

# El Ámbito Dual del «Juicio de Resarcibilidad» en el Ordenamiento Jurídico Peruano

La negación de la antijuridicidad como categoría normativa en el análisis de responsabilidad civil y la natural afirmación de la resarcibilidad de los «actos lícitos dañosos» en el Código Civil Peruano

Héctor Augusto Campos García<sup>(\*)</sup>(\*\*)(\*\*\*)

## RESUMEN:

En el presente artículo, se puede observar el trabajo de un litigante que busca reflexionar sobre su práctica diaria. El autor busca poner al descubierto una costumbre generalizada como la de agregar el criterio de antijuridicidad en el juicio de resarcibilidad, mediante un análisis comparativo de los sistemas civiles que inspiraron la normativa peruana, el autor demuestra la no esencialidad de la antijuridicidad, que busca generar una ampliación del campo de acción de la responsabilidad civil.

## PALABRAS CLAVE:

Tutela Resarcitoria de los Intereses - Antijuridicidad - Hechos Ilícitos - Juicio de Resarcibilidad - Responsabilidad Civil - Daño Concurrencial

## SUMARIO:

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: «ABRIR UN CAMINO (...)».
2. APROXIMACIÓN COMPARATISTA AL PROBLEMA: LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN PARA LA TUTELA RESARCITORIA DE LOS INTERESES.
3. LA NEGACIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD O ILICITUD COMO UN CONDICIONANTE DEL ACTO GENERADOR DE LA RESPONSABILIDAD TODA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.
4. EL ÁMBITO DUAL DEL JUICIO DE RESARCIBILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO Y LA INNecesaria TEORIZACIÓN ESPECIAL SOBRE LOS «ACTOS LÍCITOS DAÑOSOS» O LOS «HECHOS NO ANTIJURIDICOS».
5. PRECISIONES FINALES: UNA NECESARIA REFERENCIA A LA ANTIJURIDICIDAD PRESENTE FUERA DE LA NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL Y UNA BREVE APOSTILLA A UN ARTÍCULO SOBRE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL.
6. A MODO DE CONCLUSIÓN: «(...) PERO QUE AÚN SE ENCUENTRA POR CONSTRUIR».

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresado de la Maestría con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Acto Jurídico y Adjunto de Docencia de los cursos de Obligaciones y Responsabilidad Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de Docencia del Curso de Razonamiento e Investigación Jurídica en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Diploma a nivel de Pos grado en Responsabilidad Civil (UNMSM) y en Aspectos Legales de Construcción (UPC). Estudios de Especialización en Derecho Regulatorio con mención en Derecho de la Energía (OSINERGMIN) y en Arbitraje (CARC-PUCP). Abogado del Área Prevención y Solución de Conflictos en materia Civil y Comercial del Estudio Linares Abogados. Miembro del Consejo de Honor de la Asociación Civil Derecho & Sociedad.

(\*\*) El presente trabajo es un extracto, debidamente modificado y ampliado, del primer capítulo de la primera parte de la tesis que realicé para obtener el título de abogado. La tesis mencionada se titula «La responsabilidad civil del solicitante de una medida cautelar por los daños que ocasiona su actuación sobre la situación jurídica del afectado en el contexto del proceso civil peruano» y fue calificada con la mención de sobresaliente por el jurado conformado por los profesores Hugo Forno Flórez, Leysser León Hilario y Giovanni Priori Posada.

(\*\*\*) En esta ocasión quiero agradecer los valiosos comentarios de los profesores Vladimir Contreras Granda, Daniel Linares Avilez y Eduardo Buendía De Los Santos por haber revisado los borradores del presente trabajo y cuyas sugerencias me permitieron complementar las ideas expuestas a continuación. Sin embargo, debo precisar que cualquier yerro debe ser imputable exclusivamente al autor.

## 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: «ABRIR UN CAMINO (...)»

La práctica del litigio en nuestro medio muestra al operador jurídico una realidad que por lo frecuente no causa extrañeza, pero que si se realiza un análisis detenido puede reflejar una serie de incongruencia y contradicciones con la propia realidad normativa recogida en el Código Civil.

Nos referimos a la mención expresa a la «antijuridicidad» o «ilicitud» como elemento condicionante del análisis de responsabilidad civil, tanto en los escritos de demanda, contestación de demanda, a nivel judicial y arbitral, como en las resoluciones, sentencias y laudos.

Debe precisarse que lo que cuestionamos no es la mera referencia a la «antijuridicidad» al momento de construir o de resolver un caso de responsabilidad civil, sino a los alcances y al rol que pretende dársele al mencionado requisito como elemento condicionante de la determinación de la imposición de una obligación resarcitoria.

De hecho, al momento de imputar responsabilidad en un sujeto debe evaluar una serie de factores frente al daño<sup>1</sup> acaecido; sin embargo, no consideramos que entre ellos deba examinarse la necesaria presencia de la «antijuridicidad», de manera que, por el hecho que una conducta no sea considerada antijurídica, ello no debería llevar a excluir, de manera apriorística, la imputación de responsabilidad civil.

Más aún cuando, previo al propio análisis material, conformado por el estudio del daño, la relación de causalidad y el acto generador de responsabilidad civil; y al análisis de imputabilidad, donde se analiza la aplicación de los distintos criterios de imputación para trasladar el coste económico del daño<sup>2</sup>, debe examinarse los criterios para

determinar si un daño debe o no ser susceptible de ser resarcido<sup>3</sup>.

Dado que en el análisis de un caso de responsabilidad civil se debe pasar por un necesario «juicio de resarcibilidad»<sup>4</sup>, en donde se evaluará precisamente si un determinado interés conculcado por el daño podrá o no ser susceptible de tutela resarcitoria, en consecuencia la referencia a la «antijuridicidad» se presenta como incongruente con el dato legislativo brindado por el Código Civil.

Es frente a este contexto que el objetivo del presente artículo es mostrar, o más bien «abrir un camino» que revele, cómo la «antijuridicidad» o «ilicitud» no es una categoría normativa presente en el supuesto de hecho hipotético de la responsabilidad aquiliana en nuestro ordenamiento.

Para cumplir con este objetivo, en un primer momento, se realizará una aproximación comparativa a los distintos criterios que en los modelos jurídicos continentales se han empleado para seleccionar qué intereses lesionados podrán ser tuteados por el ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, daremos cuenta de las razones por las cuales consideramos que la antijuridicidad no es una categoría normativa en la regulación establecida por el Código Civil peruano para la responsabilidad civil y cómo, en consecuencia, es que se debe reconocer un ámbito dual del «juicio de resarcibilidad» conformado tanto por actos lícitos como por actos ilícitos.

Finalmente, someteremos a prueba nuestra posición, siempre en una lectura de *iure conditio* de nuestra normativa, a partir del análisis de dos situaciones concretas; a saber: el denominado «daño concurrencial» y el, siempre debatido, «daño al medio ambiente».

1 Entre los elementos del daño, a efectos de que sea resarcible, tenemos los siguientes: (i) el daño debe ser cierto (certeza del daño); (ii) el daño no debe haber sido reparado (subsistencia del daño); (iii) el daño debe ser personal (especialidad del daño). Respecto de estos requisitos en concreto puede revisarse MAZEAUD, Henri y León. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Vol. 1. Parte 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977. pp. 301-386.

2 En sede nacional comparte este parecer FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón «De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano). *Themis*. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No 50. pp. 251-252, quien diferencia dos niveles de análisis dentro de la responsabilidad civil: el análisis material (donde se determina al causante del daño) y el análisis de imputabilidad (donde se establece al responsable del daño).

3 FRANZONI, Massimo. «Dei Fatti illeciti». En: *Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca a cura di Francesco Galgano. Libro quinto: obbligazioni. Artt. 2043-2059*. Zanichelli ed., Bologna y Soc. ed. Del Foro italiano, Roma. 1993. p. 1152, quien diferencia dos etapas dentro del análisis de la responsabilidad civil: en primer lugar, una etapa en la cual se determinaba si es que debía o no hacerse a una sujeto responsable (lo cual se identifica, principalmente, con la determinación de la injusticia del daño) y; en segundo lugar, una etapa en la que se analizaba como era que debía hacerse responsable a dicho sujeto (esto a través de la aplicación de los criterios de imputación).

4 CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto. «El «juicio de resarcibilidad» en el ordenamiento jurídico peruano. Reflexiones iniciales sobre los alcances del artículo 1971 del Código Civil peruano y la afirmación de la responsabilidad civil en el ejercicio regular de un derecho». *Ius et Veritas*. No 45. Asociación Civil Ius et Veritas. Diciembre. 2012. pp. 210-227. Básicamente, en el «juicio de resarcibilidad», lo que nos interesa saber es si el daño ocasionado por un acto generador determinado puede estar bajo el ámbito de protección de la tutela resarcitoria; es decir, si frente a la lesión o menoscabo que sufra la víctima, esta cuenta o no con tutela resarcitoria para satisfacer su interés conculcado por el daño; en otros términos, se analizará si un daño es pasible o no de ser tutelado por la responsabilidad civil, lo cual no implica, préstese atención a esto, que necesariamente vaya a ser resarcido.

## 2. APROXIMACIÓN COMPARATISTA AL PROBLEMA: LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN PARA LA TUTELA RESARCITORIA DE LOS INTERESES

Debemos iniciar este acápite indicando que la determinación de los criterios para seleccionar qué tipo de intereses podrán ser tutelados por la responsabilidad civil, atañe al problema de la tipicidad o atipicidad de un modelo de tutela resarcitoria.

De este modo, este problema responde a la necesidad de establecer una opción, por parte del sistema, entre dos posibilidades: o proteger mediante la tutela resarcitoria la ocurrencia de ciertos tipos de daños, en la medida que encuentren suficientemente determinados por los precedentes o por una enumeración legislativa; o por el contrario, realizar una protección de daños lo suficientemente abierta, independiente de si está o no tipificado, con la finalidad de agregar otras figuras.

Se debe entender que la opción que se asuma es propia de cada sistema, por lo que a efectos de tener una visión informada de la racionalidad, y particularidades, de nuestra normativa civil, pues se hace necesario realizar una aproximación, en clave comparatista, a los principales modelos que informaron nuestro sistema a efectos de determinar el exacto rol que puede cumplir la «antijuridicidad» en el establecimiento de la imputación de una obligación resarcitoria.

### 2.1. Una necesaria referencia al modelo francés: la culpa en el *Code* y el acogimiento del hecho ilícito en el *Avant-Projet Catala*

No está de más recordar que nuestra normativa dedicada al tratamiento de la responsabilidad extracontractual se encuentra regulada sobre la

base del modelo francés de la «responsabilidad delictual», por ello resulta necesario hacer hincapié en este modelo con la finalidad de apreciar si en este nivel (juicio de resarcibilidad) es posible realizar una lectura «afrancesada» de nuestra normativa.

