligencia médica, informó América TV.

En esa oportunidad, Zarelli García Anco (27) sugirió ser sometida a una cesárea, sin embargo, los médicos le dijeron que estaba apta para dar a luz por parto natural. Durante el alumbramiento, sintió un corte y horas después, le informaron que le practicaron una colostomía.

Es preciso señalar que esta operación consiste en unir el colon a la pared del abdomen como consecuencia de un acto quirúrgico, para tratar el cáncer de este órgano. Por ello, la mujer denuncia una total irresponsabilidad de los médicos (*Peru21*, <https://peru21.pe/lima/villa-salvador-mujer-acude-hospital-dar-luz-le-practican-colostomia-fotos-video-408054?foto=5>).

Fecha de consulta: 30/7/2018).

La evolución del contenido de la culpa advierte que esta noción ha partido de un concepto ético-psicológico para evolucionar hacia un concepto social y normativo, y finalmente anclarse en un concepto de justicia económica.

Tenemos entonces, en primer lugar, a la culpa que se define por un aspecto psicológico: «un defecto de la voluntad que impide la diligencia necesaria en las relaciones humanas y por eso hace que se opere de forma imprudente (*culpa*) o que se omitan las cautelas que se tenían que adoptar (*negligentia*)» (Corsaro, 2001, p. 147); esto es, «un error de conducta» (Mazeaud & Tunc, 1962, tomo primero, volumen II, pp. 52, 85) o la falta de «idoneidad psíquica de la persona para comprender la relevancia social negativa de las propias acciones» (Bianca, 1994, tomo V, p. 657), con lo cual se incluye a la imputabilidad como elemento psicológico de la culpa. Este extremo se ve complementado por un aspecto ético: un

juicio de «reprobabilidad del comportamiento» (Salvi, 1998, p. 12) del sujeto, quien, debiendo prever las consecuencias de su acción, no lo hace.

Repárese en que la culpa ética es un complemento del contenido de la culpa psicológica y que, si bien se centra en un juicio de reprobabilidad de la conducta, no prescinde del componente psicológico de la culpa. Consecuentemente, el componente ético de la culpa amplía su contenido, acoge el criterio psicológico y pone énfasis en la reprobabilidad.

Ahora bien, la culpa ética-psicológica no deja de ser una aproximación intuitiva de análisis, que se realiza a través de una evaluación *in concreto*. ¿Qué significa analizar la culpa *in concreto* en una situación dada? Significa que para asignar responsabilidad a un sujeto se deben analizar tres circunstancias: las condiciones personales del sujeto, el tiempo en que se desarrolla la acción y el lugar en donde se desarrolla la conducta.

Luego, ya con los albores de la industrialización y con la irrupción en escena del riesgo como nuevo criterio de imputación, la culpa varía de contenido, para pasar a hacer alusión a una noción de culpa social, construida bajo términos de apreciación general y con referencia a un parámetro general de conducta, lo que significa, en la práctica, un cambio en el análisis de la culpa, que pasa de ser evaluada *in concreto* a ser evaluada *in abstracto*.

El Código Civil peruano, en sede de responsabilidad por inexecución de obligaciones, alude expresamente a la evaluación de la culpa en términos *in concreto*, y no a una culpa *in abstracto*, tal y como se aprecia en el artículo 1320 Código Civil, que establece lo siguiente: «Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

Para un sector de la doctrina nacional, al ser esta una disposición normativa expresa que regula la culpa *in concreto* en la responsabilidad por inexecución de obligaciones, la valoración de la culpa en la responsabilidad extracontractual ante la ausencia de una disposición expresa debe realizarse *in abstracto*, lo que puede resultar discutible, toda

vez que el acogimiento de la valoración de la culpa *in abstracto* debiera ser de naturaleza normativa: debe existir una norma que la acoja como tal.

## 2. LA APROXIMACIÓN TRADICIONAL A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA: EL RIESGO

Como se mencionó en el punto anterior, la culpa ética-psicológica es propia de la etapa preindustrial. Este tipo de culpa —que analiza la conducta humana y agrega un juicio de reprochabilidad— resulta eficiente en esta etapa porque los peligros de vivir en sociedad son menores.

Producto de la industrialización va a surgir un nuevo criterio de imputación denominado «riesgo», el cual, desde su propia concepción etimológica, significa contingencia o proximidad de un daño o peligro. La irrupción de este nuevo criterio de imputación responde a una constatación elemental: el maquinismo introduce nuevas cuestiones operativas que reemplazan a la función manual y, por lo tanto, se producen automatismos que introducen en la vida humana un mayor grado de peligrosidad.

Inicialmente, se admite una sinonimia entre los conceptos de riesgo y peligro, dado que, si riesgo es la proximidad o contingencia de un daño, en consecuencia, estamos ante la creación de un estado de peligro, por lo que peligro cabe ser entendido como la proximidad de un daño. Por eso se van a encontrar explicaciones —en referencia al artículo 1970 del Código Civil— en donde se hace referencia a la categoría de bienes riesgosos o peligrosos y de actividades riesgosas o peligrosas, afirmándose que se trata de una repetición de adjetivos calificativos que buscaban reforzar el carácter de lo que significa lo riesgoso (De Trazegnies, 1988, tomo I, p. 158), para abarcar tanto a las «cosas peligrosas» como a las «actividades riesgosas», olvidando que «no se puede hablar de cosas peligrosas *in sé*, sino solo de cosas peligrosas *sub modo*», por lo que cabe concluirse que «la responsabilidad se conecta no tanto a la cosa sino a la actividad que con ella viene desenvuelta» (Trimarchi, 1961, p. 216).

Sin embargo, es necesario señalar, a grandes rasgos, el diferente entendimiento evolutivo que ha tenido el concepto «riesgo» en la aplicación de la responsabilidad civil.

En primer lugar, podemos mencionar la noción de riesgo creado, según la cual hay actividades humanas que en su desarrollo crean riesgos adicionales al simple hecho de vivir en sociedad. Aquí se mencionan dos tipos de riesgos que pueden presentarse: el «simple riesgo», el cual se refiere a actividades humanas que crean una concentración de peligro «adicional al simple hecho de vivir en común»; y el «riesgo anormal», a partir del cual se da una mayor concentración de peligro derivado de la actividad humana, pero en donde esta mayor concentración de peligro está causalmente vinculada a dos circunstancias, no necesariamente copulativas: que la actividad no se haya realizado en el lugar adecuado o que la actividad no sea considerada valiosa para la sociedad (De Trazegnies, 1988, tomo I, p. 159).

Sin embargo, ello no debe inducirnos a pensar que existan actividades y bienes que concentren peligro per se, o que se puede postular con validez la existencia de una categoría de «bienes riesgosos». Cuando nos referimos a la categoría de bienes riesgosos, la primera advertencia que se hace es que se emplea el término «bien» como sinónimo de «cosa». Hablar de bienes peligrosos, implica referirse a cosas peligrosas. No obstante, la existencia de una categoría de cosas que contengan en sí mismas un peligro es falsa, porque las cosas solo pueden ser peligrosas cuando son manipuladas por el hombre.

En realidad, entonces, lo que existen son «actividades peligrosas», en las cuales se alude, tal y como precisa Trimarchi en Italia, a la idea de «una cierta concentración del riesgo en el tiempo y en el espacio» (1961, p. 214), vinculada a actividades humanas, de manera tal que el riesgo pueda ser calculable y traducible en costo, a través de las características de la continuidad, repetición y organización de actos.

Por último, cabe señalar que existen ciertas actividades humanas en donde la concentración de peligro, por excepción, es tal que absorbe

cualquier contingencia causal, por lo que solo cabe hablar de una responsabilidad absoluta. A esta categoría se le denomina como «ultra riesgo», tal como sucede en las actividades de manipulación de energía nuclear o, inclusive, en las actividades circenses de esparcimiento.

En segundo lugar, se plantea una nueva acepción de riesgo, conocida como «riesgo beneficio», la cual va a intentar darle un contenido ético al concepto, a la par de lo que era la culpa ética. Este contenido de eticidad está referido a la circunstancia y justificación del porqué un sujeto debe responder por la concentración de peligro que ha creado, el cual no se encontraría por la simple constatación objetiva de este riesgo creado, sino a través del beneficio que le otorga al sujeto la actividad riesgosa que realiza: por esa actividad que realiza y que ha creado el peligro, el agente ha obtenido un provecho o beneficio. Entonces, para que alguien responda, no basta con que exista el riesgo creado: se responde porque a través de la actividad que crea un peligro se obtiene un beneficio (*cuius commoda et incomoda*), imponiéndose una base ética al concepto de riesgo.

En tercer lugar, se encuentra la noción de riesgo de empresa, desarrollada principalmente por el profesor Trimarchi (1961, pp. 43-44), la cual se basa en un análisis económico del concepto, a partir del cual se afirma que es necesario diferenciar las actividades de empresa, típicamente «económicas» y propias de la industrialización, de las actividades «biológicas». Ambas son actividades que realiza el hombre, pero las actividades biológicas vendrían a ser actividades en las que interviene cualquier sujeto a través de actos aislados, es decir, se constata una «multiplicidad de actos dispares y no organizados», en donde no existen condiciones generales de riesgo. De modo que, al ser actividades aisladas y no organizadas, la responsabilidad por culpa individual aparece como suficiente.

Es entonces dentro de las actividades de empresa en donde la responsabilidad objetiva cumple su función, al presentar dos características fundamentales: organización y continuidad. Por esto serán

definidas como actividades económicas que concentran, con carácter de generalidad, un peligro.

Finalmente, en la segunda mitad del siglo XX, se introduce una cuarta teoría para explicar una noción de responsabilidad objetiva que pretende diferenciarse del riesgo, denominada por el profesor italiano Comporti (1965) como «exposición al peligro». Esta posición plantea una diferencia entre lo que es el concepto de riesgo y el concepto de peligro. El autor indica que hablar de riesgo como concepto siempre se refiere a un fenómeno subjetivo porque está referido, anclado, en el comportamiento humano, de donde se deduce que la responsabilidad resultaría siendo no objetiva, sino subjetiva. Si el riesgo está unido a «actividades humanas», es en última instancia el comportamiento de los sujetos el que lo genera, por lo que se termina regresando a una noción de culpa que siempre debe analizar el comportamiento humano.

Por el contrario, el peligro es un resultado, es la exposición a la cual queda la víctima por una actividad desarrollada por un sujeto. Es, en palabras de Comporti, «amenaza notable de daño a terceros, grave probabilidad de lesión, derivada de una determinada actividad, o de un determinado comportamiento o situación. Es una noción esencialmente objetiva» (1965, pp. 169-170). Con el peligro, entonces, se analiza la relación que media entre el sujeto que causa el riesgo y el sujeto que efectivamente lo sufre porque ha quedado expuesto al resultado del riesgo; de allí que si se quiere afirmar una verdadera responsabilidad objetiva hay que atenerse al resultado de la conducta y no a la conducta en sí desarrollada: la exposición al peligro al que queda expuesto la víctima.

Luego de la revisión de las diferentes posiciones relativas al riesgo y al peligro, se puede concluir que cualquiera de las teorías expuestas sigue representando, como señala el profesor Castronovo, «teorías [...] empapadas de una tensión irresoluta entre la intuición correcta de la realidad y la incapacidad de formalizarla jurídicamente sin caer en la contradicción» (1997, p. 73).

**EL RIESGO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL:  
¿BIEN RIESGOSO? ¿ACTIVIDAD RIESGOSA? ¿RESPONSABILIDAD  
OBJETIVA? ¿RESPONSABILIDAD SUBJETIVA?**

La noción de riesgo creado alude a la idea de que todos los bienes que se utilizan en la vida moderna para la satisfacción de las necesidades suponen un riesgo común u ordinario; empero, también hay actividades que suponen un riesgo adicional, como es el caso de los vehículos automotores, para lo cual no es necesario examinar la culpabilidad del autor, pues bastará con acreditarse el daño causado, la relación de causalidad y que se ha tratado de un daño producido mediante un bien o actividad riesgosa (Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente 0001-2005-PI/TC).

Con la finalidad de dar criterios más certeros a fin de establecer el carácter subjetivo u objetivo de la responsabilidad en un caso concreto, en el punto 4 de este capítulo postularemos una guía que permita orientar la actividad del intérprete.

### **3. LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SEGÚN GUIDO CALABRESI**

No puede ser soslayado dentro del estudio de la responsabilidad civil el aporte que ha realizado el análisis económico del derecho, sobre todo el de haber aportado pautas claras para borrar esa aproximación intuitiva a la realidad de la que hablaba el profesor Castronovo.

De allí que, desde la economía del bienestar, los aportes de Guido Calabresi se consideren fundamentales. Para este, la premisa para establecer una serie de pautas para identificar la procedencia de un criterio de imputación subjetivo u objetivo es el entendimiento de las funciones de la responsabilidad civil, dentro de las cuales, la justicia y la reducción del coste de los accidentes resultan ser dos ejes centrales. De allí que,

según este autor, se puede hablar de tres funciones básicas de un sistema de responsabilidad extracontractual (Calabresi, 1984, pp. 44-46).

