

TITULO II

LA MODERNA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

CAPITULO I

LAS TENDENCIAS EN BOGA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

40. *Supra*, No. 15.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

42. *Supra*, No. 15.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

44. *Loc. cit.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