Empecemos por reconocer el carácter atípico (referido a la noción de daño) de este modelo de responsabilidad civil, toda vez que, sobre la base de la normativa del *Code*<sup>5</sup>, el daño no requiere de alguna previsión normativa para ser considerado como reparable<sup>6</sup>.

Así, dentro de un sistema de atipicidad de la responsabilidad civil, en tanto elemento objetivo del ilícito, dejó de ser considerado primero como la lesión a los intereses explícitamente protegidos por la ley como derechos subjetivos; y luego como la lesión de un interés legítimo jurídicamente protegido (*intérêt légitime juridiquement protégé*) para ser entendido como la lesión de un interés jurídicamente protegido (*intérêt juridiquement protégé*)<sup>7</sup>.

Ahora bien, en lo que se refiere al criterio para la selección de tutela resarcitoria de los intereses (juicio de resarcibilidad) se tiene que desde una perspectiva ochocentista en la que se enmarcó el surgimiento de esta normativa dispuso que dicho rol lo desempeñe la culpa, con lo que ésta constituía el único fundamento de la responsabilidad civil, y en consecuencia, era el criterio selector exclusivo de tutela resarcitoria de los intereses conculcados por el daño<sup>8</sup>.

Desde esta perspectiva, a pesar de que legislativamente no se reconocía la categoría de «hecho ilícito», la doctrina<sup>9</sup> no dudaba en afirmar que debido al rol que cumplía la culpa no había inconveniente en sostener que el hecho ilícito (ilicitud) era el fundamento de la responsabilidad civil.

5 *Code Civil*. Artículo 1382.- «Cualquier hecho del hombre que ocasiona un daño a los demás, obliga aquel por cuya culpa se ha producido, a resarcir el daño causado». Artículo 1383.- «Todo sujeto responde del daño que ha causado, no sólo en virtud de hecho propio, sino también por su negligencia o por su imprudencia». Artículo 1384.- «Se responde no solo del daño ocasionado por hecho propio, sino también del daño causado por actos de las personas por las que debe responder o de las cosas que se tiene en custodia».

6 Sin embargo, se debe precisar que el artículo 1382, hoy indiscutible cláusula general de responsabilidad delictual en el sistema francés, fue considerada durante un amplio período de tiempo como una norma que proclamaba la tipicidad del ilícito civil dada la ecuación establecida entre la noción de daño y la lesión de un derecho subjetivo. Así lo informa, FERRARI, Franco. «La contraposición entre los modelos francés y alemán». En: *Atlas de Derecho Privado Comparado*. Coordinador Franco Galgano con la colaboración de Franco Ferrari y Gianmaria Ajani. Traducción de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdura Server. Madrid: Fondo Cultural del Notariado, 2000. pp. 246-247.

7 STARCK, Boris. *Droit Civil. Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*. 2<sup>e</sup> édition. París: Librairies Techniques, 1972-76. p. 49.. Asimismo, VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Tomo 1. La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad. Traducción de Aida Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999. p. 24.

8 La razón por la cual el autor de un daño es condenado a indemnizar a la víctima explica STARCK, Boris. Ídem. pp. 17-19, consiste en que la comisión del daño se realiza por culpa del autor, ello pues justifica que la culpa sea considerada como el único fundamento de la responsabilidad civil en Francia. No obstante, debe remarcarse que a través de la legislación especial y los desarrollos de la jurisprudencia se fueron delineando supuestos de responsabilidad sin culpa, lo cual se complementaba con una evolución de la doctrina francesa la cual desarrolla, por ejemplo, las teorías del riesgo beneficio, riesgo creado, teorías mixtas (culpa y riesgo), teoría de la garantía entre otras. (Ídem. pp. 25-46).

9 VISINTINI, Giovanna. Íbid. Indica que cuando la doctrina francesa alude a la *faute délictuelle* se determina como sinónimo de acto ilícito y de hecho generador de responsabilidad civil.

En esta línea es que en la discusión sobre la reforma del Código Civil francés, de manera expresa, se ha querido incorporar la noción de «hecho ilícito» (y por la tanto de la ilicitud) en la normativa dirigida a regular la «responsabilidad extracontractual».

Así solo por citar un ejemplo<sup>10</sup>, en el *Avant-Projet* de Reforma del Derecho de las Obligaciones y del Derecho de la Prescripción elaborado por una comisión de civilistas dirigida por el profesor Pierre Catala<sup>11</sup>, se propone dentro de las Disposiciones Generales que «[T]odo hecho ilícito o anormal que cause daño a otro obliga a quien le es imputable a repararlo», con lo cual se aprecia a nivel de propuesta normativa el acogimiento de la categoría de la ilicitud como condicionante del análisis de responsabilidad civil.

## 2.2. Breve alusión a la antijuridicidad en el modelo alemán: el BGB y la Ley de modernización del derecho de obligaciones (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*)

En el ordenamiento jurídico alemán, no es una novedad sostener el carácter típico<sup>12</sup> de su modelo

de responsabilidad civil dada la literalidad de la normativa<sup>13</sup> destinada a la regulación de los «actos ilícitos» en el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)<sup>14</sup>, según la cual solo podrá tutelarse mediante el resarcimiento la lesión de ciertos bienes jurídicamente protegidos (referido a la noción de daño) tales como la vida, el cuerpo, la salud, la libertad o la propiedad u otro derecho -léase siempre derecho-, de ahí la referencia a la tipicidad<sup>15</sup>.

En lo concerniente al criterio selector de tutela resarcitoria de los intereses lesionados (juicio de resarcibilidad), tenemos que de manera expresa se establece como presupuesto y como fundamento<sup>16</sup> de la obligación de indemnizar al «comportamiento antijurídico», el cual se explica<sup>17</sup> como la conducta que contradice el ordenamiento jurídico, donde lo antijurídico no es sinónimo de culposo, toda vez que es posible diferenciar entre la antijuridicidad objetiva o, simplemente, antijuridicidad (que alude al hecho externo de que se ha obrado en contradicción con un precepto jurídico) y antijuridicidad subjetiva (referida a la conducta que se reconduce a una falta de la voluntad)<sup>18</sup>.

10 No puede dejarse de mencionar, que la misma dirección a seguido el Proyecto de reforma de Derecho de los contratos y de la responsabilidad civil impulsados por la *Académie des Sciences Morales et Politiques* bajo la guía de François Terré. Para una visión informada de los proyectos de codificación en Europa se de consulta necesaria LEÓN HILARIO, Leysser. «De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del Derecho Privado europeo en América Latina». *Ius et Veritas*. N° 42. Julio. 2011. pp. 28-53.

11 Sobre el particular puede consultarse VINEY, Geneviève. «Subtítulo III – «De la responsabilidad civil» (arts. 1340-1386). Exposición de Motivos». En: *Del Contrato, de las Obligaciones y de la Prescripción. Ante-Proyecto de Reforma del Código Civil francés. Libro III, títulos III y XX*. Traducción a cargo de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. pp. 247-259. Asimismo, para una visión panorámica del proyecto en lo referido a la responsabilidad extracontractual, FERRANTE, Alfredo. «Una primera aproximación al *Avant-projet Catala* y a la nueva responsabilidad civil en el Derecho Francés». *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona. Enero. 2008. pp. 4-25.

12 La tipicidad no es exclusiva del modelo alemán, así el sistema del *common law* en el régimen de *law of tort* recoge un sistema de tipicidad delimitado por la técnica de los precedentes jurisprudenciales, así lo refieren, entre otros, KIRALFY, Albert. *Voz. «Tort»*. En: *Enciclopedia Giuridica*. Vol. XV. Roma: Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, 1989. p. 1 (de la separata); DELL'AQUILA, Enrico. *I principi generali Della responsabilità civile nel diritto inglese*. Studi di diritto privato italiano e straniero fondata da Mario Rotondi. Vol. XXVIII. Milano: Giuffrè, 1989; GALLO, Paolo. «Tipicidad y atipicidad del ilícito civil en el *common law*». En: *Atlas de Derecho Privado Comparado*. Coordinador Franco Galgano con la colaboración de Franco Ferrari y Gianmaria Ajani. Traducción de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdera Server. Madrid: Fondo Cultural del Notariado, 2000. pp. 262-277. Es más la tipicidad era una característica propia del «sistema» romano, así lo hace notar, entre otros, JING, Li. *Riparazione del danno extracontrattuale: sistema giuridico romanistico, elaborazione canonistica e prospettive attuali*. Tesi di dottorato di ricerca in sistema Giuridico-romanistico: Unificazione del Diritto e Diritto dell'integrazione. XIX ciclo. Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Roma «Tor Vergata». Roma. 2007. pp. 78-86.

13 Así lo hace notar, por ejemplo, ALPA, Guido. *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Edición, traducción y notas de Leysser León. Estudio preliminar de Alessandro Somma. Lima: Jurista editores, 2006. p. 149.

14 *Bürgerliches Gesetzbuch*. § 823.- *Deber de resarcimiento de los daños*.

(1) Aquel que con dolo o culpa infiera antijurídicamente a otro un daño en su vida, en su cuerpo, salud o libertad o en la propiedad de sus cosas u otro derecho cualquiera, queda obligado a repararle el daño producido.

15 Sobre el particular, si bien esta es la posición mayoritaria, la misma no ha estado exenta de lecturas paralelas que sostienen, por ejemplo, una «atipicidad potencial», en ese sentido: VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Tomo 2. El daño. Otros criterios de imputación. Traducción de Aida Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999. pp. 6-8. Las dos posibilidades de interpretación del sistema alemán de responsabilidad aquiliana (una como un sistema que reacciona contra la lesión de cualquier derecho absoluto y otra como un sistema que regula una atipicidad potencial) han sido reseñadas, en nuestro medio, por FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Ob. cit. p. 246.

16 LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958-1959. p. 191. En un sentido diverso, se ha afirmado que «no es la antijuridicidad elemento constitutivo de la *fattispecie* de responsabilidad, sino la no antijuridicidad, debida a la presencia de causas de justificación como elemento impeditivo de la responsabilidad misma», así CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. Terza edizione. Milano: Giuffrè, 2006. p. 21.

17 LEHMANN, Heinrich. *Parte general*. Vol. I. Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por José M.a Navas. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956. pp. 485-486.

18 GALLO, Paolo. «Tipicidad y atipicidad del ilícito civil en el *common law*». Ob. cit. p. 250, señala que «la doctrina alemana distingue entre *Erfolgsunrecht* y *Handlungsunrecht*. Según los defensores de la primera teoría, hay antijuridicidad siempre que se produce un daño o, en otros términos, el evento dañoso es suficiente por sí mismo para constatar la antijuridicidad. La segunda teoría, enunciada sólo recientemente, parte del presupuesto que no todos los comportamientos que ocasionan daños son antijurídicos, sino que, según

Es importante destacar el agregado que el párrafo 823 del BGB sufrió en el 2002<sup>19</sup>, según el cual el deber de resarcimiento también «rige para aquel que viole la ley dirigida a la protección de otro», y en tal caso, «aunque según el contenido de la ley la infracción de la misma sea posible en ausencia de culpa, el deber de resarcir sólo se perfeccionará en caso de culpa», relativizándose el carácter atípico de la responsabilidad civil y reafirmandose así la antijuridicidad como condicionante de la imputación de la obligación reparatoria.