### 3.1. Reducción de costes primarios

Todo sistema de responsabilidad debe servir para desincentivar actividades que aumenten el número o la gravedad de los accidentes (*deterrence*). Se parte de la premisa de que no todo accidente debe ser evitado, pues hay ciertas actividades que generan beneficios deseables para la sociedad y que superan el costo social que dichas actividades imponen a los demás.

La función de reducción de los costes primarios utiliza por esto, principalmente, una técnica de prevención general, que se materializa al internalizar dichos costes en el sujeto que está en la mejor capacidad de prevenirlo y, por ende, evitarlo. Se consigue así que el sujeto adopte una medida de prevención, si es que el costo de esta medida es menor al costo de la indemnización de daños. El razonamiento que subyace en esta primera función es que al hacer recaer la indemnización de daños en el sujeto que está en mejor posición de prevenirlos, se logra que el llamado a responder asuma los costos económicos del accidente, con lo que aquel recibe incentivos para tomar precauciones que eviten el accidente, pues el costo de internalizar la prevención será menor que el costo de la reparación del daño. Esto se grafica en la expresión «internalizar externalidades». Se afirma que esta es la función esencial de la responsabilidad civil: la prevención de daños.

### 3.2. Reducción de costes secundarios

Un sistema de responsabilidad civil eficiente no solo busca prevenir las ocasiones de daño sino también, cuando el daño ya se produjo, compensar a las víctimas en la medida de lo posible. En la responsabilidad civil esta función es secundaria porque existe una relación de subordinación de esta función con relación a la primera.

Repárese que en esta función ya no interesa la disminución del número y gravedad de los accidentes, pues estos ya se produjeron,

sino la reducción de los costos sociales derivados de los accidentes ya acaecidos. Empero, esta «compensación sólo tiene socialmente sentido si aquél llamado a compensar está en mejor situación que la víctima para enfrentar el costo del daño» (Bullard, 2003, p. 526). Por esto, bajo esta perspectiva, se afirman criterios de distribución social de los costes del daño, tales como el sistema de seguros o el sistema de precios. Se cuestiona en cambio que pueda ser una solución alternativa el atribuir el coste a la parte cuya solvencia económica le permita soportar el daño con menor sacrificio, conocido como la «teoría del bolsillo profundo» o *deep pocket*.

### 3.3. Reducción de costes terciarios

Bajo esta función se persigue la reducción de los costes administrativos del propio funcionamiento del sistema de responsabilidad civil. Como indica Bullard, «no tiene sentido desarrollar un sistema de responsabilidad civil cuyo costo de implementación sea superior a los beneficios que genera al resto de la sociedad» (2003, p. 527).

Se alude con ello a los costos operativos del manejo del sistema de administración de justicia o a la ineficiencia del manejo del propio sistema, que genera mayores costes económicos a los usuarios de la administración de justicia. Son también costes terciarios aquellos que se generan por una falta de predictibilidad del sistema de administración de justicia o por los índices de corrupción de este.

Veamos, ahora, la aplicación de esta lógica económica en el establecimiento de un criterio interpretativo para definir en qué casos nos encontramos ante una responsabilidad subjetiva y en qué otros nos encontramos ante una responsabilidad objetiva.

#### 4. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN A TRAVÉS DE LAS CAPACIDADES DE PREVENCIÓN. PROPUESTA

En principio, es vital reconocer que toda actividad humana siempre conlleva ínsitas capacidades de prevención, ya que toda actividad humana genera resultados y, si los daños están vinculados al resultado de una conducta, entonces se debe cuidar la forma de actuar para evitar daños.

Lo indicado permite disociar la responsabilidad por culpa de la falta de prevención, ya que nada impediría que en el ámbito de la responsabilidad objetiva también se analice las capacidades de prevención, en la medida en que se encuentra una actividad humana de por medio. Esto ya fue advertido por Posner, quien observaba con agudeza que constituye «un error separar en forma absoluta a la negligencia y la responsabilidad estricta» (2013, p. 293).

Así las cosas, en el marco de dos sujetos involucrados (responsable-víctima) se pueden identificar dos supuestos diferenciados: (i) capacidades de prevención unilaterales, en donde solo uno de los sujetos está en capacidad de adoptar medidas de prevención; y (ii) capacidades de prevención bilaterales, en donde ambos sujetos de la relación de responsabilidad se encuentran en capacidad de asumir medidas de prevención.

En atención a la función de reducción de costos primarios y ante la necesidad de que la responsabilidad civil cumpla una función preventiva, de modo que se coloque el peso económico del daño en aquella persona que se encuentra en mejor aptitud de evitarlo, es posible formular los siguientes criterios:

- Si las capacidades de prevención son unilaterales, entonces es más eficiente que la responsabilidad civil sea de carácter objetivo.
- Si las capacidades de prevención son bilaterales, entonces es más eficiente que la responsabilidad civil sea de carácter subjetivo.

Sin embargo, lo apenas indicado no debe entenderse como una regla que constituya una verdad matemática. Y es que, en un escenario de

capacidades de prevención unilaterales, en donde el agente no controla aún el estado de la técnica, podrá ser considerado como eficiente la aplicación de un criterio de imputación subjetivo, ya que con ello se permitiría el desarrollo de la industria.

En otros términos, si nos encontramos frente a un caso de prevención unilateral, se debe evaluar, en primer lugar, el estado del desarrollo tecnológico de la actividad en una sociedad dada.

Si no se ha alcanzado un desarrollo óptimo de la actividad, se deben aplicar las reglas de la responsabilidad subjetiva, a nivel de incentivación y aún en casos de prevención unilateral. Repárese que esto no producirá ninguna ineficiencia a nivel de prevención, pues lo que el sujeto que desarrolle la actividad «ahorre» en costos de reparación, será invertido en el desarrollo de la actividad, a fin de obtener un producto más seguro, toda vez que el agente económico desea preservar su capital de trabajo. En cambio, si se ha alcanzado ya un desarrollo óptimo de la actividad, a partir de este momento, la única regla eficiente de responsabilidad será la regla de la responsabilidad objetiva.

Al aplicarse lo expuesto a la realidad normativa peruana, según la cual se regula una responsabilidad subjetiva en el artículo 1969 y una responsabilidad objetiva en el artículo 1970, es posible sostener que, por un lado, el contenido de la culpa a que se refiere el art. 1969 debe ser evaluado en términos de análisis de las capacidades de prevención de los sujetos; esto es, en términos económicos, contrastados con la necesidad de incentivar el desarrollo de la tecnología en actividades que así lo requieran. Se trata entonces de darle un contenido «económico» a la noción de culpa y entender que la función distributiva de la responsabilidad civil cumple esencialmente un rol de prevención específica.

Por esto, un problema de atribución de responsabilidad debe ser afrontado con dos pasos sucesivos de análisis, que decidirán el criterio de imputación a aplicarse: primero se identifican las capacidades de prevención de los sujetos; si se presenta un supuesto de prevención bilateral, deberá aplicarse sin más el art. 1969 del Código Civil; si se identifica un

supuesto de prevención unilateral, deberá pasarse a un siguiente paso de análisis. Segundo, identificado un supuesto de prevención unilateral, deberá contrastarse el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad involucrada. Si dicha actividad no ha alcanzado aún un nivel tecnológico adecuado, deberá aplicarse el art. 1969, esto es, la cláusula general normativa por culpa. En cambio, si se comprueba que el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad es ya el adecuado, deberá aplicarse la responsabilidad objetiva, esto es, el art. 1970, la cláusula general normativa por riesgo.

Por esto, los conceptos de «culpa» y «riesgo» deben hoy ser redefinidos a la luz del análisis de las capacidades de prevención de los sujetos, distanciándose de conceptos «intuitivos» inexactos. Así, debemos entender que: culpa significará «carencia de medidas de prevención, dentro de sacrificios económicos razonables exigibles a los sujetos, en un marco en donde los deberes de cuidado no están a cargo de una sola parte»; mientras que riesgo o peligrosidad significará «carencia de adopción de medidas de prevención por un sujeto que es el único que puede dominar o evitar los peligros creados, en función al estado tecnológico de determinada actividad».

## **5. SUPUESTOS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL: EL ROL DE LA IMPUTABILIDAD**

Luego de establecidos los criterios bajo los cuales es posible realizar la imputación de responsabilidad, en el marco del análisis de imputación que postula el método de análisis de la responsabilidad civil, surge la discusión del rol que desempeña o debe desempeñar la capacidad de discernimiento, o voluntad de querer y entender de los sujetos.

En este esquema, hay una discusión presente en el *civil law* respecto del significado del concepto de imputabilidad, pues este concepto puede ser entendido en dos acepciones distintas: (i) como capacidad de querer y entender de un sujeto, esto es, un «juicio de disvalor» que conlleva la idoneidad psíquica de una persona para comprender las consecuencias

de sus acciones (Bianca, tomo V, 1994, p. 657); y (ii) como «juicio de responsabilidad», esto es, la vinculación de los efectos de responsabilidad que persigue encontrar al responsable del daño a través de la aplicación de los criterios de imputación (Franzoni, 1993, p. 315).

La primera acepción de imputabilidad conlleva en sí misma un juicio de disvalor de la conducta del agente, lo que hizo que la doctrina clásica francesa la considerara el elemento subjetivo de la culpa —junto a uno objetivo, que no era otra cosa que la violación de un deber—.

Es también bajo la primera acepción de imputabilidad, que un sector de la doctrina italiana ha asignado a aquella la categoría de presupuesto de la responsabilidad civil.

Esto significa que, en cualquier análisis de una situación de responsabilidad para encontrar ulteriormente al responsable, debe realizarse un juicio previo sobre las capacidades del sujeto para apreciar la trascendencia de sus actos, porque solo tendrá sentido la responsabilidad cuando traslade el coste económico del daño a alguien que estaba en aptitud de apreciar las consecuencias de sus actos.

Bajo la segunda acepción de imputabilidad, en cambio, si ella significa solamente el traspaso del costo económico del daño de la víctima al responsable, y si de lo que se trata es de encontrar un justificativo teórico del traspaso del peso económico del daño, el juicio de imputabilidad se entiende como un simple análisis de asignación de costos, ajeno, en sentido lato, a juicios éticos que condicionen a la responsabilidad civil toda.

La gran crítica que se realiza a la primera acepción de imputabilidad es que, si se le da la condición de presupuesto de la responsabilidad civil toda, la responsabilidad objetiva termina también dependiendo de un análisis ético de condición previa, lo que representaría un contrasentido dentro de los propios conceptos clásicos de responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva, con lo que la segunda termina dependiendo de la primera.

Se dice entonces que la gran contradicción de los que afirman a la imputabilidad como presupuesto o condición previa de cualquier análisis de responsabilidad, es que se vacía de contenido a la responsabilidad objetiva en los términos tradicionales en que ha sido expuesta, esto es, como el resultado de un examen que prescinde de analizar la conducta de los sujetos.

Frente a dicha situación, siempre bajo cánones tradicionales, parece más lógico y conveniente que la capacidad de discernimiento (querer y entender) de los sujetos se analice dentro de la imputación subjetiva, por lo que, en nuestra opinión, la imputabilidad debiera ser entendida en su segunda acepción, si se quiere ser fiel a conceptos clásicos de culpa y riesgo, ubicándose en la segunda etapa de aplicación del método de análisis de la responsabilidad civil.

Distinto es, en cambio, el panorama si se reconstruye la función distributiva de la responsabilidad civil en términos de análisis de las capacidades de prevención de los sujetos, pues de este modo siempre estaría presente —tanto en la responsabilidad subjetiva como en la responsabilidad objetiva— la posibilidad de asignar los costes del daño a la persona que estuvo en mejor capacidad de prevenirlos, lo que supone —como premisa de la responsabilidad civil toda— que los sujetos sean conscientes de sus actos.

## 6. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es la importancia del análisis de imputación en el método de análisis de la responsabilidad civil?
2. ¿Qué es un criterio de imputación?
3. ¿Cuál es la evolución que ha sufrido la culpa como criterio de imputación?
4. ¿Cuál es la evolución que ha sufrido el riesgo como criterio de imputación?

5. ¿Cuáles son las funciones de la responsabilidad civil desde la perspectiva de Guido Calabresi?
6. ¿Qué parámetros interpretativos se puede establecer para determinar si la responsabilidad es subjetiva u objetiva en función a las capacidades de prevención?
7. ¿Cuál es el rol de la capacidad de querer y entender en la responsabilidad civil?

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 9

### LA TUTELA RESARCITORIA Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Luego de finalizada la aplicación del método de análisis de la responsabilidad civil se ha determinado al responsable del daño, es decir, a aquella persona a la cual se le trasladará el coste económico del daño.

Desde el plano jurídico, la distribución del coste del daño se traduce en el establecimiento de una obligación de indemnizar a cargo del responsable, razón por la cual es necesario estudiar a la indemnización de daños y perjuicios.

#### **1. LA TUTELA RESARCITORIA**

Es al profesor Di Majo (2003), en Italia, a quien debe atribuírsele un estudio muy completo acerca de la tutela de los derechos. Así, desde el punto de vista del derecho privado, el concepto de tutela alude a las formas de protección que el ordenamiento jurídico concede a los particulares, en cuanto resultan titulares de situaciones jurídicas subjetivas, sea frente a la violación de sus intereses o ante la amenaza de su violación (Di Majo, 2003, pp. 2-4).