### 2.3. La infaltable referencia a la injusticia del daño en el modelo italiano: el *Codice* y su encuadramiento dentro de la categoría de los «hechos ilícitos»

El modelo italiano, se enmarca, sobre la base de un criterio discrecional<sup>20</sup>, también dentro de los regímenes atípicos de responsabilidad civil al estructurarse su normativa civil<sup>21</sup>, y en específico sus elementos constitutivos<sup>22</sup>, bajo una cláusula normativa general que no limita el alcance del tipo de afectación producida en la víctima (noción de daño).

En cuanto al criterio selectivo y organizativo de los intereses protegidos por la tutela reparatoria

(juicio de resarcibilidad), este es desempeñado por la «injusticia del daño» cuya exacta concepción no ha sido pacífica ni en jurisprudencia<sup>23</sup> ni en doctrina<sup>24</sup>, pero que sin lugar a dudas desempeña el papel de ser el elemento cualificante del supuesto de hecho de responsabilidad civil en el ordenamiento italiano.

No obstante lo apenas indicado, es momento de resaltar un aspecto de carácter fundamental: y es que a pesar de que con la referencia a la «injusticia del daño» se quiere dar énfasis a que la responsabilidad civil debe tener como eje de referencia a la víctima antes que al agente, se termina estableciendo, siempre a nivel normativo, la regulación de la responsabilidad civil en el Título IX bajo la denominación «De los hechos ilícitos».

El efecto de lo anterior es que, desde una perspectiva literal y sistemática, la ilicitud termina siendo una variable a considerar en tanto cualifica al hecho generador de responsabilidad civil, por lo que el «hecho ilícito», como un acto contrario a la ley y lesivo de una situación jurídica de ventaja<sup>25</sup>, es considerado como una de las fuentes de la cual surge la obligación, en concreto, la obligación de tipo reparatoria.

los defensores de esta doctrina, hace falta examinar en cada caso si existe tal antijuridicidad. Con este propósito se distingue entre hecho doloso y hecho culposo, afirmándose que en el primer caso la antijuridicidad existe siempre, pues el derecho debe reprobar un comportamiento intencional que ocasiona un daño. Pero ante un hecho culposo la antijuridicidad se dará cuando quien causa el daño no haya usado la diligencia ordinaria para evitar el evento dañoso».

- 19 Con la Ley de modernización del derecho de obligaciones (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), en vigor desde el 1º de enero de 2002, algunos párrafos del BGB, entre ellos el 823, fueron modificados. Asimismo, no debe perderse de vista que la Segunda Ley de modificación del derecho de la responsabilidad civil (*Zweites Gesetz zur Änderung Schadensersatzrechtlicher Vorschriften*), del 19 de julio del 2002 modificó algunas de las otras normas contenidas en el BGB, tales como los §§ 253 (referida a los daños inmateriales), 825 (sobre la inducción a los actos sexuales), 828 (en alusión a los menores de edad y sordomudos), 839a (responsabilidad del consultor técnico judicial).
- 20 ALPA, Guido. Ob. cit. pp. 457-460.
- 21 *Codice Civile*. Artículo 2043.- *Resarcimiento por hecho ilícito*. «Cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño».
- 22 GALGANO, Francesco. «Struttura del fatto illecito». En: *Diritto Civile e commerciale*. Volumen secondo. Le obbligazioni e i contratti. Tomo secondo. Padova: Cedam, 1990. pp. 281-284, reconoce como elementos de la responsabilidad civil a los objetivos y a los subjetivos, dentro de los primeros tenemos al hecho cometido, el daño injusto, la relación de causalidad entre el hecho y el daño; dentro de los segundo están el dolo y la culpa.
- 23 BUSNELLI, Francesco Donato. Voz: «Illecito civile». En: *Enciclopedia Giuridica*. Vol XV. Roma: Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, 1989. pp. 10-11 (de la separata), ha dicho con claridad que, «Luego de un largo período de incerteza y de contrastes la jurisprudencia ha establecido el principio según el cual la injusticia, que el art. 2043 asume como componente esencial de la *fattispecie* de responsabilidad civil, viene entendida en la doble acepción de daño producido *non iure* y *contra ius*» (p. 10), y se ha precisado que ello no implica que estemos frente a un daño doblemente injusto, sino que dentro de un análisis unitario de injusticia se reconocen dos presupuestos: (i) uno subjetivo (referido a la conducta del dañador); y, (ii) uno objetivo (que alude al evento lesivo de un interés merecedor de tutela del damnificado).
- 24 Algunas posturas del concepto de injusticia la entienden: (i) como la violación de un derecho subjetivo absoluto o protegido por la ley en los límites de la generalidad (RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Undicesima edizione. Terza ristampa con apéndice di aggiornamento. Napoli: Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, 1997. p. 757; BENUCCI, Eduardo Bonasi. *La responsabilidad civil*. Traducción y notas de Derecho español por Juan V. Fuentes Lojo y José Peréz Raluy. Barcelona: Bosch, 1958. p. 28); (ii) como fórmula que resume las hipótesis en las cuales el daño se produce en ausencia de una causa de justificación (SCHLESINGER, Piero. «La injusticia del daño en el acto ilícito civil». En: *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Traducción y edición al cuidado de Leysser León. Prólogo de Fernando de Trazegnies Granda. Lima: Ara editores, 2001. p. 53); (iii) como una lesión de cualquier situación jurídica subjetiva jurídicamente relevante acordados de varios modos por la norma (RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 112; SCOGNAMIGLIO, Renato. Voz: «Responsabilità civile». *Novissimo Digesto Italiano*. XV, Torino. 1968. p. 628); (iv) como interés protegido por el derecho respecto al cual la lesión producida constituye o no una *iniuria* (BETTI, Emile. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. Traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. pp. 148-149); (v) como lesión a un interés jurídicamente tutelado en la vida en relación (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile. La responsabilità*. Tomo V. Milano: Giuffrè, 1994. p. 586); (vi) como una fórmula que realiza una valoración legítimo de los intereses del dañante y del damnificado (TRIMARCHI, Pietro. Voz: «Illecito (dir. priv.)». En: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XX. Milano: Giuffrè, 1970. pp. 100-101).

### 3. LA NEGACIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD O ILICITUD COMO UN CONDICIONANTE DEL ACTO GENERADOR DE LA RESPONSABILIDAD TODA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

El brevísimo panorama apenas realizado a nivel de la legislación comparada nos muestra algunas características que deben destacarse con la finalidad de realizar una aproximación de *lege data* a lo regulado por nuestro ordenamiento.

En primer lugar, apreciamos que los criterios, para seleccionar los intereses que serán protegidos o no por la tutela resarcitoria (juicio de resarcibilidad), que se han empleado han sido la culpa, la antijuridicidad y la injusticia.

En segundo lugar, se ha podido apreciar que el ámbito de la tutela resarcitoria se encuentra influenciado de una u otra manera por el concepto de ilicitud o antijuridicidad<sup>25</sup>, ya sea expresamente como categoría legislativa, como sucede en el modelo germano o italiano; ya sea de manera indirecta bajo la égida de la culpa, como acontece en el modelo francés.

Por ello, y sobre la base de las consideraciones precedentes, empezaremos a mostrar nuestra posición respecto al tratamiento que recibe la delimitación del área del daño resarcible; esto es lo que hemos denominado como «juicio de resarcibilidad» en el ordenamiento jurídico nacional, y si los criterios de selección empleados en otros ordenamientos son aplicables en nuestro sistema.

Para esto partamos por recordar que dentro del análisis de la responsabilidad civil se identifican elementos que deben ser examinados para

determinar la procedencia del traslado del costo económico del daño de la víctima al responsable. Así es necesario establecer la existencia de un daño, de un acto generador, de la relación de causalidad entre estos y el criterio de imputación que justifique el traslado del coste económico del daño.

La situación «problemática» se genera cuando algún sector de la doctrina nacional<sup>27</sup>, sobre la base de la influencia, en sus fuentes, de una parte de la literatura jurídica extranjera latinoamericana<sup>28</sup>, sostiene que el acto generador de responsabilidad civil debe ser cualificado por la antijuridicidad; es decir, que el acto generador para generar responsabilidad civil debe ser ilícito o antijurídico.

En esta línea se ha considerado con una clara y característica persuasión argumentativa que,

*«La antijuridicidad es pues uno de los aspectos fundamentales de la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que originan una responsabilidad civil en el sistema jurídico nacional, que se impone por la propia fuerza de la naturaleza jurídica de los mismos hechos jurídicos ilícitos y por la interpretación sistemática de nuestras normas jurídicas»<sup>29</sup>.*

Donde la antijuridicidad o la conducta antijurídica, en términos modernos según se indica, se genera no solo cuando se contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico<sup>30</sup>; en otros términos, es ilícita, según nomenclatura que es preferible a la antijuridicidad<sup>31</sup>, la conducta que contraría los valores jurídicos.

25 BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y Ugo NATOLI. «Las fuentes de las obligaciones II». En: LEÓN HILARIO, Leysser. *Derecho de las relaciones obligatorias. Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios*. Lima: Palestra, 2007. p. 72. El original de la obra *Diritto civile 3: Obbligazioni e contratti*. Turín: Utet, 1992. pp. 14-17.

26 Al respecto Cfr. BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile. V. La Responsabilità*. Milano: Giuffrè, 1994. p. 544.

27 BALBÍN GUADALUPE, Augusto J. *La responsabilidad extracontractual (Arts. 1969 al 1988 del nuevo Código Civil peruano de 1984). Concordancias-comentario-jurisprudencia*. Lima: editorial Inkari, 1985. pp. 1-14; TABOADA CORDOVA, Lizardo. «¿Es la antijuridicidad un requisito fundamental de la responsabilidad civil extracontractual?» *Advocatus*. Revista de Derecho de los alumnos y egresados de la Universidad de Lima. Año 4. No 6. Lima. 1994. pp. 54-58; Id. *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual*. Segunda edición. Lima: Editora jurídica Grijley, 2003. p. 32 y pp. 39-57; ahora en Id. *Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil*. Compilación y presentación de Rómulo Morales Hervías. Lima: Editora jurídica Grijley, 2006. pp. 393-403; asimismo, BELTRÁN PACHECHO, Jorge. *La responsabilidad civil en las actividades deportivas riesgosas*. Tesis para optar para el título de abogado. PUCP. Facultad de Derecho. Lima, 1997. pp. 314; CALLE CASUSOL, Jean Paul. *Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa*. Lima: Ara editores, 2002. pp. 232-234; PAZOS HAYASHIDA, Javier. «Comentario al artículo 1971 del Código Civil peruano: Hechos dañosos justificados». *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo X. Lima: Gaceta Jurídica, 2005. pp. 137-145; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Cuarta edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2006. pp. 101-106.