Las formas de tutela que concede el ordenamiento jurídico son siempre satisfactorias, precisamente al estar destinadas a proteger o satisfacer un derecho o interés, actuándose en forma concreta a través de remedios (Di Majo, 2003, p. 54).

De esta manera, la noción de remedio alude al medio concreto puesto a disposición de los sujetos para hacer efectiva una forma de tutela concedida por el ordenamiento jurídico. Hay, pues, entre los conceptos de tutela y remedio, una relación de género a especie.

Las formas de tutela que puede conceder el ordenamiento son del todo diversas, como diversos son los intereses que reclaman protección. Por esto, Di Majo ha señalado bien que «tutelar un interés significa prever remedios o instrumentos para las hipótesis en las cuales un interés no encuentra satisfacción en las relaciones intersubjetivas» (2003, p. 71). En este orden de ideas, existe multiplicidad de formas de tutela, en cuanto diverso es el interés tutelado. Existen así, tutela personal y tutela real; tutela de los poderes de hecho —derecho real de posesión, por ejemplo—; tutela de los derechos de la persona —tutela inhibitoria, por ejemplo, art. 17 del Código Civil—; tutela de urgencia —medidas cautelares—; y, por supuesto, la tutela resarcitoria, entre otras.

La tutela resarcitoria, entonces, será la tutela específica prevista por el ordenamiento jurídico contra el daño injustamente sufrido, por lo que está dirigida a garantizar la esfera de un sujeto solamente cuando se ha verificado el elemento patológico del daño, y se materializa a través de una obligación de resarcimiento a cargo de quien haya sido declarado responsable, que se conoce como la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos.

La tutela resarcitoria se materializará, a su vez, a través de dos remedios específicos:

- La reparación por equivalente, que es el remedio de carácter general que busca la reconstrucción del *statu quo* existente en la etapa previa a la comisión del daño, lo que se realiza a través de la atribución de valores patrimoniales genéricos (Di Majo, 2003, pp. 169, 263) —de allí su nombre: «por equivalente»—, normalmente expresados a través de dinero, al ser este el común denominador de todo valor. La reparación por equivalente se realiza, a su vez,

a través de dos modos de valoración o estimación del daño: el *id quod interest*, valoración subjetiva del interés del damnificado; y la *aestimatio rei*, valoración objetiva del bien o derecho lesionado.

- La reparación en forma específica, que es el remedio de carácter excepcional que persigue la reconstrucción de la misma situación de hecho existente en la etapa previa a la verificación del daño evento, por lo que se persigue reparar un interés específico que se refiere, por ello, a valores de uso. Por esto, afirma Di Majo, que «con la reparación *in natura* del daño se entiende, en primer lugar, satisfacer el interés *a la integridad de la esfera jurídica del damnificado*, esto es, la reparación de un interés específico que se refiere no a valores patrimoniales *genéricos* sino a valores *de uso*, conectados a aspectos de la persona o a las diversas utilidades que pueden derivarse del uso de las cosas» (2003, pp. 262-263).

## 2. CARACTERÍSTICAS DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Desde una perspectiva tradicional se sostiene que la indemnización de daños y perjuicios consiste en «el pago de una suma de dinero equivalente al daño sufrido por el damnificado en su patrimonio» (Bustamante Alsina, 1987, p. 66), la cual se manifiesta a través del nacimiento de una nueva obligación, la de indemnizar, la cual se caracteriza por ser subsidiaria y accesorio, tratándose de la inejecución de una obligación (Bustamante Alsina, 1987, pp. 67-68).

Sin embargo, la definición que se acaba de exponer de la indemnización de daños y perjuicios debe ser sometida a revisión, ya que no corresponde dicha enunciación al estado actual de la evolución de la responsabilidad civil que se ha expuesto a lo largo del presente trabajo.

En primer lugar, se debe indicar que la indemnización no constituye una deuda de dinero, sino una deuda de valor, ya que si lo que se busca restituir son los valores perdidos, entonces, no puede entenderse la

indemnización como una deuda referida al valor nominal de la moneda, en la medida en que ello significaría un divorcio con el verdadero valor de la utilidad perdida por el daño.

En segundo lugar, la indemnización de daños y perjuicios no se manifiesta a través del establecimiento de una nueva obligación. En el caso de la responsabilidad por inexecución de obligaciones, no surge una nueva obligación de indemnizar si acaso se verifica un daño como consecuencia de un incumplimiento, ya que, conforme se ha visto al momento de definir los alcances de la responsabilidad civil, lo que sucede es que la obligación originalmente establecida se transforma, al variar el interés primigenio por un interés conculcado por el daño, lo que puede conllevar a su vez a que varíe la utilidad y hasta la forma de prestación de realización de la obligación, pero nunca la estructura de la relación débito/crédito.

En la responsabilidad extracontractual, hasta antes de la comisión del daño, solo existe el deber general de no causar daño a otro, por lo que no se puede indicar que surja una nueva obligación de indemnizar, ya que antes del daño no existía obligación alguna, sucediendo en realidad que la obligación de indemnizar nace recién como consecuencia del daño.

Finalmente, la indemnización de daños y perjuicios no se caracteriza por ser subsidiaria y accesoría. La indemnización tiene una naturaleza dual, pero distinta, en sede de inexecución de obligaciones. Por un lado, se comporta como una prestación sustituta en los casos en los cuales se refiere a una indemnización compensatoria. Por otro lado, la indemnización se comporta como una prestación complementaria en los escenarios en los cual se alude a una indemnización moratoria.

En consecuencia, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios puede ser concebida como una deuda de valor que debe ser equivalente al daño sufrido, y que puede ser o sustituta o complementaria, pero que en ningún caso surge como una nueva obligación, luego de la comisión del daño.

### 3. DIFERENCIACIÓN ENTRE REPARACIÓN, RESARCIMIENTO E INDEMNIZACIÓN. CRÍTICA

Dentro de este panorama, la doctrina italiana suele plantear una diferenciación terminológica entre los conceptos de reparación, resarcimiento e indemnización; diferenciación que no es acogida en su codificación.

En primer lugar, se indica que el resarcimiento está necesariamente vinculado al daño patrimonial. Dado que la finalidad de la responsabilidad civil es restablecer el equilibrio patrimonial quebrantado por el daño, se busca que el traspaso del peso económico del daño de la víctima al causante permita regresar al *statu quo ex ante*, esto es, al estado existente antes de la comisión del daño.

En segundo lugar, se indica que se utiliza el término reparación para hacer referencia al daño extrapatrimonial y, como indicara Pacchioni, en la medida que «los dolores y sufrimientos morales no disminuyen, como tales, el patrimonio de la persona que lo padece, no pueden ser propiamente resarcidos sino a lo sumo, lo que es otra cosa, aliviados, [...] atribuyendo a quienes los padecieron una diversa compensación a título de consuelo» (1940, p. 86).

Por último, el concepto de indemnización estaría vinculado a las hipótesis concretas en las cuales se procede al pago de una suma de dinero frente a una pérdida sufrida, pero con criterios distintos a los reservados para el resarcimiento (Franzoni, 1993, p. 1151). Ello sucedería, se dice, en el otorgamiento de un justiprecio en los casos de expropiación por pública utilidad; en el daño ocasionado por el incapaz en donde se otorga a la víctima una indemnización equitativa; o en el caso de la indemnización derivada de la separación de hecho entre cónyuges. La indemnización, entonces, compensa en este caso solo en parte la real pérdida sufrida por la víctima.

Si bien esta diferenciación es teóricamente defendible, lo cierto es que en la legislación peruana no se han empleado los términos con

rigurosidad, y se emplean de forma indistinta, e incluso como sinónimos, los términos «resarcimiento», «reparación» e «indemnización» en diversos artículos del Código Civil, como, por ejemplo, indemnización en el artículo 1969; reparación en el artículo 1970; y resarcimiento en el artículo 1321.

#### **4. REMEDIOS RESARCITORIOS: LA REPARACIÓN POR EQUIVALENTE Y SUS MODOS DE VALORACIÓN. LA REPARACIÓN EN FORMA ESPECÍFICA Y SU PROBLEMÁTICA FRENTE A LA TUTELA RESTITUTORIA**

En el punto 1 de este capítulo, hicimos mención a los remedios específicos de la tutela resarcitoria, entre ellos, a la denominada reparación por equivalente, indicando que esta se realiza a través de dos modos de valoración o estimación del daño. Toca ahora ahondar un poco más en estos conceptos.

Como se indicó, la reparación por equivalente constituye el remedio general de la tutela resarcitoria y consiste en garantizar al damnificado el exacto equivalente a la afectación que ha sufrido, medido en términos económicos.

Para la valoración o estimación económica del daño se recurre a dos mecanismos: el *id quod interest* y la *aestimatio rei*.

Por un lado, el *id quod interest* es el mecanismo general que actúa a su vez el remedio general de la reparación por equivalente, en el que se analiza la lesión al interés del damnificado y no el valor de la utilidad perdida.

Por otro lado, se tiene a la *aestimatio rei*, según la cual la reparación por equivalente, antes que atender al interés del lesionado, tiene en cuenta excepcionalmente el valor objetivo de la utilidad perdida. Esto sucede en supuestos muy particulares. Uno de ellos es la destrucción de utilidades únicas existentes en el mercado. Por ejemplo, el daño al patrimonio cultural o bienes artísticos únicos. Dado que es un criterio

que sirve para la valoración o estimación de bienes únicos, entonces se aplica de forma residual.

La tutela resarcitoria se puede manifestar también, en concreto, a través del remedio de la reparación en forma específica, también conocida como la reparación *in natura*, en donde lo que se pretende asegurar es la reconstrucción de la misma situación de hecho existente antes de la comisión del daño, pero con la reconstrucción de la utilidad perdida.

Cuando se habla de la reconstrucción de la utilidad perdida, no significa que la utilidad originalmente destruida sea materialmente reconstruida, sino que se admite el reemplazo con utilidades semejantes.

Ahora bien, cada vez que el damnificado priorice la afectación de su interés específico en función al valor de uso de la utilidad afectada por el daño en vez de optar por exigir valores patrimoniales genéricos, será adecuado recurrir a la reparación en forma específica, en la que la *aestimatio rei* se constituirá en la regla de valoración/estimación a aplicar, de forma inversa a lo que sucede en la reparación por equivalente.

Entonces, sobre la base de la afectación a su interés, el damnificado goza de un derecho potestativo para optar por el remedio específico que actúe contra el daño injusto sufrido, puesto que el damnificado está en mejor capacidad de identificar qué tipo de remedio aplicar. Sin embargo, a dicho derecho potestativo se le reconoce un límite. Y es que, si la víctima escoge la reparación en forma específica, pero esta resulta excesivamente onerosa para el responsable, entonces se le podrá exigir, únicamente, la reparación por equivalente. Esta es la solución, por ejemplo, acogida por el artículo 2058 del Código Civil italiano.

Se discute, por un sector de la doctrina comparada, si en realidad el remedio de la reparación en forma específica no sea sino una manifestación de la tutela restitutoria, ajena al ámbito de aplicación de la tutela resarcitoria (Di Majo, 2003, p. 264; Chianale, 1993, p. 41). Empero, debe recordarse que estas dos formas de tutela, si bien ambas persiguen restablecer un *statu quo* previamente existente en el plano material, se distinguen en la presencia del daño, ausente en la tutela restitutoria, por

lo que, tal y como nos lo recuerda Di Majo, con la tutela resarcitoria se pretende «obrar puntualmente *contra el daño producido* en la esfera patrimonial del sujeto, asegurando con ello una forma de compensación pecuniaria que, más que eliminar materialmente el daño, lo neutraliza en sentido económico». En cambio, con la tutela restitutoria «no se tiene en cuenta el daño (ni importa qué daño patrimonial se haya producido) sino únicamente la sola alteración de una situación de hecho y/o de derecho; alteración que se intenta remover, restableciendo la situación originaria y con ello restaurando el vigor de las normas» (Di Majo, 2003, p. 320).

## 5. LA PENA PRIVADA: APUNTES INTRODUCTORIOS

La pena privada en realidad supone una discusión sobre si la función sancionatoria debe o no pertenecer al ámbito de la responsabilidad civil.

Desde nuestro punto de vista, la función sancionatoria no es parte de la responsabilidad civil —sin perjuicio de la discusión que se presenta en torno al artículo 1321 del Código Civil—, ya que podemos emplear una función preventiva sin necesidad de recurrir a una función sancionatoria que la respalde, más aún cuando media el riesgo de que la víctima lucre con su propio daño.

Sin embargo, se dice que aparentemente «hay casos y situaciones en los cuales el comportamiento lesivo de los intereses ajenos y situaciones protegidas no se traducen en daños inmediatamente comprobables» (Gallo, 1996, p. 10) y, sobre todo, cuantificables. Es decir, se presentan dificultades en la verificación de la cuantía del daño.

En estas hipótesis se discute si no es acaso más eficiente, en términos de lo que persigue el sistema en general para desincentivar actividades productoras de algunos daños, el priorizar un área en donde sí se persiga desincentivar determinados comportamientos a través de una sanción a la conducta, empleando típicamente una función coercitiva e intimidatoria.