28 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Cuarta edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983. p. 87; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. «Responsabilidad civil y relación de causalidad». En: *Seguros y responsabilidad civil*. 5. Buenos Aires: editorial Astrea, 1984. p. 24; ZANNONI, Eduardo A. «Responsabilidad por productos elaborados». En: *Seguros y responsabilidad civil*. 5. Buenos Aires: editorial Astrea, 1984. pp. 268-273. Sin embargo, debe informarse que, de manera contraria a lo que se suele creer, que inclusive algún sector de la doctrina argentina sostiene que la antijuridicidad no es un elemento general de la responsabilidad civil, en ese sentido hay quienes restringen la cualidad de antijuridicidad del acto generador para las hipótesis de la responsabilidad subjetiva (GHERSI), Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Astrea, 1997. pp. 89-99; o quienes reconocen daños resarcibles causados por conductas o actividades lícitas lesivas (ADORNO, Luis O. «Daño (e injusticia del daño)». En: *Responsabilidad civil*. *Derecho de daños. Teoría general de la responsabilidad civil*. Lima: Grijley, 2006. pp. 215-249).

29 TABOADA CORDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. Ob. cit. p. 57.

Ahora bien, no obstante respetar y comprender el planteamiento expuesto, no compartimos tal parecer. Desde nuestro punto de vista, la antijuridicidad<sup>32</sup> o ilicitud no es un presupuesto o elemento de la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento, de manera que no es un requisito *sine qua non*, en términos generales, para la configuración de la obligación resarcitoria.

En nuestra doctrina esto ya ha sido advertido y desarrollado<sup>33</sup>, por lo que en esta ocasión, dentro de nuestras limitaciones, solo pretendemos realizar algunas precisiones adicionales sobre la base de las consideraciones comparatistas indicadas.

En primer lugar, debe hacerse notar que la antijuridicidad o ilicitud no constituyen una categoría normativa o legislativa<sup>34</sup> que se encuentre recogida en nuestra regulación de responsabilidad civil<sup>35</sup>.

Así es, a diferencia del modelo alemán de responsabilidad civil, en nuestro ordenamiento, la antijuridicidad no es un requisito que condicione el comportamiento del agente a efectos de imputarle la obligación resarcitoria.

Lo anterior se desprende del análisis del supuesto de hecho (*fattispecie*) contenido en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil, los cuales requieren

de los siguientes elementos para la configuración de un caso de responsabilidad civil: daño, acto generador, relación de causalidad y criterio de imputación (culpa en el primero y riesgo o exposición al peligro en el segundo), con lo que se aprecia, que toda referencia a la antijuridicidad se encuentra ausente.

Además, lo apenas indicado se confirma con la constatación de que en todos los artículos que nuestra normativa, contenida en el Código Civil, dispone para la regulación de la responsabilidad extracontractual en ninguna de ellas se hace referencia al término «antijuridicidad», con mayor razón cuando es el legislador<sup>36</sup>, quien de manera expresa, a pretendido extraer por completo la referencia al «hecho ilícito» cuando se ha querido referir a la responsabilidad civil.

En segundo lugar, ahora desde una perspectiva sistemática, la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento no se encuentra normada, o si se prefiere «encuadrada», dentro de un título destinado a la regulación de los «actos ilícitos», como sucede en Alemania; o de los «hechos ilícitos» como sucede en Italia.

Así es, la Sección Sexta del Libro VII («Fuentes de las Obligaciones») se titula «Responsabilidad Extracontractual»<sup>37</sup>, hecho que marca con

30 Ídem. p. 32. Así se distingue entre la antijuridicidad típica (cuando se contraviene de manera expresa un dispositivo del ordenamiento jurídico) o de antijuridicidad atípica (cuando la contravención es a los valores que el ordenamiento jurídico, independientemente, de si está regulado en una norma jurídica positiva).

31 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit. p. 105. Si bien es posible advertir diferencias entre las nociones de ilicitud y antijuridicidad (así lo hace notar, entre otros, FRANZONI, Massimo. *Lillecito. Trattato della responsabilità civile diretto da Massimo Franzoni*. Milano: Giuffrè, 2004. pp. 35-38), en lo que sigue del texto se emplearán ambas nociones como equivalentes.

32 Cuando nos referimos a la antijuridicidad hacemos alusión tanto a la «antijuridicidad subjetiva» (acto del hombre en cuanto transgrede al precepto jurídico), como a la «antijuridicidad objetiva» (cualquier hecho que se considere contrario al derecho) por lo que consideramos que las conclusiones a las que arribaremos son aplicables para ambas «formas» de antijuridicidad establecidas en función del objeto de calificación de lo antijurídico. Sobre las distintas formas de antijuridicidad puede consultarse, entre otros, a SCOGNAMIGLIO, Renato. «Illecito (diritto vigente)». En: *Responsabilità e danno*. Torino: G. Giappichelli editore, 2010. pp. 16-18.

33 En este sentido, los desarrollos de los profesores FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Ob. cit. pp. 245-248; y LEÓN HILARIO, Leysser. «La responsabilidad extracontractual (apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano)». En: *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Segunda edición corregida y aumentada. Prólogo de Luigi Corsaro. Lima: Jurista editores, 2007. Nota 4bis. p. 50 y pp. 91-94; asimismo, en *Apéndices, V*, «Notas sobre los trabajos reunidos en el presente volumen», § 1, pp. 799-800.

34 La distinción entre categoría lógica conceptual y categoría legislativa o normativa ha sido cabalmente expresada en los siguientes términos: «La categoría lógica se refiere al concepto y a la teoría (...) es una creación de la doctrina para coadyuvar a la jurisprudencia para aplicar la teoría (...) en el caso concreto. (...) Por el contrario, la categoría legislativa (...) equivale a admitir que un Código Civil tiene regulado (...)». No obstante, realizarse tal distinción en el marco de la discusión del negocio jurídico, creemos que la diferenciación realizada es aplicable para el estudio de cualquier institución jurídica. Cfr. MORALES HERVIAS, Rómulo. «Nuevas perspectivas del negocio jurídico». *Derecho y Sociedad*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No 28. Año XVIII. 2007. p. 293

35 El mismo argumento bastaría, en nuestro concepto, para negar la presencia de la categoría de la «injusticia» como uno de los requisitos que debe cumplir el daño para la imposición de la obligación resarcitoria, de ahí que discrepemos con lo planteado por OJEDA GUILLEN, Luis. «El daño injusto como fundamento de la responsabilidad civil». *Jus. Doctrina y Práctica*. N° 10. 2008. pp. 181-204, aunque, admitimos que podría discutirse sobre la presencia de este concepto a nivel de «categoría conceptual».

36 Así se nos recuerda que «con las modificaciones de los artículos 309 y 458 del Código Civil, introducidas por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 768 y por la Ley 27184 en los años 1993 y 1999, respectivamente, que eliminaron los últimos vestigios codificados de referencia al acto ilícito» (FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Ob. cit. p. 247). En efecto, así lo confirma el constatar que las referencias, en un caso, a «la responsabilidad civil por acto ilícito de un cónyuge»; y, en el otro caso; a los «daños y perjuicios causados por sus actos ilícitos», cambiaron por fraseos tales como «la responsabilidad extracontractual de un cónyuge» o «daños y perjuicios causados», respectivamente.

37 TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. *La responsabilidad extracontractual*. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV. Tomo I. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990. p. 118. Aquí es importante destacar que la denominación original para la sección que regula la responsabilidad aquiliana iba a ser la de «Responsabilidad no derivada de acto jurídico», pero que fue modificada posteriormente, así se nos narra que «Posteriormente, acogiendo las observaciones de los doctores Manuel de la

claridad un cambio, respecto de las regulaciones normativas nacionales de los Códigos Civiles de 1852<sup>38</sup> y 1936<sup>39</sup>, los cuales sí hacían referencia a la normativa «Del acto ilícito» para hacer referencia a la responsabilidad aquiliana.

La razón de este cambio de posición no es otro, reiterémoslo una vez más, que la intención expresa del legislador por realizar toda una reforma en materia de responsabilidad civil<sup>40</sup>, lo cual nos lleva a afirmar que, en nuestro sistema, el análisis de la responsabilidad civil no se encuentra condicionada, ni siquiera de una manera indirecta, por la ilicitud o antijuridicidad.

En tercer lugar, y para confirmar lo ya apuntado, debemos destacar que en nuestro ordenamiento tenemos una norma de carácter general que regula la imputación de responsabilidad civil, según afirma la doctrina nacional<sup>41</sup>, de carácter objetivo. Me refiero al artículo 1970 del Código Civil.

Dicho dispositivo permite reconocer que el Código Civil peruano está compuesto por dos cláusulas generales interpretativas, la primera de carácter subjetiva (en concreto una imputación por culpa) y la segunda de carácter objetivo (en concreto una imputación por riesgo y por exposición al peligro).

Lo anterior, implica, y esto es bueno dejarlo claro, una diferencia y alejamiento, en cuanto a la regulación legislativa de los modelos de responsabilidad civil a los que hemos hecho alusión.

Así, en nuestro sistema, la culpa, en clara diferencia con el sistema clásico francés, no funge como criterio selector de los intereses que serán tutelados por el resarcimiento y; en consecuencia, al no ser posible afirmar la responsabilidad civil exclusivamente en la culpa, no es indispensable reconocer a la antijuridicidad<sup>42</sup> como presupuesto del análisis de la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento.

Con lo expuesto, sobre la base de una interpretación sistemática de dos de los principales artículos que regulan la responsabilidad civil, se puede concluir que no se puede considerar a la antijuridicidad como un elemento de la responsabilidad civil dada la normativa del Código Civil peruano.

En conclusión de este acápite, por razones literales y sistemáticas, sustentadas en una aproximación comparatista del problema<sup>43</sup>, debe quedar claro que a nivel de *lege data* la antijuridicidad o ilicitud no es un elemento que condicione todo análisis de responsabilidad civil en nuestro ordenamiento dado la actual regulación de nuestro Código Civil.

PUNTE y LAVALLE y Fernando VIDAL RAMÍREZ, orientadas básicamente a mantener en la medida de lo posible una cierta tradición terminológica aún cuando se modificara el principio central de la responsabilidad civil, el autor de este trabajo aceptó el cambio de la nueva denominación propuesta en el Anteproyecto por aquella más clásica de 'Responsabilidad extracontractual'. Este «detalle» es importante tenerlo en cuenta toda vez que esta es la razón por la cual se habla en nuestro sistema de «responsabilidad extracontractual» y no el reconocimiento de una supuesta división de sistemas que se base en la constatación o no de un contrato, de manera que no es dable admitir que la responsabilidad aquiliana reconoce, únicamente, los supuestos de daños acaecidos fuera de una relación contractual.

- 38 En el Código Civil de 1852, en específico el Título IV (Obligaciones que nacen de delitos ó de cuasidelitos), de la Sección VII (De las obligaciones que nacen del consentimiento presunto) del Libro III (De las obligaciones y contratos), se establece en el artículo 2191 que «Cualquiera que por sus hechos, descuido ó imprudencia cause un perjuicio á otro, está obligado á subsanarlo (...), en donde el artículo 2190 dispone que «Cuasidelitos son unos hechos ilícitos cometidos solo por culpa y sin dolo»
- 39 En el Código Civil de 1936, en específico en el Título IX (De los actos ilícitos), de la Sección Primera (De los actos jurídicos), del Libro Quinto (Del derecho de obligaciones), se aprecia con mayor claridad la referencia a la ilicitud como elemento integrante de la responsabilidad civil.
- 40 En este caso, la «exposición de motivos» no nos dice mucho (Cfr. BANDIARÁN, José León. «Responsabilidad extracontractual». En: *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. VI. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Compilación realizada por Delia Revoredo de Debakey. Lima: Artes gráficas de la industria avanzada, 1985. pp. 799-808), por lo que resulta de mayor utilidad la revisión de lo expuesto por TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. «La responsabilidad extracontractual en la historia del derecho peruano». En: *Responsabilidad civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma: veinte años después*. Edición bajo la dirección de Juan Espinoza Espinoza. Lima: Palestra, 2005. pp. 23-38, quien enseña que la regulación normativa propuesta inicialmente se basaba sobre tres ideas guía: (i) regular al lado de la responsabilidad por culpa formas de responsabilidad sin culpa; (ii) establecer que la indemnización debía ser entendida como una reparación del daño y no como un castigo contra la culpa del causante; y, (iii) implantar la idea que los costos de los accidentes deben ser distribuidos socialmente. De estas directrices, luego de la intervención de la Comisión Revisora, en la regulación final del Código Civil no se acogieron el íntegro de las ideas-guías propuestas por la Comisión Reformadora, pero ello no significa que se hayan desechado todas las directrices expuesta, ya que el cambio en la nomenclatura que se le dio a la responsabilidad civil (vid. *supra*) refleja el acogimiento, si bien de manera indirecta, de la primera idea-guía del Anteproyecto; esto es, que al no solo existir responsabilidad basada en la culpa, la responsabilidad civil no se presenta como consecuencia irremplazable del acto ilícito, sino que habrá también actos lícitos que conviertan al causante o un tercero en responsable aunque no hubiera hecho nada ilícito ni culpable (Cfr. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. Ob. cit. pp. 110-112).
- 41 TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. Ídem. pp. 121 y ss., quien habla de un principio subjetivo de responsabilidad frente a un principio objetivo de responsabilidad; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Ob. cit. p. 271, quien sostiene que «El artículo 1969 del Código Civil peruano contiene una cláusula general interpretativa de orden normativa por culpa de igual rango que aquella regulada en el artículo 1970 del Código Civil. Por ende el Perú dentro de la responsabilidad extracontractual puede afirmarse un sistema bipolar».
- 42 Nótese cómo es que este argumento es especialmente aplicable a la «antijuridicidad subjetiva» dada la especial configuración de esta forma de antijuridicidad sobre la base de la noción de culpa.
- 43 En esta ocasión no hemos querido realizar toda una exposición sobre la evolución del concepto de «hecho ilícito» en el Derecho Comparado, por lo que nos ilimitaremos a mencionar que ha habido intentos por revalorar el hecho ilícito (MICCIO, Renato. *I diritti di credito*. Volumen II. Parte I. Turin: UTET, 1973. pp. 16-30), o quienes sostienen su concepción como hecho omnicompreensivo (FRANZONI, Massimo. «Dei Fatti illeciti». Ob. cit. pp. 73-84). Para una visión panorámica, consúltese, en nuestra doctrina, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Ob. cit. pp. 245-248.

Por ahora, en vista que nuestra posición sobre el rol que cumple el primer inciso del artículo 1971 del Código Civil ha sido desarrollada en otro trabajo<sup>44</sup>, nos detendremos en mostrar las consecuencias lógicas, pero valgan verdades muchas olvidadas, de considerar que la antijuridicidad no condiciona en nuestro medio el análisis de responsabilidad civil

#### 4. EL ÁMBITO DUAL DEL JUICIO DE RESARCIBILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO Y LA INNECESARIA TEORIZACIÓN ESPECIAL SOBRE LOS «ACTOS LÍCITOS DAÑOSOS» O LOS «HECHOS NO ANTIJURIDICOS»

De todo lo anotado hasta este punto, creemos que es posible colegir una consecuencia lógica que, desde nuestro punto de vista, adquiere un rol capital en la interpretación de *iure conditio* del juicio de resarcibilidad en nuestro sistema de responsabilidad civil.

La consecuencia de lo expuesto previamente no puede ser otra que considerar, como regla general, que en nuestro ordenamiento, al no estar presente la antijuridicidad como un elemento que condicione el análisis de un caso de responsabilidad civil, un daño será pasible de ser resarcible así el acto que haya causado dicho daño sea un acto lícito.

Con lo anterior queremos poner el énfasis suficiente en informar, recordar, reconocer y advertir que el «juicio de resarcibilidad», en nuestro sistema de responsabilidad civil, está conformado por, lo que hemos denominado, un «ámbito dual», el cual está compuesto, a nivel de los actos generadores de responsabilidad, tanto por actos lícitos<sup>45</sup> como por actos ilícitos, los cuales se presentan en un mismo nivel y son de la misma jerarquía en el análisis.

Esta consecuencia, de carácter evidentemente dogmática, creemos que puede ser reforzada, desde una perspectiva funcional<sup>46</sup>, en atención a los particulares efectos al que nos lleva este modo de enfocar el juicio de resarcibilidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Debemos empezar reconociendo que el ámbito dual del juicio de resarcibilidad, a diferencia de

un análisis que condicione exclusivamente en la antijuridicidad del comportamiento dañoso la aplicación de la tutela resarcitoria, responde a una lógica en la que la función sancionatoria de la responsabilidad civil queda relegada, por lo menos en términos de alcance general y totalizante, del análisis funcional del instituto, lo cual se condice con una perspectiva, como la que compartimos, en la cual el daño es el primer elemento de análisis de la responsabilidad civil<sup>47</sup> y en donde la prevención, el resarcimiento y la distribución son los ejes centrales del análisis funcional de la responsabilidad civil<sup>48</sup>.

Lo anterior, desde nuestro punto de vista, tiene un efecto práctico innegable: y es que si se toma en consideración como condicionante de la responsabilidad civil toda a la ilicitud o antijuridicidad, sin darle el rol que se merece al daño, se podría presentar escenarios de *undercompensations*, en los casos en los que, por ejemplo, un solo evento antijurídico haya generado una pluralidad de daños o que existan daños sin que se constaten actos ilícitos; o supuestos de *overcompensations*, en los casos en los cuales varios eventos ilícitos hayan ocasionado un único daño o se configuren actos ilícitos sin daño.

Ahora bien, consideramos, no debe haber problema en entender que el régimen general de responsabilidad civil en nuestro ordenamiento permite que un daño pueda ser resarcible a pesar de que derive de un acto lícito, siendo esta una consecuencia natural, como se ha indicado, de la construcción normativa con la que cuenta nuestra normativa a nivel del Código Civil.

En consecuencia, y esto es importante destacarlo, entre nosotros no es un problema, o mejor dicho constituye un falso problema, la discusión respecto de si es posible encontrar hechos que no impliquen ilicitud y que generen una hipótesis que se «encuadre» dentro de la responsabilidad civil.

El cuestionamiento respecto a si puede existir un daño resarcible sin que medie ilícito no es una discusión reciente, así es preciso recordar que,

«(...) la doctrina se encuentra dividida en este punto; la respuesta a la interrogante puede ser

44 CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto. «El «juicio de resarcibilidad» en el ordenamiento jurídico peruano. Reflexiones iniciales sobre los alcances del artículo 1971 del Código Civil peruano y la afirmación de la responsabilidad civil en el ejercicio regular de un derecho». *Ius et Veritas*. Nº 45. Asociación Civil Ius et Veritas. Diciembre. 2012. pp. 210-227.

45 Con esta afirmación se descarta, especialmente, la aplicación de la «antijuridicidad objetiva» al ordenamiento jurídico peruano, ya que a pesar de que no se transgrede el derecho objetivo igualmente un daño podrá ser susceptible de tutela por parte del ordenamiento.

46 PONZANELLI, Giulio. *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*. Bologna: Società editrice «Il Mulino», 1992. pp. 25-36.

47 En ese sentido se ha dicho que «El problema a resolver no es, pues, el problema de la licitud de las conductas o de los actos o de la conformidad de los mismos con el ordenamiento jurídico, sino el problema de los daños en sí mismo considerados». Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999. pp. 209-291.

48 CORSARO, Luigi. Voce: «Responsabilità civile: I». *Enciclopedia Giuridica Treccani*. I. Roma. 1988. p. 2-3 (de la separata), quien sostiene que la función reintegradora o reparadora, la función preventiva y la distributiva se encuentran presente en el ordenamiento italiano. El

*doble, y positiva en ambos casos. Puede haber daño sin ilícito si se acoge la tesis que sostiene que el ilícito se distingue sólo por el dolo o culpa del agente: en tal circunstancia, dado que en nuestro ordenamiento se admiten (si bien en vía excepcional, siempre siguiendo nuestra teoría) hipótesis de responsabilidad sin culpa, se presentaría daño sin ilícito y, por lo tanto, obligación resarcitoria en todas aquellas hipótesis en las cuales un daño es imputado causalmente a un sujeto, que tiene la obligación de resarcirlo. Puede haber daño sin ilícito en el caso de «actos lícitos dañosos», que constituyen una categoría «ambigua», en la cual se comprenden todos aquellos casos en que el ordenamiento permite a un sujeto ejercer un derecho propio, al cual se somete el tercero, pero en caso de que el ejercicio del derecho cree un daño al tercero, éste debe ser resarcido. La ambigüedad es doble: si se trata de ejercicio del derecho, las fattispecie no se distinguen de todas las demás en las que se debe realizar una evaluación comparativa de los intereses en juego; por otro lado, existe de todas maneras un daño que debe ser resarcido, en tanto injusto, y que en caso contrario no sería resarcido»*<sup>49</sup> (el énfasis es agregado).

Con todo esto, es necesario precisar que la referida discusión solo resulta atendible, y esto resulta claro para nosotros, en los modelos que parten de

la premisa que la tutela resarcitoria se encuentre limitada por la ilicitud o antijuridicidad del acto generador de responsabilidad civil, ya que en estos escenarios sí constituye un verdadero problema, es más se erige como una necesidad, el justificar la resarcibilidad de un daño si es que ha mediado un acto lícito.

Son precisamente estos modelos los que se ven en la necesidad de recurrir a una teorización general, sea por la doctrina<sup>50</sup> o por la jurisprudencia<sup>51</sup>, de la categoría de los «actos lícitos dañosos»<sup>52</sup>, precisamente para (de)mostrar que un daño puede ser resarcible, excepcionalmente, a pesar de que no derive de un comportamiento antijurídico o ilícito.