Una discusión primaria se presenta en torno a si esta institución forma parte de la responsabilidad civil o no. Para un sector de la doctrina comparada del *civil law*, la pena privada forma parte de la responsabilidad civil. Es decir, la pena privada no debe tener autonomía propia como forma diferente de tutela. Sería una forma mediante la cual la responsabilidad civil toda, como instituto, muta de función y emplea una función sancionatoria.

Hay, sin embargo, otro sector de la doctrina comparada en donde se entiende que el enfoque de la responsabilidad civil no se hace desde el agente emisor de voluntad, sino, como ya hemos expresado, desde la perspectiva de la víctima. Si ello es así, entonces, toda función sancionatoria resulta ajena al área de la responsabilidad civil, porque justamente en esta no se persigue sancionar la conducta del agente.

Si la responsabilidad civil debe ser apreciada desde la óptica de la víctima, siempre deberá perseguir una finalidad resarcitoria, por lo que, reconociendo que hay algunos casos en donde puede ser más útil y eficiente que un instituto cumpla una función de coerción o intimidación, debe recurrirse a un instituto distinto a la responsabilidad civil para tutelar ciertos intereses, que vendría a ser el ámbito de aplicación de la pena privada.

En este escenario se puede reconocer, sin embargo, que el instituto de la pena privada va a tener en común con la responsabilidad civil la función de prevención de daños. La idea es que un sujeto no vuelva a realizar, y que otros no imiten, una conducta que no es deseable en el sistema.

Pero, a diferencia de la responsabilidad civil, esta función preventiva se va a obtener, estrictamente, aplicando una función sancionatoria, porque se va a reconocer que en algunas situaciones particulares es más eficiente emplear una función de coerción o intimidación antes que un resarcimiento.

Entonces, podemos entrar a discutir un segundo problema que se presenta respecto de la pena privada, esto es, identificar los supuestos

en los cuales es posible brindar una protección más útil a través de esta forma de tutela.

El profesor Gallo (1996, pp. 175-186) ha postulado algunos supuestos en donde podría resultar útil recurrir a la pena privada como forma alternativa de tutela.

En primer lugar, cabe mencionar los llamados supuestos de «responsabilidad sin daño». Son situaciones en donde el comportamiento lesivo de un sujeto a los intereses ajenos protegidos no causa necesariamente daños —y si no hay daño, no hay responsabilidad civil—, o se verificarían daños de naturaleza económica que no pueden ser cuantificables —daños patrimoniales en donde falta la probanza del *quantum*—, o se verifican daños no patrimoniales en sentido estricto.

Gallo remarca que se tratarían de supuestos en donde la responsabilidad civil podría no ser útil bajo los términos en que la hemos estudiado, sea porque o no hay daño, o hay daños patrimoniales cuya cuantificación es de difícil probanza, o hay daños no patrimoniales que no pueden ser cuantificados, todos agrupados bajo el título eufemístico de «responsabilidad sin daño».

Se dice que, en estos supuestos, ante la inexistencia del daño o la dificultad de probanza del resarcimiento en sí, es mejor y más útil disuadir la conducta de quien lo realice.

Propiamente hablando, en nuestro concepto, solo cabe hablar de supuestos de «responsabilidad sin daño» justamente en ausencia de este elemento, lo que no se daría en el daño patrimonial estimable o en el daño no patrimonial, en donde sí se da la presencia de un daño injusto, por lo que perfectamente pueden ser estos incluidos dentro del área de aplicación de la tutela resarcitoria.

Ejemplo de este supuesto se da cuando determinados sujetos invaden y usan un bien ajeno que no viene siendo utilizado por su propietario y que es restituido a su titular previo al reclamo de este y sin que haya sufrido daño. Aquí, el sujeto usa un bien que le produce una utilidad económica, un beneficio, pero el propietario no sufre daño alguno, pues

el bien es devuelto. La responsabilidad civil, ante la ausencia de un daño, no sería la tutela apropiada a emplearse para desincentivar esa conducta de invasión, en cambio resulta útil la pena privada, priorizando una función sancionatoria propia de esta forma de tutela.

Es cierto que en el derecho italiano contemporáneo hay una tendencia que aboga hoy por excluir el daño no patrimonial de la responsabilidad civil. Es decir, se sostiene que la tutela resarcitoria debe aplicarse ante daños que sean exclusivamente cuantificables. En todos los otros casos en los que propiamente no quepa «cuantificar» daños, debe buscarse, se dice, desincentivar las conductas no queridas por el sistema a través de otro mecanismo de tutela, que busque sancionar la conducta, como es el caso de la pena privada.

Por esto, por ejemplo, se afirma que, para las lesiones de derechos de la personalidad, de rango constitucional, sobre todo aquellos que son atentados a la vida privada o a la intimidad, sería más útil, antes que darle un resarcimiento económico estimado a alguien, disuadir las conductas que afectan la vida privada.

Nosotros discrepamos con esta posición y admitimos que el resarcimiento puede cumplir una función compensatoria como también una función aflictivo-consolatoria, pues la responsabilidad civil se enfoca actualmente siempre desde la perspectiva de la víctima y la tutela resarcitoria debe aplicarse siempre que se pruebe la existencia de un daño injusto, independientemente de la dificultad de probanza del *quantum* indemnizatorio.

Bajo esta premisa, se ha propuesto también que los supuestos de difamación o de afectación al prestigio sean casos que deban ser llevados a la pena privada. Repárese que estos son daños que, por lo general, tienen la naturaleza de ser daños *in re ipsa* —tipo de daño explicado con ocasión del daño moral—.

Podemos admitir, teóricamente, que la pena privada pueda ser útil en algunas situaciones, pero consideramos que este instituto no debería absorber los supuestos de daño no patrimonial o daño patrimonial

estimable. Ambos pueden ser utilizados, reclamados y defendidos en el área de la responsabilidad civil, en donde el concepto de daño *in re ipsa* es fundamental para entender que existen determinados hechos generadores de daño que hacen presumir la existencia del daño mismo, requisito único (el de existencia) al que se refiere la certeza (y no al de su cuantificación) para admitir un daño resarcible.

En segundo lugar, se plantea también como supuestos de aplicación de la pena privada, aquellos en donde se obtiene un lucro («plus» de riqueza) superior respecto a los daños efectivamente inferidos.

Este es un caso típico en donde un análisis costo/beneficio induce al agente a no adoptar mecanismos de prevención, toda vez que va a obtener siempre una ganancia mayor al monto de la indemnización que eventualmente tendría que pagar.

En estos casos «la mera imposición del deber de resarcir los eventuales daños podría, en efecto, no ser suficiente para desenvolver un efecto idóneo de prevención» (Gallo, 1996, p. 177).

Un típico caso de este segundo grupo es el uso abusivo de la imagen ajena. Un *paparazzo*, por ejemplo, que toma una foto de un actor o actriz famoso(a) desnudo(a) para la revista donde trabaja, que le pagará una importante suma de dinero por la foto, dado que gana mucho en ventas, se verá incentivado a tomar y vender la foto, pese a la eventualidad de ser condenado al pago de determinado monto indemnizatorio. Como consecuencia de ello, existirán más *paparazzi* que realicen este tipo de conductas, porque siempre se obtendrá un beneficio económico superior al costo del daño a reparar. Por lo tanto, en términos económicos, resultaría eficiente desarrollar este tipo de conductas. Para que no sea eficiente, pues se trata de una conducta que el orden no desea incentivar, debe emplearse un instituto que sancione con carácter punitivo esas conductas. Y como los «resarcimientos punitivos» son ajenos a la responsabilidad civil, podría admitirse que en estos supuestos resultaría útil emplear el instituto de la pena privada como medida diferente al resarcimiento.

En tercer lugar, se plantea también como supuesto de aplicación de la pena privada, aquel o aquellos en donde las probabilidades de ser condenado en concreto a resarcir los daños son inferiores respecto a la posibilidad de causarlos efectivamente.

Sobre este punto, nótese que la probabilidad siempre es mayor que la posibilidad, en términos de sucesos, pues responde a razones que la sustentan y no a meras hipótesis o suposiciones sobre la verificación de un evento, pero aún, pese a ello, esa probabilidad siempre es menor que las ocasiones efectivas de daño que se verifiquen, estadísticamente hablando.

Nosotros hemos indicado que, admitiéndose la perspectiva sistémica de la responsabilidad civil, un supuesto como este perfectamente puede ser encausado dentro de la tutela resarcitoria, desde que se admiten tanto víctimas *diádicas* y víctimas *sistémicas* del daño, por lo que una sociedad que se ve perjudicada, por ejemplo, en el área de la responsabilidad del productor, por la introducción de productos defectuosos al mercado, admite una indemnización a la sociedad por este hecho, que sumada al monto indemnizatorio que debe ser pagado a cada víctima diádica del daño, produce el efecto de desincentivación deseado, que determina que el agente introduzca medidas de prevención a fin de corregir el defecto, pues, de no hacerlo, el pago de los montos indemnizatorios serán superiores al costo de los mecanismos de prevención destinados a evitar la verificación de los daños. Este supuesto, entonces, no debe ser llevado al campo de la pena privada.

En cuarto lugar, se menciona también como un supuesto de aplicación del instituto de la pena privada, los casos de lesiones menores («bagatelas»), en donde las sanciones propiamente penales y el remedio normal del resarcimiento generarían excesivos *costes terciarios* (costos de manejo del sistema), que aconseja aplicar la tutela de la pena privada como «una suerte de remedio intermedio entre el simple deber de resarcir los daños y la auténtica y propia responsabilidad penal» (Gallo, 1996, p. 179). Son los casos de, por ejemplo, pequeños hurtos en grandes

almacenes, hurtos en puestos de trabajo y los atentados menores contra el honor que generan querellas. En este caso, puede admitirse como una alternativa eficiente la aplicación de la pena privada en vez de la tutela resarcitoria.

Finalmente, se mencionan también, como casos emblemáticos de aplicación del instituto de la pena privada, los casos de responsabilidad por dolo.

Hay quienes señalan que la diferenciación —en términos civiles, no penales— entre la culpa y el dolo, solo tiene trascendencia para graduar el resarcimiento. Nosotros negamos esta posibilidad. La responsabilidad civil no debe ser utilizada para «graduar» la extensión del resarcimiento, porque no es justo ni tampoco eficiente que alguien que ha sufrido un daño —que, como sabemos, es uno solo— reciba más o menos porque el agente ha actuado con una mayor o menor gravedad en su actuación. Por lo tanto, si el daño debe ser uno solo y debe ser resarcido, la responsabilidad civil no es un vehículo útil para desincentivar las conductas intencionales que intentan causar un daño.

En este aspecto, se afirma que la pena privada, entonces, sí podría resultar una institución adecuada para adicionar sobre el causante del daño otro tipo de sanción punitiva, que obligaría a los jueces a agregar de hecho una cuantificación mayor a la obligación resarcitoria. Entonces, se ordenaría el pago de una suma adicional a título de pena.

El gran problema por dilucidar en torno a este punto es sobre el destinatario del monto ordenado pagar por concepto de pena privada. Ya hemos mencionado en los primeros capítulos de esta obra que, por ejemplo, en la responsabilidad por inexecución de obligaciones, el artículo 1321 del Código Civil recoge en realidad un típico caso de pena privada, en el que inclusive podrían algunos hablar de «daños punitivos» y en el que el destinatario del monto ordenado pagar a título de pena privada es la propia víctima, pero al extenderse el «resarcimiento» hacia los daños imprevisibles cuando se ha actuado con dolo o culpa inexcusable, si bien se le da a la víctima más de lo que ha esperado —porque en la

responsabilidad contractual los únicos daños resarcibles deben ser los que las partes pudieron prever en su análisis de costo/beneficio al concluir el contrato—, no recibe en realidad más de aquellos daños que se le han causado, pese a no haber esperado una ganancia.

El ejemplo típico de esto se da en el caso del encargo que realiza una persona a un agente de bolsa para que coloque una orden de compra en rueda de bolsa para compra de acciones de la empresa «X». El comitente ha previsto una ganancia «n» que se frustra por incumplimiento, pues el agente de bolsa no coloca el pedido el día previsto, pues el día anterior acudió a una fiesta en donde se intoxicó con alcohol. Justo en la noche previa a la rueda de bolsa, se revela una información reservada consistente en la fusión de la empresa «X» con la empresa «Y», lo que dispara la expectativa de ganancia de la empresa «X» a «n + 5». Esos «5» de más constituyen una ganancia imprevisible, pero que se hubiera obtenido de haberse colocado la orden de compra el día previsto. Deben entonces otorgarse a título de pena privada.

Se dice por esto que el análisis económico del derecho está en lo cierto cuando sustenta la aplicación de la institución de la pena privada al sector de las violaciones intencionales o por culpa grave. En presencia del dolo —o de la culpa grave que no puede ser discernida del dolo—, los jueces deben agregar una cuantificación mayor al resarcimiento, e imponer el pago de una suma adicional a título de pena.

Estos supuestos, tal como los estamos planteando, parecen ajenos a nuestro sistema, pero no lo son. La pena privada está acogida en distintas partes del Código Civil. Por ejemplo, la cláusula penal, las arras, y la extensión del resarcimiento en sede de inejecución de obligaciones en caso de dolo o culpa grave, son típicos supuestos de pena privada.