Creemos que es precisamente el contexto en el que se desenvuelve la referida teorización general<sup>53</sup> sobre la categoría del «acto lícito dañoso» lo que hace que no sea unánimemente aceptada en la doctrina<sup>54</sup>, y a su vez muestra que la responsabilidad civil no se centra, necesariamente, en parámetros de ilicitud o antijuridicidad.

Entre nosotros, al estar ausente, como regla general, la referida premisa de la ilicitud como condicionante del juicio de resarcibilidad, resulta cuestionable una teorización especial y de carácter general sobre los «actos lícitos dañosos».

autor precisa que desde su punto de vista, la función sancionatoria de la responsabilidad civil, entendida como la sanción cual pena por el ilícito cometido, no está presente en su ordenamiento o al menos, no es característica de la disciplina en cuestión; no obstante, señala que es posible encontrar un perfil sancionatorio en la disciplina de la reparación en forma específica.

- 49 Sobre el particular, las reflexiones de ALPA, Guido. *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Ob. cit. p. 156, merecen ser recordadas, así respecto de la interrogante si puede existir un daño resarcible sin que medie ilícito, explica que:
- 50 No obstante que en la doctrina italiana, es donde mayor discusión ha realizado sobre el particular, esta categoría se presenta en los sistemas que se encuentran anclados en la idea de la ilicitud o antijuridicidad como fundamento de la responsabilidad civil, así la localizamos tanto en el ordenamiento jurídico francés (SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. Preface de Georges Ripert. Tome I. Les sources de la responsabilité civile. Deuxième édition. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951. p. 55 y pp. 123-125, quien refiere al derecho de dañar a otro a cambio de una indemnización) como en el ordenamiento jurídico alemán (LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958-1959. p. 192, quien refiere a «deberes legales de responder» y a «deberes legales de compensación»).
- 51 Solo por citar una par de ejemplos encontramos pronunciamientos de jurisprudencia comunitaria que indican que «La responsabilidad de la Comunidad derivada de acto lícito presupone en cada caso que sea probada la efectividad del daño efectivamente sufrido, el nexo de causalidad entre el daño y el acto, así como la normalidad y especialidad del daño mismo». Cfr. Trib. I. Grado Comunità Europee 25.4.98, n. 184; Corte Giustizia Comunità Europee Sez. V, 15.6.00, n. 237. Consultables en su versión digital en la siguiente dirección <<http://curia.europa.eu/it/content/juris/index.htm>>.
- 52 COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Napoli: Morano, 1965. p. 210, sostiene que la referida categoría «pretende comprender a aquellos actos jurídicos, que cuentan con la autorización expresa de una norma jurídica, pero que resultan siendo lesivos de derechos ajenos, de manera que; no obstante, ser considerados actos realizados lícitamente por un sujeto, la misma norma que autoriza su realización impone la reparación del daño derivado de tal actividad».
- 53 Podemos reseñar, entre las principales teorizaciones que se han dado en el ordenamiento italiano, las siguientes: (i) posición de la dicotomía entre la licitud del hecho y la ilicitud de la lesión (TORREGROSSA, G. *Il problema della responsabilità da atto lecito*. Milano: n.i., 1964. p. 76 y ss, citado por: MAZZOLA, Marcello Adriano. *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*. En: *Il Diritto Privato oggi*. Serie a cura di Paolo Cendon. Milano: Giuffrè editores, 2007. p. 15; SCOGNAMIGLIO, Renato. «Voz: Responsabilità civile». En: *Novissimo Digesto italiano*. XV. Torino: Utet, 1968. pp. 643 y ss.; TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, 1961. p. 18); (ii) posición de hecho jurídico dañoso como fundamento de la responsabilidad civil (RODOTÀ, Stefano. Ob. cit. pp. 116-126; y con un cariz disintno FRANZONI, Massimo. «Dei Fatti illeciti». Ob. Cit. pp. 75-84); (iii) posición de la contraposición entre el daño antijurídico y no antijurídico en la teoría general de la responsabilidad civil (DE CUPIS, Adriano. *El daño*. Ob. cit. pp. 83 y ss); (iv) posición de la responsabilidad por enriquecimiento sin causa como parte de la responsabilidad civil toda (MAZZOLA, Marcello Adriano. Ob. cit. pp. 170-207); y, (v) posición de la responsabilidad civil integral (TUCCI, Giuseppe. «La risarcibilità del danno da da atto lecito nel diritto civile». *Rivista di diritto civile*. Año XIII. Parte I. pp. 263 y ss; RESCIGNO, Pietro. «Voz: Obbligazioni (nozioni)». En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXIX. Milano: Giuffrè editore, 1964. p. 157).
- 54 En ese sentido, ALPA, Guido. Ob. cit. pp. 156-157; GIORGI, María Vita de. Ob. cit. p. 3 (de la separata); FRANZONI, Massimo. Ob. cit. pp. 114-118.

Sobre la base de esta premisa es que discrepamos, respetuosamente, de lo planteado por un sector de nuestra doctrina cuando afirma, comentado el artículo 1971 del Código Civil peruano lo siguiente,

*«Sea cual fuere la idea que tengamos sobre la antijuridicidad lo cierto es que, si hacemos referencia a hechos antijurídicos, deberemos, por contraposición, también hacer referencia a hechos no antijurídicos; en otras palabras, supuestos que escapan del ámbito de la responsabilidad civil por lo que, en principio, excluyen la posibilidad de otorgar una indemnización a los afectados bajo las reglas de ésta, sin perjuicio de que pueda corresponderles, por ejemplo, una restitución basada en las normas del enriquecimiento sin causa»<sup>55</sup> (el énfasis es agregado).*

Desde nuestro punto de vista, al recurrirse a las categorías del «hecho no antijurídico» o a la figura del «enriquecimiento sin causa» para tratar de justificar la tutela que debería recibir la víctima, luego de haber excluido estos supuestos del ámbito de la responsabilidad civil, lo que se está haciendo es superponer dos construcciones teóricas referida a la categoría de los actos lícitos dañosos (en concreto las posturas del «daño no antijurídico» y de la «responsabilidad civil en el enriquecimiento sin causa») en un ordenamiento que no limita la imposición de la obligación resarcitoria a la existencia de un acto antijurídico por parte del agente que causa el daño.

Ahora bien, a pesar de que discrepemos con el planteamiento apenas anotado, no podemos dejar de anotar la coherencia que existe entre sus premisas y sus consecuencias, ya que si se parte de que la antijuridicidad está presente en el Código Civil peruano como un elemento que condiciona el análisis de la responsabilidad civil, entonces es una consecuencia lógica y necesaria teorizar, de forma especial, sobre los «actos lícitos dañosos» para explicar la imputación de responsabilidad cuando no medie un evento antijurídico.

No obstante lo anterior, nosotros partimos de una premisa distinta, toda vez que no consideramos que la antijuridicidad condicione el análisis de un caso de responsabilidad sobre la base de la normativa existente en el Código Civil; por lo que, las construcciones especiales destinadas a justificar el resarcimiento de daños derivados de actos lícitos no serían más que un nuevo ejemplo de una discusión foránea innecesaria de ser

reproducida en sede nacional dado al estado de nuestra regulación normativa de carácter general contenida en el Código Civil y que podría ser evitada con la realización de un estudio detenido de las fuentes y de la comparación jurídica.

Bajo estas consideraciones, y para finalizar este acápite, creemos que resulta innecesaria como regla general, en nuestro medio, una teorización de manera especial de los «actos lícitos dañosos» en el régimen del Código Civil, siendo; por el contrario, «natural» la afirmación de la resarcibilidad de los daños generados por actos lícitos.

## **5. PRECISIONES FINALES: UNA NECESARIA REFERENCIA A LA ANTIJURIDICIDAD PRESENTE FUERA DE LA NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL Y UNA BREVE APOSTILLA A UN ARTÍCULO SOBRE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL**

Para finalizar este breve discurso, y plantear de la forma más completa posible la problemática materia de estudio, queremos terminar realizando dos observaciones puntuales.

La primera, referida a reconocer, no obstante el carácter general de la normativa contenida en el Código Civil en cuanto a la regulación de sus instituciones, que no puede obviarse el análisis de la legislación especial destinada a regular hipótesis concretas de responsabilidad aquiliana en donde la antijuridicidad sí puede, y de hecho está, presente.

La segunda, destinada a evidenciar cómo es que si no se toman en cuenta las disposiciones contenidas en la normativa civil y sus respectivos alcances, pueden plantearse discursos distorsionados sobre materias tan sensibles, y de palpante interés nacional, como es la «responsabilidad ambiental».

### **5.1. La presencia de la antijuridicidad como un requisito en el análisis de responsabilidad civil en ciertos supuestos ajenos a la regulación general del Código Civil: un caso concreto, el denominado «daño concurrencial»**

Con lo indicado en el acápite anterior creemos que no debe quedar duda alguna respecto a que la antijuridicidad o la ilicitud no forman parte del análisis de la responsabilidad civil a nivel de lo regulado en el Código Civil.

55 PAZOS HAYASHIDA, Javier. Ob. cit. p. 137. Aquí habría que notar que la fuente de información sobre la cual se afirma la existencia de «hechos no antijurídicos» es DE CUPIS, Adriano. *El daño*. Ob. cit. pp. 92-100, quien sostiene que «Hemos sostenido, esencialmente, que el derecho *elige* los daños a los que quiere atribuir sentido jurídico; y, se ha podido ver también que la elección recae *ante todo* en el daño antijurídico, que integra una especie particularmente compleja del daño en sentido jurídico. No se necesita creer que éste se agote en aquél»; es decir, parte de la premisa de la antijuridicidad como condicionante de la responsabilidad civil, por lo que se justifica su «construcción teórica especial» respecto de los «daños no antijurídicos».

No obstante lo apenas indicado, como lo adelantamos, es necesario reconocer que con todo y el alcance que tiene un Código Civil<sup>56</sup> dentro de un ordenamiento jurídico, ello no determina la imposibilidad de que a nivel de «legislación especial»; es decir, «extramuros» del Código Civil, se puedan regular supuestos específicos y particulares, en nuestro caso, de la responsabilidad civil.

Ahora bien, particularmente, creemos que la presencia de una legislación especial para ciertos supuestos de responsabilidad civil se justifica en la medida que se determinen regímenes que se aparten de las reglas generales establecidas por el Código Civil; es decir, de regímenes excepcionales atendiendo a particularidades de actividades determinadas, pues de lo contrario, nos encontraríamos frente a meras reiteraciones de normas o, ante la reglamentación de hipótesis en blanco o de mera remisión.

Un supuesto donde se justificaría un régimen de responsabilidad civil especial sería, en atención a las consideraciones previamente expuestas, aquel que considere a la antijuridicidad o ilicitud como un requisito consustancial o indispensable en el análisis de la responsabilidad civil; es decir, de hipótesis en las que solo si media antijuridicidad o ilicitud en el comportamiento se podrá activar la tutela resarcitoria, pues ello difiere, como es fácil advertir, del régimen general contenido en el Código Civil.

Un caso concreto nos permitirá entender con mayor claridad esta problemática: nos referiremos a la situación que se puede presentar, desde una perspectiva clásica, en el marco del Derecho de la Competencia, en específico, al supuesto del denominado «daño concurrencial»<sup>57</sup>; es decir, de los daños que son derivados de la actuación competitiva entre los competidores que forman parte de un mercado como agentes económicos.

En efecto, en este supuesto únicamente serán resarcibles los daños derivados de una conducta antijurídica, en concreto, de un comportamiento que ha sido declarado de manera previa como anticompetitivo por la autoridad de competencia respectiva<sup>58</sup>, de manera que si es que no media dicha declaración el daño derivado de dicha conducta no será resarcible.

Bajo esta perspectiva se afirma con carácter general que,

*«Solo de aquellos supuestos en los que el daño derive de un acto realizado antijurídicamente (...), interpretándose materialmente a través de los criterios del Derecho de la Competencia, podría pretenderse jurídicamente su reparación. Este hecho implica que la licitud del daño concurrencial causado al competidor en un ámbito de mercado pueda ser considerado como regla general y su ilicitud como excepción»<sup>59</sup> (el énfasis es agregado).*

En nuestro ordenamiento, la situación resulta ser meridianamente clara, así en el Decreto Legislativo N° 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, tenemos la regulación que se da a la pretensión de indemnización en los siguientes términos,

Artículo 49.- Indemnización por daños y perjuicios «Agotada la vía administrativa, toda persona que haya sufrido daños como consecuencia de conductas declaradas anticompetitivas por la Comisión, o, en su caso, por el Tribunal, incluso cuando no haya sido parte en el proceso seguido ante INDECOPI, y siempre y cuando sea capaz de mostrar un nexo causal con la conducta declarada anticompetitiva, podrá demandar ante el Poder Judicial la pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios» (el énfasis es agregado).

De lo anterior, vemos que solo en la medida que los daños<sup>60</sup> ocasionados se deriven de conductas

56 Sobre el particular Cfr. SACCO, Rodolfo. Voz: «Codice. II) Diritto Comparato e Straniero». En: *Enciclopedia Giuridica*. Vol VI. Roma: Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, 1989. pp. 1-2 (de la separata). Entre nosotros, RUBIO CORREA, Marcial. *El Derecho Civil*. Biblioteca «Lo que debo saber». Vol. II. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. pp. 16-17; LEÓN HILARIO, Leysser. *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*. Lima: Palestra, 2004. pp. 266 y ss.

57 Para una aproximación a esta problemática puede consultarse DE LA VEGA GARCÍA, Fernando. *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial*. Prólogo de Francisco J. Alonso Espinoza. Madrid: Civitas, 2001; KEMELMAYER DE CARLUCCI, Aida. «Primera aproximación a los daños causados por conductas anticompetitivas». En: *Responsabilidad Civil. Derecho de Daños. Responsabilidad de los profesionales. Responsabilidad de las Personas Jurídicas y del Estado*. 5. Lima: Grijley, 2006. pp. 659-708. Entre nosotros es de revisión el trabajo de SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Responsabilidad extracontractual derivada de conductas anticompetitivas: tipicidad, antijuridicidad y calificación previa por parte de la administración». *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*. N° 6. Año 4. 2008. pp. 89-148. Ahora en: Libro Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda. Vol. 2. Lima: PUCP. Fondo Editorial, 2009, pp. 571-614. Paa la elaboración de este trabajo hemos tenido a la vista la versión original en formato pdf, por lo que ha esta se hace referencia en lo que sigue.

58 Este último aspecto es destacado por SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Ob. cit. pp. 12-23, quien hace énfasis en el carácter típico de la antijuridicidad en el ámbito de daño concurrencial y en la necesidad de que esta calificación la realice el órgano administrativo especialista, que entre nosotros sería el Indecopi, y que dicha calificación consista en un requisito previo y condicionante (requisito de procedibilidad) para la procedencia de la indemnización de los daños derivados.

59 DE LA VEGA GARCÍA, Fernando. Ob. cit. p. 263.

60 DE LA VEGA GARCÍA, Fernando Ídem. pp. 261-262, en donde se señala que, «En un ámbito de mercado podrían distinguirse tres clases de daños, que representan la lesión de los tres intereses tutelados por el Derecho de la Competencia: daño al orden concurrencial,

antijurídicas, que en este caso serían prácticas declaradas anticompetitivas, ya sean unilaterales («abuso de posición de dominio»<sup>61</sup>) o plurilaterales («prácticas colusorias horizontales»<sup>62</sup> y las «prácticas colusorias verticales»<sup>63</sup>); procederá, si es que se presentan los demás elementos del juicio de responsabilidad, la imposición de una obligación resarcitoria.

Por ello, no resulta extraño que se afirme que el concepto de daño concurrencial, como daño que requiere necesariamente de la antijuridicidad de la práctica competitiva, ha sido interiorizado y aceptado por los agentes económicos, los funcionarios públicos y los abogados, habiendo tenido repetido reconocimiento en las resoluciones administrativas del Indecopi<sup>64</sup>.

Independientemente de la situación concreta ahora comentada, creemos que en estas hipótesis; es decir, en los casos en que por normativa especial la antijuridicidad sí sea un condicionante del análisis de responsabilidad civil, somos de la opinión que alguna utilidad pueda tener el conocimiento, con sus respectivos alcances, de la figura denominada por la doctrina como «acto lícito dañoso».

## 5.2. Apostillas a un artículo sobre «responsabilidad ambiental»: ¿incoherencia y ruptura de la unidad del sistema o reafirmación del régimen establecido en el Código Civil?

Queremos finalizar estas breves reflexiones con algunas consideraciones respecto de un tema puntual en materia de la responsabilidad por daños al medio ambiente a propósito de la regulación normativa establecida en nuestra Ley General del Ambiente (Ley 28611).

En principio, partamos por recordar que el mencionado dispositivo legal establece como principio general de responsabilidad ambiental lo siguiente,

### Artículo IX.- Del principio de responsabilidad ambiental

*«El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales*

daño a los consumidores y daño al competidor. Como se verá (...) la importancia (existencia real o potencial) del primero sobre los demás es clara, lo que implica la necesaria subordinación de la reparación del daño causado al competidor (...) al daño causado al orden concurrencial»

- 61 CONRATH, Craig W. «Prácticas monopolísticas – abuso de posición de dominio». En: *Guía práctica para la ejecución de la Ley Antimonopolio para una economía en transición*. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio, 1998. Entre nosotros puede consultarse: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio». *Themis*. Nº 36. Época 2. 1997. pp. 65-89. De otro lado, se ha indicado, también entre nosotros, que «Si analizamos de una manera detenida los supuestos específicos de abuso de posición de dominio (discriminación al contratar, discriminación de precios, métodos coercitivos, principalmente) nos damos cuenta que los mismos no encajan dentro de lo que conceptualmente se conoce como abuso de derecho. Son supuestos de colisión de derechos» (Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit. pp. 169-170). Lo anteriormente reseñado es parcialmente correcto, ya que si bien es cierto que conceptualmente las figuras de «abuso de derecho» y «abuso de posición de dominio» difieren, es constatable que hay hipótesis concretas de abuso de posición de dominio que constituyen un abuso del derecho, así el literal f) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034 dispone que «utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia» es una conducta de efecto excluyente que constituye abuso de posición de dominio. En todo caso, como ya lo advertimos, el ejercicio de un derecho encuentra como limitaciones al abuso del derecho y a la colisión de derechos y ambos supuestos se presentan en la normativa de competencia.
- 62 GILBERT, Richard y Daniel L., RUBINFELD. «Revisión de las Directrices sobre concentraciones horizontales: lecciones de los EEUU y la UE». *Revista de Derecho Administrativo*. Nº 10. Tomo I. Nov. 2011. pp. 213-223; CONRATH, Craig W. «Acuerdos horizontales». En: *Guía práctica para la ejecución de la Ley Antimonopolio para una economía en transición*. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio, 1998; BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Cuando concertar es malo. Prácticas restrictivas de la competencia». En: *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Segunda edición. Lima. Palestra, 2009. pp. 1123-1218. De acuerdo a nuestra normativa, son los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir, falsear la libre competencia, tales como: (i) el cartel, que constituye una prohibición absoluta; es decir, donde bastará la acreditación de la conducta anticompetitiva para que se acredite la infracción; y, (ii) otros acuerdos distintos del cartel, tales como los boicots, los acuerdos de «vida tranquila», las compras conjuntas, entre otras, que constituyen prohibiciones relativas; es decir, donde además de la conducta debe acreditarse los efectos negativos para la competencia y el bienes de los consumidores.
- 63 COMISIÓN EUROPEA. *Directrices relacionadas a las restricciones verticales* p. 218. Consultable en: [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009\\_vertical\\_agreements/draft\\_notice\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/draft_notice_es.pdf). Entre nosotros puede revisarse, ECHAIZ MORENO, Daniel. «Las prácticas colusorias verticales». *Jus. Doctrina y práctica*. Nº 5. Mayo. 2008. pp. 547-553. De acuerdo a nuestra normativa son los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.
- 64 KRESALJA, Baldo y César, OCHOA. *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009. p. 497.

*los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar» (el énfasis es agregado).*

Ahora bien, y esto es lo que nos interesa resaltar en esta ocasión, en materia de responsabilidad ambiental, se regula la responsabilidad civil de la siguiente manera,

142.2 «Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales» (el énfasis es agregado).

La norma apenas citada expresamente señala que es posible que la tutela resarcitoria «entre en acción» frente a un daño (lesión a la esfera jurídica ajena) ocasionado inclusive cuando no se contravenga una disposición jurídica, es decir, cuando se realice una actividad en concordancia con el ordenamiento jurídico.

Consideramos que comprender el sentido de esta disposición no debería representar mayor dificultad, dado el esquema general de responsabilidad civil establecido en nuestra normativa civil.

Así, si se tiene en consideración que la antijuridicidad no es un elemento condicionante de la responsabilidad civil y que, en consecuencia, es posible que un daño sea susceptible de tutela resarcitoria a pesar que se derive de un acto lícito (como sería una actividad que no contravenga una disposición jurídica), entonces los alcances del artículo 142.2 de la Ley General del Ambiente, por lo menos en un sentido de *lege data*, no debería admitir mayor cuestionamiento<sup>65</sup>.