## 6. PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son las características de la indemnización de daños y perjuicios?
2. ¿La diferencia entre indemnización, resarcimiento y reparación ha sido acogida por la legislación peruana?
3. ¿En qué consiste el remedio de la reparación por equivalente?
4. ¿En qué consiste el remedio de la reparación en forma específica?
5. ¿Qué es la pena privada?
6. ¿En qué escenarios es posible identificar escenarios de pena privada?

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 10

### LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PRINCIPAL POR LOS HECHOS DEL DEPENDIENTE

Como hemos explicado anteriormente, el método de análisis de la responsabilidad civil supone un análisis fáctico en su primera etapa, denominado análisis material, en el cual, como hemos señalado, se verifican tres elementos: el daño, el hecho generador y la relación de causalidad. Esta primera fase nos determina, en última instancia, al «causante» del daño.

Identificado el causante del daño, se pasa al análisis de imputabilidad, que representa el «corazón de la responsabilidad civil», pues aquí se trata de determinar el juicio de responsabilidad, en virtud del cual el coste del daño va a ser atribuido a un sujeto a quien se denominará «responsable» del daño.

Sin embargo, manejábamos tres hipótesis que debemos volver a mencionar en este apartado:

- Que el coste del daño sea trasladado al mismo sujeto que es el causante material del daño, quien, entonces, llegará a tener la doble calidad de causante y responsable, lo que representará que nos encontremos ante un área de la responsabilidad civil denominada «responsabilidad por hecho propio». Este supuesto engloba todo lo que se ha visto anteriormente con respecto a los criterios de imputación de la culpa y el riesgo, materia de las cláusulas generales interpretativas recogidas en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil, denominada también «responsabilidad directa».

- Que el coste del daño sea trasladado a un sujeto distinto del causante material del daño, lo que generará que aquel que es el autor material del daño no sea necesariamente el mismo que será el responsable del daño. Es decir, puede haber un tercero que no haya intervenido en la acción material del daño y que, sin embargo, sea considerado el responsable del daño, lo que da lugar a otra área de la responsabilidad civil denominada «responsabilidad por hecho ajeno», denominada también «responsabilidad indirecta».
- Que el coste del daño permanezca en la esfera de la propia víctima y, como consecuencia, no se traslade la responsabilidad a otro sujeto, lo que podía resultar, en algunos supuestos, socialmente eficiente y hasta socialmente justo, en términos del efecto que esto podría generar: la incentivación de determinadas actividades.

La principal situación de responsabilidad por hecho ajeno que merece resaltarse es aquella que se conoce como el de la responsabilidad del principal por los hechos del dependiente, la cual está regulada en el artículo 1981 de nuestro Código Civil, el cual señala lo siguiente: «Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria».

Es decir, tenemos una figura en la cual hay alguien a quien vamos a llamar «principal» o «comitente» y a otro quien es llamado «dependiente», a quién mejor se le conoce hoy con la expresión «agente». El supuesto contemplado en el artículo 1981 del Código Civil supone que este «dependiente», entonces, cause un daño a una víctima, estando de por medio un encargo por parte del «principal».

Al respecto, el Código Civil peruano señala que el autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria, lo cual significa, en términos obligacionales, que la víctima puede reclamar el daño tanto al principal como al dependiente.

Este esquema, aparentemente, responde a una responsabilidad por hecho ajeno refiriéndose a la figura del supuesto «principal». Imaginemos el supuesto de un repartidor de gaseosas que atropella a alguien y justamente se encuentra dentro de la labor de repartición del producto. Ello va a determinar, bajo la aplicación de este artículo, que se atribuya responsabilidad a su patrono, es decir, a la empresa donde trabaja, sin que haya intervenido alguno de los directivos de esta en el atropello: no han manejado el auto, ni son tampoco autores materiales del daño. Son ajenos a la relación causal material, configurándose, en términos de lo que estamos mencionando, una responsabilidad por hecho ajeno.

En la responsabilidad por hecho ajeno existen dos «modelos de responsabilidad» (Solé Feliu, 2012, pp. 21-27) que han inspirado las soluciones legislativas en los diversos códigos civiles del derecho continental. Dichos modelos son tratados a continuación.

## **1. PRIMER MODELO: LA RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL POR LOS HECHOS DEL AGENTE SOBRE LA BASE DE «CULPA PRESUNTA». CRÍTICA**

El primer modelo de análisis respecto de la responsabilidad por hecho ajeno, es aquel de responsabilidad del principal por culpa presunta.

Este modelo de responsabilidad ha desarrollado básicamente una argumentación en donde el llamado «patrono», a quien en adelante vamos a preferir llamarlo exclusivamente «principal» para desligarlo de una terminología absolutamente clásica de la figura vinculada a una relación laboral, responde por su propia culpa. Es decir, este sistema reposa en la culpa propia y presunta del principal.

Esta es una responsabilidad en donde, se dice, el principal debe responder por una de dos razones fundadas en la culpa propia.

En la primera, se consagra una responsabilidad basada en lo que se conoce con el nombre de *culpa in eligendo* (culpa en la elección). Se dice entonces que este principal, llamado también comitente, tiene en realidad un deber de elegir bien a sus dependientes, a quienes en adelante

se les denominará con mayor propiedad «agentes», en esta transmutación de términos.

Este principal, en realidad, debe saber elegir a los agentes que emplea en su negocio, porque un buen dependiente, empleado, agente, es aquel que, bajo un modelo abstracto y general, cumple bien sus funciones y, por ende, no causa daños en el ejercicio de las mismas. Si causa daños, es porque el principal eligió mal: se equivocó al elegir a esa persona y no a otra.

**RESPONSABILIDAD CIVIL Y APPLICATIVOS DE TRANSPORTE: ¿RESPONSABILIDAD OBJETIVA?, ¿RESPONSABILIDAD SUBJETIVA?, ¿CABE LA RESPONSABILIDAD DE UN PRINCIPAL POR CULPA *IN ELIGENDO*?**

Un taxista de 30 años es acusado de abusar sexualmente de su pasajera. El sujeto fue detenido el último lunes por la Policía Nacional en Breña. Según la Policía, una joven de 25 años abordó el auto de Rezabal Pérez en la avenida Benavides, en Miraflores, tras solicitar el servicio por el aplicativo de Taxi Beat. Representantes de la mencionada empresa acudieron a la Depincri de Breña y confirmaron que el sujeto trabajaba hace un año a través del aplicativo de celular.

Una vez adentro de la unidad de placa AUS-272, la agraviada señala que perdió el conocimiento y cuando despertó era atacada sexualmente por el conductor. Luego de cometer el delito, el taxista la abandonó en jirón Arica, Breña. Con ayuda de una amiga que tomó foto a la placa del taxi, la víctima interpuso la denuncia y horas después se logró capturar al acusado.

No es la primera vez que el taxista está envuelto en un delito contra la libertad sexual. El Ministerio del Interior confirmó en una nota de prensa que el investigado fue detenido en noviembre del año pasado acusado de tocamientos indebidos.

Hasta el momento no ha sido confirmada la empresa de taxis por aplicación para la que trabajaba el acusado de violación (*El Comercio*, <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/detienen-taxista-aplicacion-acusado-violar-pasajera-noticia-491549>. Fecha de consulta: 30/7/2018).

En la segunda se sostiene algo muy parecido. Se dice que la responsabilidad del principal no se funda en una culpa en la elección, sino más bien en una *culpa in vigilando*, es decir, en la vigilancia del dependiente. El comitente o principal tiene el deber de vigilar a sus dependientes o agentes en el ejercicio de sus funciones, justamente para evitar que puedan cometer daños. Si cometen daños, es porque no los ha supervisado bien.

**RESPONSABILIDAD CIVIL Y CENTROS EDUCATIVOS: ¿RESPONSABILIDAD OBJETIVA?, ¿RESPONSABILIDAD SUBJETIVA?, ¿CABE LA RESPONSABILIDAD DE UN PRINCIPAL POR CULPA *IN VIGILANDO*?**

En el colegio religioso Salesianos de Cusco siempre negaron que el alumno E.G.G. (14) fuera víctima de «bullying». Lo peor fue que el director del plantel, reverendo padre Jesús Adrián Jurado, y los docentes, Amarildo Hernán Delgado Álvarez y Elio Kart Iturriaga Luna, intentaron ocultar un caso que terminó con una sentencia en su contra.

El juez del Tercer Juzgado de Familia de Cusco, Edwin Béjar, falló sancionando al colegio particular Salesianos por no haber cuidado la integridad física y psicológica del adolescente.

El magistrado concluyó que, pese a que el director y los docentes fueron notificados del problema por los padres del menor, no sancionaron a los agresores y tampoco protegieron a la víctima. Esta es la primera sentencia de este tipo a nivel nacional y da un precedente en la lucha contra el «bullying» en las instituciones educativas.

El caso se remonta al 2012. Una tarde de ese año, a la salida del Colegio Salesianos de Cusco, un grupo de estudiantes denominado «Faiters» insultó y agredió al menor de iniciales E.G.G. Sus padres Arturo García y Violeta Galindo vieron la escena. Tras el incidente, el escolar confesó las agresiones que sufría.

Los padres preocupados informaron del hecho al director y los docentes, quienes no hicieron nada. Las agresiones continuaron hasta que Arturo y Violeta denunciaron al colegio por contravenir los Derechos del Niño y Adolescente al avalar el acoso escolar.

Al cabo de siete meses, la justicia les dio la razón. El juez Béjar falló el 8 de agosto declarando fundada la demanda contra el Colegio Salesianos del Cusco.

El juzgado dispuso que los demandados paguen una reparación por el daño moral de S/. 10 mil, además de una multa a favor del Estado, equivalente a 10 Unidades de Referencia Procesal, es decir S/ 3700.

Además, ordenó que el estudiante reciba tratamiento psicológico. La implementación de un plan para prevenir, impedir, detectar, investigar y sancionar los casos de acoso escolar. Fuentes del colegio refirieron que la institución apelará la decisión judicial.

A la Dirección Regional de Educación Cusco (Drec) se le ordena que cumpla su rol de supervisar las instituciones educativas para evitar el «bullying». Simón Contreras, director de la Ugel Cusco, dijo que respetan la decisión.

El ex director regional de Educación, Edgar Cusihuallpa, señaló que, si el fallo es ratificado en segunda instancia, el colegio puede ser sancionado con la suspensión temporal de la licencia de funcionamiento.

Agregó que Indecopi debe cumplir su función y multar al colegio, con un máximo de 50 UIT, como dispone la ley en caso de sentencia (*La República*, <https://larepublica.pe/archivo/731975-fallo-inedito-juez-sanciona-a-colegio-de-cusco-por-bullying-a-escolar>. Fecha de consulta: 30/7/2018).

Este esquema conceptual era el que, por ejemplo, se predicaba para el artículo 1144 del Código Civil peruano de 1936 (León Barandiarán, 1977, p. 86). Así, pues, si el agente atropelló a alguien, responde el principal, por lo que se afirmó una supuesta responsabilidad indirecta del patrono de carácter objetivo, basada en una culpa presunta respecto de la cual no cabía probar en contrario.

Monateri (2002, pp. 53-54) ha afirmado bien que estos dos tipos de culpa presunta responden a una misma racionalidad: se basan en realidad en una presunción absoluta de culpa. Es decir, se pretende basar

la responsabilidad en un criterio de imputación de carácter subjetivo, al cual se transforma por presunción absoluta en objetivo.

La culpa, en términos clásicos, implica por definición, como ya se ha explicado, un análisis de la conducta del agente en términos éticos-psicológicos, por lo que siempre debe admitir la posibilidad de demostrar que se obró sin mediar culpa, porque en eso radica su naturaleza subjetiva.

Por consiguiente, en última instancia, la única posibilidad de admitir una presunción de culpa sería bajo una presunción *iuris tantum*, en donde quepa admitir la ausencia de culpa como supuesto de exoneración de responsabilidad. Afirmar una responsabilidad objetiva, en términos de presunción absoluta de culpa, es claramente un contrasentido. Se trata en suma de disfrazar a «un lobo con piel de cordero», pues se llama culpa a algo que en realidad no lo es. Es por esta razón que en esta afirmación hay una *contradictio in adiecto* respecto a la culpa.

Se dice, además, que no debe perderse de perspectiva el hecho que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno. Por tal razón, aun aceptando por un momento que la responsabilidad del principal por los hechos de sus agentes se funde en la responsabilidad por la *culpa in eligendo* o *in vigilando* del principal; y aun estableciendo que tal presunción no sea una de carácter *iuris et de iure* sino una presunción *iuris tantum* —como sucede en el art. 1903 del Código Civil español—, habría otro argumento que volvería a representar otra *contradictio in adiecto*: si la responsabilidad «indirecta» del principal se basa en haber elegido mal o haber vigilado mal, ¿por qué debe responder el principal?, ¿por culpa propia o por culpa ajena?

En efecto, se dice que, si se responde por los hechos de otro, porque se ha elegido o vigilado mal, en última instancia, la responsabilidad es por hecho propio, porque se estaría respondiendo por culpa propia.