Sin embargo, en posición que no compartimos, se ha indicado que el artículo 142.2 de la Ley General del Ambiente, contravendría la «unidad y coherencia del sistema de responsabilidad peruano», dado que,

*«En resumidas cuentas, en este caso específico el legislador ha dejado de lado a la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad, centrando así su atención en el daño antes que en la conducta o actividad que lo produce.*

*Así las cosas, por un lado existe un régimen de responsabilidad civil general que, en sus vertientes subjetiva y objetiva, exige una conducta antijurídica para que pueda surgir un eventual deber de resarcir y, por otro lado, existe un régimen especial que deja de lado la antijuridicidad y, en consecuencia, regula el surgimiento de la obligación de indemnizar incluso en cabeza de quien se ha ceñido a los parámetros y directrices fijados por el ordenamiento jurídico»<sup>66</sup> (el énfasis es agregado).*

Además se refuerza el argumento señalando que,

*«Tómese en consideración que el régimen general de responsabilidad civil objetiva resulta de aplicación a actividades que, comprometiendo o no el medio ambiente, pueden causar daños a la vida, la salud o la propiedad de las personas. En estos casos, y a pesar de la relevancia de los bienes jurídicos en juego, no se ha eliminado a la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil (ni tampoco se ha dispuesto el resarcimiento de daños potenciales), al punto que quien en tales casos ocasione, en ejercicio regular de un derecho, daños a otra persona, no tendrá responsabilidad conforme lo dispone el inciso 1 del artículo 1971 del Código Civil. Esta situación, además de ser injusta, demuestra el desequilibrio e incoherencia del sistema que se ha instaurado»<sup>67</sup> (el énfasis es agregado).*

Creemos que la perspectiva que se acaba de exponer no termina de apreciar un hecho que para nosotros es evidente: en el «régimen general» la antijuridicidad no forma parte del supuesto de hecho (*fattispecie*) de la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento, en otros términos, al no ser la ilicitud una categoría legislativa contenida en el Código Civil peruano para explicar la responsabilidad civil, pues no condiciona su análisis.

65 Nótese que ha esto no puede oponerse lo dispuesto por el inciso c) del artículo 146 de la Ley General del Ambiente el cual dispone expresamente que no existirá responsabilidad «cuando el daño o el deterioro del medio ambiente haya sido causado por una acción y omisión no contraria a la normativa aplicable, que haya tenido lugar con el previo consentimiento del perjudicado y con conocimiento por su parte del riesgo que corría de sufrir alguna consecuencia dañosa derivada de tal o cual acción u omisión», pues como se aprecia, la situación de irresponsabilidad se adiciona al «daño causado por una acción no contrario a la normativa» el «consentimiento» y el «conocimiento» de la contraparte, lo cual complejiza la hipótesis de exclusión de responsabilidad.

66 WIELAND FERNANDINI, Patrick y Luis Miguel, VELARDE SAFFER. «Quien contamina paga, ¿existen daños autorizados a la luz de las reglas de la responsabilidad ambiental?». *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Empresa y medio ambiente. N° 65. 2008. pp. 369-399.

67 WIELAND FERNANDINI, Patrick y Luis Miguel, VELARDE SAFFER. Ob. cit. pp. 398-399. Posición particular es la que sostiene FERRANDO G., Enrique. «Responsabilidad civil por daño ambiental». En: *Responsabilidad por daño ambiental en el Perú*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2000. p. 40, quien de manera aproximativa expone las «incongruencias» que tendría el régimen de responsabilidad desarrollado por el Código Civil peruano, sin embargo, tal como afirmaremos más adelante, las «incongruencias» o «inconsistencias» no las encontramos en nuestra normativa, sino en la interpretación tradicional que sobre la misma se está realizando.

Si se comparte el planteamiento indicado, la consecuencia lógica será que el artículo 142.2 de la Ley General del Ambiente no resta en coherencia o unidad al sistema de responsabilidad civil peruano, sino todo lo contrario, ya que reafirma el «régimen dual de resarcibilidad», al explicitar una hipótesis de «acto lícito dañoso», cuya configuración es propia de nuestra normativa civil.

Ahora bien, no obstante la distinta perspectiva dogmática entre la postura cuestionada y nuestra posición sobre los elementos de la responsabilidad civil en el ordenamiento peruano, en concreto el rol de la antijuridicidad; creemos que sí deben ser atendibles, para el debate respectivo, las consideraciones de carácter económicas planteadas en términos de eficiencia, y el enfoque desde las funciones de la responsabilidad civil, en específico de la función preventiva (*deterrence*).

En esta ocasión, con el objetivo de no exceder los fines del presente trabajo, solo nos limitaremos a realizar dos comentarios puntuales sobre el particular, posponiendo para otra ocasión un análisis pormenorizado del asunto.

En primer lugar, no creemos que el apelar al sólo «sentido común»<sup>68</sup> sea suficiente justificativo para considerar como ineficiente el hecho de que la responsabilidad pueda derivar de un acto lícito, y es que, una vez más, consideramos que lo que no se logra captar es el sentido de excluir a la antijuridicidad del análisis de responsabilidad civil.

Así pues, cuando se afirma la resarcibilidad de los actos lícitos dañosos no se quiere manifestar un tipo de «responsabilidad objetiva», sino tan solo que los daños generados *podrán ser susceptibles* de tutela resarcitoria, ya que para que efectivamente surja la imposición de la obligación resarcitoria, no bastará la presencia del acto lícito, sino además, la configuración del resto de los elementos de la *fattispecie* de responsabilidad civil, siendo siempre cientos que quizá cuantitativamente

sean mayores los casos de responsabilidad civil derivados de conductas antijurídicas, pero esto no condiciona la igualdad cualitativa de los componentes del ámbito dual del «juicio de resarcibilidad» (acto lícito-acto ilícito).

En segundo lugar, en cuanto lo «inconsistente»<sup>69</sup> que pueda resultar nuestra regulación de responsabilidad civil en materia de medio ambiente a efectos de generar mecanismos de prevención, en realidad consideramos que no debe olvidarse de dos datos importantes: primero, que la función *deterrence*, de manera primaria y desde una aproximación comparatista se explica en un contexto donde la responsabilidad civil se explica en función de *torts* o «contravenciones», en los que la infracción al ordenamiento (*contra ius*) condiciona directamente el análisis de responsabilidad civil, por lo que su importación de manera irreflexiva a un ordenamiento, como el peruano, donde el dato legislativo excluye a la antijuridicidad, nos guste o no, merece una mayor precisión y adecuación de ser el caso.

Y segundo, que el análisis funcional de la responsabilidad civil, antes que ser un fin en sí mismo, es un instrumento para explicar la «operatividad» de una institución determinada, por lo que su «consistencia» o no debe ser resultado de lo que el sistema busca tanto en términos sociales (prevención general) como individuales (prevención específica), sin que ello signifique que la función preventiva de la responsabilidad civil solo se explique sobre el elemento «antijuridicidad», como parecería sostener la postura comentada<sup>70</sup>, ya que, como bien se ha indicado<sup>71</sup>, en la aplicación de los otros elementos del análisis de responsabilidad civil (relación de causalidad y criterio de imputación, por ejemplo), también es posible reconocer a la función preventiva de la responsabilidad civil.

Con lo apenas indicado, creemos que podemos responder a la pregunta formulada en el título del presente parágrafo indicando que el supuesto

68 WIELAND FERNANDINI, Patrick y Luis Miguel, VELARDE SAFFER. Ídem. p. 396, sostienen que, «En suma, el sentido común nos permite apreciar lo irrazonable que resulta sancionar a quien cumple con las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. En todo caso, si lo que se pretende es otorgar una mayor protección al medio ambiente, ello puede lograrse aprobando LMP más exigentes, solución que tiene la ventaja de mantener la coherencia del sistema»

69 WIELAND FERNANDINI, Patrick y Luis Miguel, VELARDE SAFFER. Ídem. p. 397, señalan que, «Siendo así, la regulación establecida en la Ley General del Ambiente resulta inconsistente con los fines que pretende lograr la responsabilidad civil, ya que quien lleve a cabo una actividad, incluso cumpliendo con todas las disposiciones dictadas por la autoridad sectorial competente, deberá resarcir los «daños» que puedan generarse. Puede así apreciarse que la función preventiva no cumple aquí ninguna finalidad, habida cuenta de que las precauciones a tomar son aquellas dictadas por la autoridad competente, cumplidas las cuales igual existirá obligación de resarcir.»

70 Repetimos, «parecería», pues la razón por la que se considera «inconsistente» la función preventiva en los supuestos de responsabilidad civil derivada de actos lícitos radicaría en que al no estar presente la antijuridicidad (entendemos que solo se estaría haciendo alusión al aspecto *contra ius*), pues entonces la función preventiva no tendría aplicación, al no ser posible prevenir nada, dado que ninguna contravención se ha producido. El enfoque, de ser como se ha expuesto, con lo válido que pueda resultar para algunos, no es compartido por nosotros.

71 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Responsabilidad civil y subdesarrollo». En: Derecho y Economía. Análisis económico de las instituciones legales. Prólogo de Fernando de Trazegnies. Segunda edición. Lima: Palestra, 2009. pp. 715-736.

de responsabilidad civil regulado en el artículo 142.2 de la Ley General del Ambiente reafirma y explicita el régimen general contenida en nuestra regulación civil.

#### **6. A MODO DE CONCLUSIÓN: «(...) PERO QUE AÚN SE ENCUENTRA POR CONSTRUIR»**

El objetivo de este breve trabajo ha sido el mostrar, o si se quiere demostrar con argumentos influenciados por una aproximación de la perspectiva comparatista, la validez de dos afirmaciones puntuales, a saber: que la antijuridicidad no forma parte determinante del análisis de responsabilidad civil en el ordenamiento peruano; y que, como lógica consecuencia de lo anterior, «el juicio de resarcibilidad» es dual en tanto un daño será pasible de resarcimiento, tanto si se deriva de un acto lícito como de un acto ilícito.

Somos concientes que la posición defendida parecería ser contraria a la que se suele apreciar en los fallos de nuestros magistrados y en la práctica del litigio, en donde el razonamiento para el análisis de los casos de responsabilidad civil pasa por la necesaria revisión y acreditación de cada

uno de sus elementos (en los que resulta infaltable la mención a la antijuridicidad).

Desde nuestro punto de vista, la visión expuesta a lo largo de las líneas precedentes no es contraria a nuestra práctica procesal, sino *complementaria* pues permite apreciar que el rol de la tutela resarcitoria no se agota en los escenarios de ilicitud, sino que abarca supuestos que incluyen a los actos lícitos, lo cual es coherente con la visión que ve el baricentro de la responsabilidad civil en el daño ocasionado, antes que en las conductas que contravienen al ordenamiento jurídico.

No obstante lo anterior, creemos que esta perspectiva, acorde con nuestra realidad normativa, merece ser más explorada, y cuestionada claro está, pues ello no solo permitirá su cabal comprensión y conocimiento de sus alcances, sino también evitará la importación de discusiones ajenas a nuestra realidad.

Al final del día, esperamos que estas páginas hayan servido no solo para «abrir un camino» dentro de una interpretación tradicional en el campos de la responsabilidad civil, sino para mostrar que en realidad hay todo «un camino por construir». ☒