Es decir, afirmar este primer modelo de supuesta responsabilidad del principal por los hechos del agente en la culpa del primero, sería contradictorio con afirmar una responsabilidad por hecho ajeno.

En todo caso, se requeriría la concurrencia o sumatoria de dos culpas: la del principal y la de su agente.

Este modelo, que es propio de codificaciones que responden a los paradigmas «ochocentistas», que consagran el principio de «ninguna responsabilidad sin culpa», cuando esta fungía de único criterio de selección de todos los intereses dignos de la tutela resarcitoria, se enfrenta en el tiempo a un segundo modelo de responsabilidad por hecho ajeno: el de la responsabilidad vicaria.

En este punto debemos hacer una advertencia: como sabemos, el tránsito de este modelo al segundo, que es el que sigue el Código Civil peruano, no se produce de forma automática, pues va de la mano del proceso de mutación del rol de la culpa que pasa de ser el único criterio selector de tutela de intereses, hacia el de ser un criterio de imputación a la par de otros de naturaleza objetiva.

Pasemos revista entonces a las tesis intermedias que se plantean en la doctrina comparada, antes de entrar al segundo gran modelo de la responsabilidad por hecho ajeno, cual es el de la responsabilidad vicaria.

## **2. LAS TESIS INTERMEDIAS QUE PRETENDEN EXPLICAR LA RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL POR LOS HECHOS DEL AGENTE. CRÍTICA**

En este tránsito, los esquemas intermedios que tratan de explicar la responsabilidad del principal por los hechos de su agente siguen enfrentados a la crítica de que al final se estaría ante una responsabilidad por hecho propio.

Aparece una segunda argumentación que es contestataria al primer modelo fundado en realidad en la responsabilidad por hecho propio, que pretende afirmarse como alternativa al abandono de la culpa como sustento de la misma, señalando que la responsabilidad del principal debe explicarse a través de la teoría de la representación y no de la culpa,

con el único propósito de tratar de abandonar a esta como fundamento de la responsabilidad del principal por los hechos de su agente.

Esto, lo único que ocasiona, es empeorar la situación, pues, como es de fácil comprensión, la representación es una institución en donde una persona emplea a otro en términos de una investidura de poder para que este, actuando en nombre, por cuenta, e interés ajeno, realice ciertos actos.

La teoría de la representación pretende afirmar la responsabilidad del principal o comitente, señalando que el agente «es una prolongación de su actividad personal y, desde el punto de vista de los terceros, el comitente absorbe la individualidad del dependiente» (Barceló Doménech, 1995, p. 92), porque, en última instancia, este actúa por cuenta, nombre e instrucciones del principal.

Así, por ejemplo, si alguien trabaja para mi empresa, dentro de su organización, en el fondo soy yo quien estaría dándole una orden, por lo cual el otro sería un mero instrumento de mi actuación.

Nótese que, en este escenario, no hay referencia a la noción de culpa. El agente vendría a ser un auxiliar que actúa como un representante y actúa en nombre y por cuenta de su principal, por lo que, jurídicamente, para la víctima es como si fuera una actuación del principal: responsabilidad por hecho propio.

Esta teoría, en verdad, lo único que pretende es superar el anclaje en la culpa de la responsabilidad del principal por los hechos de su agente, pero termina también sin dar una explicación razonable sobre su anclaje en un esquema de responsabilidad por hecho ajeno cuando se termina respondiendo por hecho propio. ¿Por qué responde el principal? Por su propia decisión, porque es él quien está actuando, según la teoría de la representación; sin perjuicio de que, propiamente hablando, no puede hablarse de la existencia formal de un poder de representación entre el principal y su agente.

Surge entonces una tercera teoría para tratar de explicar la responsabilidad del principal por los hechos de su agente, pero siempre

dentro de este esquema de la responsabilidad por hecho propio, la cual consiste básicamente en la explicación de dicha responsabilidad sobre la base de la teoría del riesgo.

Ya no sería entonces el riesgo un criterio de imputación solamente de responsabilidad directa, conforme al artículo 1970 del Código Civil, sino que aparentemente también serviría para sustentar la responsabilidad «indirecta» del principal.

Por ejemplo, el repartidor de gaseosas que trabaja en la organización de una empresa y atropella a un peatón: como quiera que todos los beneficios y utilidades de la actividad empresarial van hacia la empresa principal, esta deberá responder en función a la teoría del riesgo-beneficio.

La base de esta teoría se explica fundamentalmente bajo dos aristas: (i) la asunción voluntaria del riesgo por parte del principal al dirigir actividades para la obtención de beneficios, que presentan entonces como contrapartida a dichas ventajas la responsabilidad del principal por las actividades del agente; y, (ii) el conocimiento del principal de los riesgos inherentes al desarrollo de su actividad, por lo que es él el que mejor está en capacidad de adoptar mecanismos de prevención de daños, antes que los propios agentes.

De otro lado, también se pretendió justificar la responsabilidad del principal por los hechos de su agente en la teoría del riesgo de empresa, en donde la responsabilidad indirecta será considerada la expresión de un criterio de asignación de riesgos, por lo que, como lo señala Salvi, «los daños ocasionados por los dependientes —que constituyen un evento estadísticamente inevitable del proceso productivo— son puestos a cargo de la empresa, como componentes de los costos de esta; y ello se justifica con diversas razones, pero sobre todo con la capacidad de la empresa de absorber los costos y de distribuirlos en la colectividad (a través de los precios y la aseguración)» (Salvi, 1998, p. 140).

Entonces, este riesgo de empresa, propio de las actividades de empresa caracterizadas por los elementos de continuidad y organización (de una actividad), vendría a diferenciarse, en la tesis del profesor Trimarchi

—como se indicó cuando hicimos referencia al criterio de imputación «riesgo», del llamado riesgo por actividades biológicas, calificación referida a las actividades individuales, que se caracterizan por la presencia de actos aislados e inconexos (1961, pp. 43-44). Por ejemplo, el daño que puede ocasionar un doméstico, en términos de empleado del hogar.

Ello permite afirmar que: (i) cuando la actividad sea «biológica», la responsabilidad del principal por actividades aisladas de un agente, será subjetiva (por culpa); y, (ii) cuando la actividad sea de «empresa», la responsabilidad del principal será objetiva (por riesgo), vencible solamente con el eximente de la causa no imputable (Bonvicini, 1976, pp. 57-58).

Nótese sin embargo que, en todos los escenarios expuestos, siempre el principal termina respondiendo por hecho propio; sea que responda por riesgo o por culpa; es decir se sigue ante el mismo escenario, y sin brindar una respuesta a esta crítica.

En el Perú, De Trazegnies (1988, tomo I, p. 481) ha pretendido encontrar el fundamento de la responsabilidad del principal por los hechos de sus agentes en la teoría del riesgo creado, mientras que Juan Espinoza lo ha hecho en la teoría del riesgo-beneficio, posiciones con las que discrepamos. Espinoza es además enfático al señalar que «[l]a responsabilidad del principal no es vicaria ni indirecta: es directa por su propia actividad (empresarial o no). En efecto, así no nos encontremos en un supuesto de actividad empresarial, rige perfectamente el principio del *cuius commoda* y no se ve la necesidad de recurrir al fundamento de la garantía frente al tercero» (Espinoza, 2016, p. 555).

### **3. SEGUNDO MODELO: LA RESPONSABILIDAD VICARIA.**

#### **REQUISITOS**

Este modelo es el más extendido en la actualidad y se basa en principio en la denominada «teoría de la garantía», de carácter objetivo. Es acogido por las principales codificaciones contemporáneas, como son los códigos

civiles italiano, portugués, austríaco, de los países bajos, entre otros —incluido el Código Civil peruano—.

En principio, la teoría de la garantía pretende prescindir del análisis de la conducta del principal, caracterizándose porque, se dice, por disposición normativa la responsabilidad del principal se funda en la *especial posición en la que este se encuentra respecto a su agente en virtud de la relación de subordinación de este último frente a aquel*. Lo que sucede aquí es que el centro de análisis no es otro que la propia vinculación entre principal y agente, que atiende, como indica Bonvicini, a la «estructura de la obligación misma» (1976, p. 63) que subyace en la responsabilidad vicaria.

Es importante reconocer que este cambio de perspectiva o modelo en la evolución de la responsabilidad del principal por el hecho de su agente va de la mano con la irrupción de la era de la industrialización. Como bien nos lo recuerda Solé Feliu, mientras que el modelo de la responsabilidad del principal por culpa presunta se basaba en un modelo empresarial tradicional, basado en un «empresario individual, de base fundamentalmente artesanal o perteneciente a sectores industriales incipientes, que conocía, escogía y dirigía personalmente y de manera individualizada a sus trabajadores» (2012, p. 17), propio de un modelo preindustrial existente entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XX, el modelo de la responsabilidad vicaria responde al desarrollo de la vida industrial y empresarial actual, representado por formas de organización empresarial más complejas y en donde se da la característica de la presencia de «grandes estructuras empresariales, cuyos miembros son, a menudo, anónimos»; y en donde «este nuevo modelo organizativo dificulta conocer los centros de decisión de la empresa, los procesos a través de los que esas decisiones se transmiten, así como los órganos concretos que, en última instancia se encargarán de ejecutarlas» (Solé Feliu, 2012, p. 17).

Por esto, irrumpe para explicar este nuevo modelo de responsabilidad del principal por el hecho de sus agentes la denominada «teoría de la

garantía», cuya característica esencial radica en que, por disposición normativa, la responsabilidad del principal reposará en la especial posición en la que se encuentra este respecto a su agente: la relación de subordinación; la cual prescinde de todo análisis de culpa, en términos clásicos.

Ello nos lleva a la necesidad de revisar los requisitos que la ley exige para que se verifique la responsabilidad vicaria del principal por los hechos de sus agentes. El Código Civil peruano, como toda la doctrina en general del modelo de responsabilidad vicaria, consagra en su artículo 1981, tres requisitos para la aplicación de la responsabilidad indirecta o del principal por el hecho de sus agentes: (i) que el agente cause un daño a otro, siendo determinado responsable del mismo; (ii) que el agente se encuentre bajo «las órdenes del principal»; y (iii) que el daño ocasionado a la víctima haya sido causado en el ejercicio del encargo o en cumplimiento del servicio respectivo.

El primer requisito postula que el agente causante del daño debe ser el autor material del daño y, además, debe ser responsable de ello. Esto significa que el agente ha actuado causando un daño a la víctima y, además, se le ha encontrado responsable del mismo, luego de haberse aplicado todo el método de análisis de la responsabilidad civil explicado anteriormente (material y de imputabilidad). Es el causante material, pero, además, es el responsable del daño. Y puede serlo en virtud de culpa (criterio subjetivo) o por riesgo (criterio objetivo).

Por ejemplo, en el caso del conductor de un vehículo repartidor de gaseosas que atropella a alguien, tendremos que realizar el análisis material, es decir, verificar el daño, el hecho generador y la relación de causalidad para determinarlo como causante; y luego someterlo al análisis de imputabilidad para encontrarlo responsable, determinando si lo es por culpa o por riesgo —puede ser por cualquiera de los dos, según sea el caso—. Esto quiere decir que, después de haber sometido la relación agente/víctima al método de análisis de la responsabilidad civil,

se da como resultado que se encuentra al agente causante y responsable del daño sufrido por la víctima.

El segundo requisito, es el que va a representar el «corazón» de toda la institución de la responsabilidad vicaria: que el agente se encuentre bajo las órdenes del principal.

Este término («bajo las órdenes del principal»), es el que la doctrina comparada del derecho continental ha apreciado, en el tiempo, en una línea evolutiva, desde una perspectiva clásica, hasta hoy, que la enfoca desde una perspectiva contemporánea.

Adelantamos que esta expresión es entendida en la actualidad como «el operar por cuenta ajena», para identificar lo que propiamente se entiende por una «relación de encargo», que retrata una verdadera situación fáctica en donde la «dependencia» a que alude el requisito de «tener a otro bajo sus órdenes» se configurará con la mera autorización tácita para operar dentro de la esfera del principal. Pero, sobre este requisito, al ser el más importante de la responsabilidad vicaria, volveremos a profundidad luego.

La institución recoge también un tercer requisito de aplicación: que el daño sufrido por la víctima haya sido causado en el ejercicio del cargo del agente o en cumplimiento del servicio respectivo. Respecto a este requisito, no hay duda de que el origen de la institución retrata un criterio muy restrictivo de interpretación, entendiendo el término «ejercicio del cargo» propio de uno vinculado estrictamente al campo laboral. De allí que en los orígenes de la institución se habla de «patrono» y «dependiente».

Como se verá cuando se analice el segundo requisito de la institución a profundidad, este tercer requisito es propiamente una extensión del segundo. Si el empleado o dependiente está actuando «bajo las órdenes» del principal, entonces, el daño que causa tiene que haber acontecido en cumplimiento de la orden impartida. De allí la expresión «en el ejercicio del cargo» o «en cumplimiento del servicio». Por ejemplo, en el caso anteriormente señalado, el chofer repartidor de gaseosas, en su

horario de trabajo, atropella a un transeúnte. En consecuencia, el daño ha acontecido en ejecución de la actividad encomendada y, por lo tanto, el chofer repartidor ha actuado en el ejercicio del cargo.

Sin embargo, hay situaciones límite en donde la doctrina comparada intenta señalar fronteras. ¿Qué pasa si en realidad se trata de un camión repartidor de la empresa, pero resulta que el chofer repartidor no lo regresa después del trabajo, se pone a beber alcohol en una cantina y a altas horas de la noche, con el vehículo de la empresa, atropella a alguien? ¿En ese caso estaba en el «ejercicio del cargo»? Peor aún, imaginemos que el mismo trabajador no se queda, después del horario de trabajo, con el vehículo de la empresa, sino que este es guardado, pero el trabajador luego lo vuelve a sacar en la noche, sin autorización del patrono o principal, se lo lleva y atropella a alguien. ¿Estamos frente a un caso donde el daño causado haya sido en el ejercicio del cargo?

La primera interpretación original del tercer requisito fue, en principio, restringida. Se dijo que todos los supuestos en donde debemos diferenciar estrictamente que el daño se produce causalmente vinculado al ejercicio del cargo son los únicos indemnizables, rechazándose totalmente aquellos que se llamaron los daños producto de la «ocasionalidad»; lo que era propio de un entendimiento de toda la institución de la responsabilidad vicaria reducida al ámbito laboral.

Poco a poco, sin embargo, derivado del convencimiento unánime de la doctrina comparada del derecho continental de que los requisitos de la responsabilidad vicaria deben interpretarse en forma «elástica» —criterio interpretativo que compartimos totalmente—, el entendimiento del tercer requisito ha variado diametralmente hacia el sentido opuesto, y se ha dicho que este tercer requisito debe incluso considerarse cumplido no solo en los casos en que se haya configurado una dependencia causal directa, es decir, cuando haya propiamente ejercicio del cargo, sino también cuando subsista una «relación de ocasionalidad necesaria» (Monateri, 2002, p. 71).

Otro desvío interpretativo de este tercer requisito se presenta cuando algunos pretenden ignorar el criterio de elasticidad interpretativo de la responsabilidad vicaria y, en particular, el criterio de «subordinación» que amplía su ámbito de aplicación a todos los casos en donde el agente, por ejercicio del cargo, haya tenido ocasión de acceder a la posibilidad de ocasionar el daño, afirmándose por algunos que este requisito debe entenderse bajo la exigencia de que exista una relación contractual (civil o laboral) bajo la cual el agente actúe en ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio encomendado; y que dicha relación debe darse siempre dentro del «ámbito ordinario de la actividad del principal».

Esta interpretación es errada, pues, como veremos a continuación en el análisis a profundidad del segundo requisito de la responsabilidad vicaria, la relación que interesa y que vincula al principal con el agente, es una relación de hecho (fáctica), por lo que el tercer requisito debe entenderse cumplido cuando el agente actúa en el ejercicio del poder de control y dirección del principal, pues allí estará actuando en el ejercicio de un «encargo», que es como hoy se interpreta la expresión «ejercicio del cargo» o «cumplimiento del servicio» encomendado.

Toca ahora desarrollar a mayor profundidad el segundo requisito de la responsabilidad vicaria: el de actuar «bajo las órdenes del principal».

Como antes ya hemos expresado, la responsabilidad objetiva que se predica para la responsabilidad vicaria ha sido explicada bajo la denominada «teoría de la garantía» y, según la cual, la responsabilidad del principal debe afirmarse por el solo hecho de reconocer la especial posición en la que se encuentra este respecto a su agente.

Debe entonces atribuirse responsabilidad básicamente por la constatación de un hecho: la existencia de una relación de subordinación.

Por lo tanto, la sola existencia y constatación de situaciones de subordinación van a explicar un criterio de atribución que, propiamente, es de orden legal: porque el principal «ordena», funge de garante de los actos que realiza su agente; y ello reposa en un fundamento económico, porque no hay duda de que, bajo el esquema de la relación

de subordinación, el principal suele tener mayor capacidad para afrontar las consecuencias económicas de su actividad y repercutir su coste sobre el precio de los productos.

Es la ley, entonces, quien hace al principal garante de los hechos de su agente, lo que va a determinar que por la propia vinculación existente entre principal y agente, se afirme el título de imputación. Se ha dicho por ello que «el principal es llamado a responder frente a un tercero por el daño ocasionado por un sujeto en razón al especial vínculo que lo liga a este, del cual nace el título de la imputación» (Franzoni, 2004, p. 683).

La responsabilidad del principal nace, entonces, sobre el presupuesto de la existencia de la relación de subordinación, prescindiendo de todo análisis de culpa o riesgo. El principal responde por la «orden» que dio, no porque hubiera materialmente realizado alguna actividad. Entonces, se configura propiamente una responsabilidad por hecho ajeno que reposa en una situación de hecho: la relación de subordinación. Con ello se consagra una responsabilidad objetiva.

La garantía, entonces, se ha afirmado como un criterio de imputación objetivo aplicable a la responsabilidad por hecho ajeno, en donde cabe hablar propiamente de responsable.

Cabe resaltar que, en el Perú, aun cuando con argumentos de diversa índole, ya en el año 1972, Rey de Castro, antiguo autor peruano, fundaba la responsabilidad vicaria del principal en la garantía (1972, pp. 236, 241). Del mismo modo, el profesor Taboada (2001, p. 98), fue del mismo parecer, mientras que De Trazegnies la afirmaba, pero solo para los daños no accidentales (1988, tomo I, p. 481).

Queda pendiente entender, a mayor profundidad, en este segundo requisito de la responsabilidad vicaria, lo que significa la expresión «tener a otro bajo sus órdenes», que es el vocablo que emplea el artículo 1981 del Código Civil.

Es unánime la doctrina nacional y el derecho comparado del *civil law* en el entendimiento de que este término no puede ser sinónimo de relación laboral. No hay duda de que, si se constata la existencia de una

relación laboral, tal supuesto se encuentra comprendido dentro de los alcances del artículo 1981 del Código Civil, lo que no significa que este precepto legal solo sea aplicable a la existencia de una relación laboral, la cual, como sabemos, presenta tres elementos principales: el carácter personal de la prestación, la subordinación y la remuneración.

El requisito, sin embargo, excede al ámbito laboral. Si bien la relación de subordinación encuentra una fácil explicación en el campo de las relaciones laborales, en donde el trabajador tiene una relación de dependencia con su patrono, ya que este regula el tiempo y lugar de trabajo del dependiente, y ejerce la facultad directriz fiscalizando y regulando las actividades de este, proporcionándole los instrumentos y medios de trabajo necesarios, asumiendo como contrapartida los riesgos económicos y financieros de la actividad realizada por el trabajador; no se reduce a ella.

Hay actividades civiles en las cuales perfectamente se generan «órdenes», tales como el contrato de obra, el contrato de locación de servicios, el contrato de mandato, y otros. Es decir, hay una serie de instrumentos contractuales civiles en donde está perfectamente presente la instrucción. Por esto, bien nos recuerda Alpa que «subordinación» es una noción tan amplia que comprende el caso del mandato, de la contrata, de los contratos atípicos, etc. También abarca la relación de hecho o de cortesía» (2006, p. 855).

Por lo tanto, todos aquellos ejemplos civiles de contratación en donde se pueda identificar la orden como instrucción, van a encajar dentro de este requisito, excediendo el ámbito propiamente «laboral».

La figura central, entonces, sobre la cual se fundamenta el criterio de imputación de la garantía, se ha ido de a pocos moldeando a través de lo que se llama la «relación de encargo», la cual, es entendida como «una verdadera situación fáctica y, por ende, desconectada de la tradicional exigencia contractual» (Agoglia, Boragina y Meza, 1995, p. 40), lo que indicamos al estudiar el tercer requisito de la responsabilidad vicaria.

Es en este punto en donde podrá apreciarse la abierta diferencia entre la perspectiva clásica «ochocentista» y la contemporánea de la responsabilidad vicaria: el «actuar por cuenta de otro», desde una perspectiva clásica, aludía a que el agente debía encontrarse subordinado al principal bajo una relación de dependencia laboral y debía darse la existencia de una orden formalmente emitida. Desde una perspectiva contemporánea, sin embargo, el requisito de «actuar por cuenta de otro» tiene una visión mucho más amplia, lo que, en la teoría de la garantía, dado el especial vínculo que conecta a principal y agente, significa que lo que resulta relevante es la verificación de una subordinación fáctica, por lo que «subordinación» es, por lo tanto, sinónimo de «operar por cuenta ajena» (Alpa, 2006, p. 854), en donde lo que interesa es identificar el poder de dirección y control del principal.

Con esto, se tiene hoy la amplia posibilidad de que, mediante esta vía, en sociedades organizadas, la responsabilidad vicaria trascienda a la mera relación entre un principal «cercano» y la actuación de sus agentes, pues si de lo que se trata es de identificar de dónde emana el poder real de dirección y control de una situación fáctica, ello puede encontrarse más allá del principal «más cercano», permitiendo la aplicación de la responsabilidad vicaria «en cascada». Ello se verifica, por ejemplo, en la identificación de ese poder de dirección en matrices de empresas subsidiarias, sin que ello signifique violación del velo societario, toda vez que nunca se trataría de asumir una «deuda ajena» (la del agente), sino que con la responsabilidad vicaria se asume una deuda propia que se imputa al principal por el hecho de haber actuado como «garante» de las acciones de sus agentes. Responder por el «hecho ajeno», no significa asumir una deuda ajena. La deuda que se asume para responder frente a la víctima es propia, dado que la propia ley le ha atribuido al principal una deuda solidaria. *Se trata de un supuesto de «responsabilidad por hecho ajeno», porque el principal no interviene materialmente en la producción del resultado dañoso, pero siempre se reposará en una justificación de «hecho propio»: el poder de dirección, supervisión y control que emana del principal.*

De aquí que la verdadera naturaleza de la responsabilidad vicaria exige una relectura de la misma para ubicarla entre la responsabilidad por hecho propio y la responsabilidad por hecho ajeno, en un doble fundamento que había ya sido percibido por Salvi, quien indicaba que la responsabilidad vicaria respondía a una doble función o a dos perfiles: en la «garantía que se asume frente al tercero damnificado, y en la ventaja que el patrón o comitente obtiene de la actividad del doméstico o agente, y que justifica justamente el acogimiento de la garantía» (Salvi, 1998, p. 141).

Por lo tanto, hoy, el *civil law* admite perfectamente, como lo señalan Agoglia, Boragina y Meza, siguiendo a Zavala de González, que quede perfectamente configurada la dependencia, relación de encargo, o instrucción, con «la mera autorización tácita para operar dentro de la esfera propia del principal, en su interés» (Agoglia, Boragina y Meza, 1995, p. 41). Para ello, es suficiente que el principal ejerza sobre el agente un poder de dirección, supervisión y control, como ya lo ha admitido la experiencia francesa y, hoy, la jurisprudencia peruana. A esto es lo que alude propiamente la exigencia de entender el requisito de «operar por cuenta ajena con cierta elasticidad», habiendo expresado Alpa que «las tendencias que han venido surgiendo en los distintos ordenamientos apuntan, no a considerar excepcional, sino a extender esta hipótesis de responsabilidad, y a evaluar con extrema elasticidad tanto el primero como el segundo de los presupuestos señalados [refiriéndose a los requisitos de la existencia del vínculo entre el principal y el agente, y de que este actúe en ocasión o durante el ejercicio del encargo]. En la experiencia francesa, por ejemplo, ha caído el requisito de la elección del subordinado realizada por el comitente: es suficiente que éste ejerza sobre el primero un poder de dirección, supervisión o control» (Alpa, 2006, p. 854).

La expresión «mera autorización tácita para operar» significa pues la identificación de ese poder de control y dirección del principal; por lo que el requisito del «encargo» puede ser expreso o tácito.

A partir del nuevo entendimiento de lo que significa la «mera autorización tácita» de operar por cuenta del principal, es perfectamente posible incluir dentro de dicho significado el supuesto en donde el agente se encuentra ejecutando los objetivos de toda una organización dominada por el principal; lo que en materia penal ha dado lugar al desarrollo de la denominada «teoría del dominio de la organización», conocida también como «teoría del dominio del hecho».

La teoría del dominio del hecho de la organización encuentra su origen en el derecho penal alemán, gracias a la tesis publicada en 1963 por el profesor Claus Roxin, publicada originalmente bajo el título «Autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder», para luego ser reformulado como «Autoría mediata por dominio de hecho de la organización». Bajo esta teoría, el alto funcionario de la organización emitía órdenes que debían ser cumplidas por los ejecutores materiales y en donde la ejecución de dichas directivas se aseguraba debido: (i) a la existencia de una estructura jerárquicamente organizada; (ii) al control que el superior jerárquico ejercía sobre dicha estructura; y (iii) a la fungibilidad de los ejecutores (Roxin, 2016, pp. 239-245, 300-306; Meini, 2008, pp. 17-68).

Esta teoría, obviamente con algunas reformulaciones, es perfectamente aplicable para ser comprendida dentro del concepto de «operar por cuenta ajena» y aplicada como fundamento del artículo 1981 del Código Civil peruano, por lo que puede predicarse en sede civil una teoría del «dominio del hecho» como se debe preferir denominarla para el ámbito civil. El concepto de «operar por cuenta ajena», entonces, comprende perfectamente los supuestos que se dan cuando la voluntad del agente está dirigida a cumplir con los objetivos de una organización, por ejemplo, corporativa, sobre el cual «alguien» —que podría ser, inclusive, una matriz— tiene el dominio del desencadenamiento de los hechos, en su condición de principal.

Lo importante en el requisito de «operar por cuenta ajena» es la identificación de la relación de hecho que subyace entre el principal y

el agente, en donde no resultará necesario probar la existencia de una orden formal y específica emitida por el principal, dirigida a causar daño. Bastará la «mera autorización tácita» para operar por cuenta del principal, lo que se obtiene identificando de quién emana el poder de control y dirección de la acción.

Lo que interesa acreditar, entonces, es que las acciones del agente se efectúan en función de la estructura organizativa de control en la que el agente se encuentra bajo el dominio del principal. Es decir, debe acreditarse que: (i) el control de los hechos que sucedieron e involucraron al agente dependían de una decisión del principal; o que (ii) la dirección del principal, implica que toda acción de control dependa de su prevención y supervisión hacia el agente para evitar los efectos dañosos de la acción de este; prevención y supervisión que, al ser unilateral, consagra una responsabilidad objetiva, por lo que, al no adoptarse, implica la responsabilidad del principal como garante de los excesos de su agente.

Aquí, no faltan quienes creen que, en el fondo, no existe propiamente una «responsabilidad por hecho ajeno», pues en última instancia el principal termina respondiendo por sus propias acciones de control. Pero en realidad, lo que sucede, es que la expresión «responsabilidad por hecho ajeno» nunca ha debido interpretarse como asunción de una deuda ajena; sino responsabilidad propia por acciones de terceros de los que se vale el principal para ejecutar sus objetivos. Esta es la verdadera reformulación conceptual.

Hoy por hoy, entonces, se debe entender que el artículo 1981 del Código Civil está pensado siempre para hacer responsable a un autor indirecto por una decisión que de él depende, atribuyéndole responsabilidad pese a no ser el causante material del daño, lo que se verifica a través de una relación de encargo al autor material del daño.

La interpretación «contemporánea» de este concepto de «operar por cuenta ajena» y de lo que significa la «autorización tácita» para operar por cuenta del principal, ha sido ya plenamente acogida por la jurisprudencia

de la Corte Suprema de la República del Perú, a través de las casaciones 47-2010-Del Santa, de fecha 21 de octubre de 2010 (noveno considerando), referida al requisito de la «relación de subordinación» entendida como una relación de hecho; 260-2012-Cajamarca, de fecha 14 de mayo de 2014; 384-2013-Cajamarca, de fecha 3 de octubre de 2013 y 2065-2014-Cajamarca, de fecha 5 de agosto de 2015; todas estas últimas referidas al reconocimiento del poder de control y dirección del principal.

#### 4. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es la justificación que se da a la responsabilidad por los hechos del dependiente desde una perspectiva basada en la culpa?
2. ¿Cuál es la justificación que se da a la responsabilidad por los hechos del dependiente desde una perspectiva basada en la representación?
3. ¿Cuál es la justificación que se da a la responsabilidad por los hechos del dependiente desde una perspectiva basada en el riesgo?
4. ¿Cuáles son los requisitos para considerar a la responsabilidad del principal por los hechos del dependiente como un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno, en la perspectiva actual contemporánea?

Fondo Editorial PUCP

## BIBLIOGRAFÍA

- Agoglia, María, Juan Boragina & Jorge Meza (1995). *Responsabilidad por hecho ajeno*. Buenos Aires: De Palma.
- Alpa, Guido (2006). *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Traducción de Leysser León Hilario. Lima: Jurista Editores.
- Alterini, Aníbal (1987). *Responsabilidad civil* (tercera edición). Buenos Aires: Abeledo-Perrot
- Barceló Doménech, Javier (1995). *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España.
- Bianca, Massimo (1994). *Diritto civile*. Tomos IV y V. Milán: Giuffrè.
- Bonilini, Giovanni (1983). *Il danno non patrimoniale*. Milán: Giuffrè.
- Bonvicini, Eugenio (1976). *La responsabilità civile per fatto altrui*. Milán: Giuffrè.
- Bullard, Alfredo (2003). Causalidad probabilística. En Alfredo Bullard, *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales* (pp. 525-540). Lima: Palestra.
- Bustamante Alsina, Jorge (1987). *Teoría general de la responsabilidad civil* (quinta edición). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- Calabresi, Guido (1984). *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Traducción de la edición norteamericana de 1970. Barcelona: Ariel.
- Castronovo, Carlo (1997). *La nuova responsabilità civile* (segunda edición). Milán: Giuffrè.
- Compagnucci, Rubén & Eduardo Zannoni (1984). *Responsabilidad civil y relación de causalidad. Responsabilidad por productos elaborados*. Colección Seguros y Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Astrea.
- Comporti, Marco (1965). *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Nápoles: Morano.
- Corsaro, Luigi (2001). Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano. En Guido Alpa y otros, *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Traducción de Leysser León Hilario (pp. 135- 186). Lima: Ara.
- Chianale, Angelo (1993). *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*. Milán: Giuffrè.
- Chironi, Gian Pietro (1928). *La culpa en el derecho civil moderno*. Tomo II. Culpa extracontractual. Traducción de la segunda edición italiana corregida y aumentada por C. Bernaldo de Quirós. Madrid: Reus.
- De Cupis, Adriano (1975). *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de la segunda edición italiana por Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch.
- De Trazegnies, Fernando (1988). *La responsabilidad extracontractual*. Vol. IV. Tomos I y II. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Di Majo, Adolfo (2003). *La tutela civile dei diritti* (cuarta edición revisada y ampliada). Milán: Giuffrè.
- Espinoza Espinoza, Juan (2016). *Derecho de la responsabilidad civil* (octava edición). Lima: Instituto Pacífico.
- Ferrari, Franco (1992). *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*. Milán: Giuffrè.

- Franzoni, Massimo (1993). *Fatti illeciti*. Serie Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. Libro IV: Obbligazioni. Bologna – Roma: Zanichelli – Il Foro Italiano.
- Franzoni, Massimo (2004). *L'Illecito*. Serie Trattato della responsabilità civile. Milán: Giuffrè.
- Gallo, Paolo (1996). *Pene private e responsabilità civile*. Milán: Giuffrè.
- Giorgi, Giorgio (1911). *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Volumen V. Traducción de la séptima edición italiana por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid: Hijos de Reus.
- Goldenberg, Isidoro (1989). *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.
- Hirschberg, Eliyahu (1976). *El principio nominalista. Un enfoque jurídico acerca de la inflación, la deflación, la devaluación y la revaluación*. Buenos Aires: Depalma.
- León Barandiarán, José (1977). *Manual del acto jurídico* (cuarta edición aumentada y corregida, con notas suplementarias). Lima: Gráfica Morsom.
- León Hilario, Leysser (2017). *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas* (tercera edición corregida y aumentada). Lima: Instituto Pacífico.
- Mazeud, Henry y León & André Tunc (1962). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tomo primero, volumen II. Traducción de la quinta edición francesa por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Meini Iván (2008). *El dominio de la organización en derecho penal*. Lima: Palestra.
- Miccio, Renato (1973). *I diritti di crédito*. Tomos I-III. Turín: UTET.
- Minozzi, Alfredo (1901). *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*. Milán: Società Editrice Libreria.

- Monateri, Pier Giuseppe (2002). *Illecito e responsabilità civile*. Tomo I. Serie Trattato di Diritto Privato. Volumen X. Turín: G. Giappichelli.
- Mosset Iturraspe, Jorge (1999). *Responsabilidad por daños*. Tomo V. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Orgaz, Alfredo (1952). *El daño resarcible (actos ilícitos)*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Osterling Parodi, Felipe & Mario Castillo Freyre (2003). *Tratado de las obligaciones*. Cuarta parte. Tomo X. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Pacchioni, Giovanni (1940). *Dei delitti e quasi delitti*. Parte Segunda. Volumen IV. Serie Diritto Civile Italiano. Padua: Cedam.
- Posner, Richard (2013). *El análisis económico del derecho*. Primera reimpresión de la segunda edición en español. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Rey de Castro, Alberto (1972). *La responsabilidad civil extracontractual*. Lima: UNMSM.
- Roxin, Claus (2016). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Traducción de la novena edición alemana. Madrid: Marcial Pons.
- Salvi, Cesare (1998). *La responsabilità civile*. Milán: Giuffrè.
- Schlesinger, Piero (1999). La injusticia del daño en el ilícito civil. *Themis*, 39, 311-319.
- Solé Feliu, Josep (2012). *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*. Madrid: Reus.
- Taboada, Lizardo (2001). *Elementos de la responsabilidad civil*. Lima: Grijley.
- Trigo Represas, Félix (1978). *Responsabilidad civil de los profesionales*. Colección Seguros y Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Astrea.
- Trimarchi, Pietro (1961). *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milán: Giuffrè.
- Visintini, Giovanna (1996). *Trattato breve della responsabilità civile*. Padua: Cedam.

## VOLÚMENES PUBLICADOS

1. *Derechos reales*. Jorge Avendaño V. y Francisco Avendaño A.
2. *Los derechos fundamentales*. César Landa Arroyo
3. *Derecho penal básico*. Felipe Andrés Villavicencio Terreros
4. *Derecho constitucional*. Carlos Blancas Bustamante
5. *Introducción al derecho ambiental*. Patrick Wieland Fernandini
6. *Nociones básicas de derecho internacional público*. Elizabeth Salmón
7. *La enseñanza del derecho*. Lorenzo Zolezzi Ibárcena
8. *Derecho constitucional económico*. Baldo Kresalja y César Ochoa
9. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Juan Carlos Morón Urbina y Zita Aguilera B.
10. *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Marcial Rubio Correa y Elmer Arce
11. *Derecho tributario: temas básicos*. Francisco Ruiz de Castilla
12. *El mercado de valores en fácil*. Lilian Rocca
13. *Derecho de las obligaciones*. Mario Castillo Freyre
14. *Derecho de sucesiones*. César E. Fernández Arce
15. *Ética y ejercicio de la ciudadanía*. Alberto Simons Camino, S.J.
16. *Arbitraje comercial nacional e internacional*.  
César Guzmán-Barrón Sobrevilla

17. *Derecho eclesiástico del Estado peruano*. Milagros Revilla Izquierdo
18. *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*. José Ugaz Sánchez-Moreno y Francisco Ugaz Heudebert
19. *Sistema de justicia en el Perú*. David Lovatón Palacios
20. *Manual de derecho marítimo*. Percy Urday B.
21. *Los secretos de los seguros*. Alonso Núñez del Prado Simons
22. *Derecho internacional privado*. César Delgado Barreto y María Antonieta Delgado Menéndez
23. *Introducción al derecho urbanístico*. Iván Ortiz Sánchez
24. *La protección jurídica de los signos distintivos. Marcas, nombres y lemas comerciales*. María del Carmen Arana Courrejolles
25. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. Julio Salas Sánchez
26. *Las creaciones industriales y su protección jurídica. Patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales y secretos empresariales*. Baldo Kresalja Rosselló
27. *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Víctor Prado Saldarriaga
28. *El derecho a la seguridad social*. César Gonzales Hunt y Javier Paitán Martínez
29. *Derecho de la niñez y adolescencia*. María Consuelo Barletta Villarán
30. *La interpretación de la ley. Teoría y métodos*. Shoschana Zusman T.
31. *Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú*. Christian Donayre Montesinos
32. *Derecho tributario. Impuesto a la renta: aspectos significativos*. Humberto Medrano
33. *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Javier La Rosa y Gino Rivas
34. *Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano*. Róger Rodríguez Iturri
35. *Análisis económico del derecho*. Alfredo Bullard
36. *Derecho procesal constitucional*. César Landa

37. *La Sunat y los procedimientos administrativos tributarios.*  
Carmen del Pilar Robles Moreno
38. *Introducción al derecho de las telecomunicaciones.* Diego Zegarra Valdivia
39. *La Defensoría del Pueblo en el Perú y en el mundo.* Walter Albán
40. *El derecho de la función pública y el servicio civil. Nociones fundamentales.*  
Janeyri Boyer Carrera
41. *Derecho individual del trabajo en el Perú.* Víctor Ferro Delgado
42. *El proceso y la tutela de los derechos.* Giovanni F. Priori Posada
43. *El proceso contencioso-administrativo.* Ramón Huapaya Tapía
44. *Introducción al derecho romano.* Elvira Mendez Chang
45. *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos.*  
Leysser León Hilario

Fondo Editorial PUCP

Se terminó de imprimir en  
los talleres gráficos de  
Tarea Asociación Gráfica Educativa  
Psje. María Auxiliadora 156, Breña  
Correo e.: [tareagrafica@tareagrafica.com](mailto:tareagrafica@tareagrafica.com)  
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582  
Se utilizaron caracteres  
Adobe Garamond Pro en 11 puntos  
para el cuerpo del texto  
noviembre 2019 Lima - Perú

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP