

---

# *Weak Legal Cultural & Legal Transplants*

## *Unificación de la Responsabilidad Civil y otras*

### *Importaciones Cuasidoctrinales*

#### *de los Años Noventa\**

**Leysser L. León Hilario\*\***

*Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Particular de Chiclayo.*

#### **1. Palabras de Homenaje**

Volver a San Marcos es siempre una alegría. En esta Facultad entrañable, como he recordado otras veces, elaboré mi tesis de licenciatura, y entrevisté, al cabo de dos años de trabajo, el azaroso camino que el destino me tenía deparado. Y no tenía cómo saber que aquella fatiga tan ardua cuanto enriquecedora iba, además, a hermanar mi experiencia con las en su momento vividas por casi todos los ponentes que me acompañan en esta jornada.

Pero hoy la alegría es mayor, porque se entrelazan dos celebraciones importantes: los veinte años del Código Civil, apreciado en el prisma de la acaso más dinámica de las instituciones del derecho privado: la responsabilidad civil, y la incorporación de Giovanna Visintini, la más alta estudiosa italiana de la materia, como profesora honoraria del Ateneo Sanmarquino.

Por todo el año 2002, gracias a la decisiva intermediación de Victor Uckmar, Guido Alpa y Pier Giuseppe Monateri, y al valioso apoyo e *incoraggiamento* de Juan Espinoza Espinoza, en el Perú, tuve la oportunidad de desarrollar investigaciones en la Universidad de Génova, bajo la tutoría de la profesora Visintini, y de iniciar un enriquecedor intercambio intelectual con queridos y apreciados

amigos como los civilistas Alessandro Somma, Alessandro Barca, Alberto Maria Benedetti, Mauro Grondona, Matteo della Casa, el filósofo del derecho Pierluigi Chiassoni y las comparatistas Elisa Barla y Serafina Funaro. De aquella experiencia recuerdo, igualmente, la cordialidad y el magisterio de los profesores Vincenzo Roppo, Andrea D'Angelo, Paolo Comanducci y Gilda Ferrando.

Del método de trabajo y del particular modo de ver el derecho de Giovanna Visintini –y concédanme limitar a ello estas palabras de homenaje que antepongo a cuanto hoy he venido a decir, con profundo reconocimiento y agradecimiento– he atesorado, para siempre, la importancia por ella concedida, e inculcada a sus alumnos, al análisis de la jurisprudencia y, en el fondo –en clave de lectura **perfectamente peruana-**, **el respeto a la actividad de los jueces.**

No hablo de una jurisprudencia entendida como mera acumulación de sentencias y de citas de sentencias a ser reproducidas estratégicamente o maliciosamente en las demandas y contrademandas de abogados o en fallos que se van sucediendo o en compilaciones de resoluciones judiciales, sino de una jurisprudencia racionalizada, sistemáticamente entendida y ordenada, evidenciante de tendencias y orientaciones, y demostrativa, en último análisis, de la efectividad o inaplicación de las normas.

---

\* Texto de la conferencia dictada por el autor en la jornada de clausura del Seminario Internacional de Responsabilidad Civil «Nuevas tendencias, unificación y reforma: 20 años después», organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, del 16 al 19 de noviembre del 2004, en ocasión del nombramiento como profesora honoraria de Giovanna Visintini, catedrática ordinaria de Derecho Civil de la Università degli Studi di Genova.

Participaron en la sesión los profesores Jorge Beltrán Pacheco, Freddy Escobar Rozas, José Juan Haro Seijas, Rómulo Morales Hervias y Eric Palacios Martínez.

\*\* Doctorando en Derecho Civil en la Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia). Diplomado en Lengua y Cultura Italianas por la Università per Stranieri di Perugia (Italia). Diplomado en Derecho y Nuevas Tecnologías por la Universidad Complutense de Madrid.



En un país donde la pauta está representada, lamentablemente, por la poca consideración y la crítica fácil hacia el en realidad duro y sufrido trabajo del juez, y, consiguientemente, por la inexistente conciencia de la centralidad de su papel, no hay cómo no valorar la enseñanza de quien ha insistido, como la profesora Visintini, por casi cuarenta años de labor docente, en la necesidad de estudiar el derecho «en acción», sin caer jamás en vacíos discursos como los del «uso alternativo del derecho» –verdadera «flor de un día» del ala izquierdista de los juristas italianos–, ni en la sobreestimada idea del derecho como «ingeniería social», repetida hasta el cansancio por nuestros domésticos profesores de sociología del derecho que, en la mayoría de casos, son tan menesterosos de conocimientos de sociología cuanto de derecho.

2. **Los Años Noventa y la Explosión de las Importaciones Jurídicas Argentinas en el Campo de Estudio de los Civilistas Peruanos. Causas y Características de dicho Intercambio Jurídico-Cultural: su Verticalidad y Unidireccionalidad**

Para la cultura del derecho civil en el Perú, los inicios de la última década del siglo pasado estuvieron caracterizados por una malhadada importación de conocimientos jurídicos, de tipo vertical y unidireccional.

Son, en efecto, los años en que la bibliografía –evito, conscientemente, hablar de doctrina– proveniente de Argentina, un país vecino y querido por nosotros, se posiciona en un lugar central de las reflexiones de los autores nacionales sobre las instituciones del derecho privado, particularmente dedicadas al análisis de las disposiciones del por entonces reciente Código Civil peruano de 1984.

Las razones de dicho posicionamiento son fáciles de intuir y verificar.

En primer lugar, la accesibilidad material y física, antes que económica, de los textos. Hasta la fecha, las

bibliotecas de la gran mayoría de centros de estudios universitarios y de instituciones como la propia Academia de la Magistratura, están repletas de libros argentinos, y no sólo de derecho civil.

En segundo lugar, y en directa vinculación con lo anterior, la accesibilidad idiomática. La pereza mental, y, cómo no, la escasez de recursos, determinan que muy pocos estén en capacidad de consultar obras de autores escritas en idiomas distintos del castellano. Sólo que en relación con este punto, la primera razón, sumada al lamentable declive de la doctrina española, determina que esta última sea desplazada, en influencia para nosotros, por la doctrina argentina.

En tercer lugar, la buena fe de los lectores nacionales, que confían en poder conocer aunque sea de segunda mano, a través de los textos argentinos, los conocimientos y los avances de ordenamientos jurídicos por los cuales profesa, a menudo irreflexivamente, admiración: primero entre todos, en este caso, el ordenamiento francés.

En cuarto y último lugar, la cercanía geográfica. Los autores argentinos –por naturaleza autorreferenciales, como los franceses y estadounidenses, aunque, como es claro, no exista punto de comparación con el nivel habitual, sólo habitual, de estos

últimos– aparentan estar dispuestos al diálogo y al intercambio de ideas con sus pares peruanos, a tal punto que participan, de buena gana, en congresos y certámenes académicos realizados en nuestro país, donde se tienden altavoces a su alrededor, para escuchar su palabra, por todo el tiempo del mundo, y se les brinda el mejor de los tratos.

De hecho, creo que nuestros antropólogos tendrían aquí otro terreno de análisis para sus interesantes estudios sobre la pasmosa cordialidad del pueblo del peruano para con los extranjeros, la cual no tiene parangón con el comportamiento que se suele practicar entre los propios peruanos, ni mucho menos, con la actitud de los dueños de casa cuando es el peruano el visitante o forastero, o cuando es el peruano el que pide, educadamente, la palabra.

***“Para la cultura del derecho civil en el Perú, los inicios de la última década del siglo pasado estuvieron caracterizados por una malhadada importación de conocimientos jurídicos (...)”***

3. **La Debilidad (*weakness*) de nuestra Cultura Jurídica a la Luz de la Experiencia Verificada en el Ámbito del Derecho Civil. Valoración de los Primeros Intentos de Lectura y de Fidedigna Divulgación de las Fuentes Originales. El Marco Descrito Corresponde, qué duda cabe, al de una Cultura Jurídica Débil y Vulnerable<sup>1</sup>.**

Pero así comenzaban los años noventa, cuando quien escribe iniciaba sus estudios de Derecho. En aquel entonces, uno asistía a un congreso o seminario internacional y no veía la hora de escuchar al invitado argentino de turno, y de honor, elocuente y seguro de sí mismo.

Y sin embargo, tal vez aquella credulidad no era tanta en el fondo.

Nadie de aquella generación –que yo recuerde– aspiraba, por ejemplo, a desarrollar estudios de posgrado sin apartarse de Sudamérica. Por las innegables oportunidades profesionales que facilita y propicia, la meta privilegiada ha sido, desde siempre, Estados Unidos. En menor medida, se pensaba en España, pero, una vez más, por razones predominantemente idiomáticas.

Aquella, además, fue la época en que algunos de los profesores y noveles estudiosos que tenían la posibilidad, y la fortuna, de consultar información privilegiada, así como el valor y la dedicación que demanda la redacción de artículos o ensayos divulgativos, comenzaban a develar otros conocimientos. Y algunos –siempre «algunos»– de los que habían tenido la oportunidad de realizar estudios en el exterior volvían, no sólo con nuevos discursos, sino con su doctrina de cabecera bajo el brazo, que, en el mejor de los casos –pienso en el magnífico trabajo de los cultores del análisis económico en nuestro medio–, traducían y difundían en revistas editadas por estudiantes.

Dicha labor es fundamental, porque el contacto directo con las fuentes permite desvirtuar los errados planteamientos de segunda mano, descreer de los puros ecos, descubrir copias flagrantes, desconfiar de las malas lecturas operadas en el país que nos trasfiere sus especulaciones.

En más de una oportunidad he recordado lo ocurrido, por ejemplo, con la tesis del «bien debido» (traducción literal de la expresión italiana «*bene dovuto*») como objeto de la relación obligatoria, cuya paternidad corresponde al civilista, discípulo de Francesco Degni y Salvatore Pugliatti, y maestro de una generación de juristas de la Universidad de Roma, Rosario Nicolò (1910-1988)<sup>2</sup>.

Dicha teoría, o más bien el pellejo de dicha teoría (su pura denominación, si se prefiere), llegó a nosotros por un distorsionado canal argentino, e imperó así en mi Facultad por algunos años, sin esqueleto ni sustancia, aunque en la voz de uno de los más importantes cultores de nuestra materia, hasta que un estudioso peruano revisó las páginas originales de Nicolò, además de otros materiales de primera mano –algunos de ellos suministrados por la benemérita biblioteca sanmarquina– que hubieron de servir para reconstruir fidedignamente, en nuestro propio país, el pensamiento del autor italiano.

Otro ejemplo que podría citar es el del autor de la más famosa monografía argentina sobre la responsabilidad precontractual. A través de ella, el lector peruano incorpora a su repertorio cognoscitivo tres hitos importantes en la historia de la institución: Rudolf von Jhering (1818-1892), Gabriele Faggella (1856-1939) y Raymond Saleilles (1855-1912). Sólo que si se consultan las obras originales es demasiado fácil percibir que el autor argentino se limitó, censurablemente, a tocar «de oídas». No seré tan exigente y no diré nada sobre la utilización, por su parte, de la traducción francesa del famoso ensayo de Jhering sobre la «*culpa in contrahendo*» –debida a un traductor ya de por sí indigno de la menor confianza–, pero sí tengo que deplorar que en aquellas páginas no haya prácticamente nada de cuanto escribieron al respecto Faggella y Saleilles, a pesar de la continua evocación nominativa de la obra de estos autores.

Los aportes de los difusores nacionales del pensamiento foráneo y sus tempranas revelaciones no implican, sin embargo, que la tradicionalmente débil cultura jurídica peruana se reforzara y creara las barreras imprescindibles para su autónomo crecimiento: eran únicamente síntomas de una nueva mutación de la filiación doctrinal –cuando no ideológica– de nuestros autores, de los nuevos trasplantes jurídicos que se iban a operar.

1 De «debilidad» del derecho y de las tradiciones jurídicas habla Pier Giuseppe MONATERI, «*The Weak Law: Contaminations and Legal Cultures*», en «*Transnational Law & Contemporary Problems*», vol. 13, 2003, págs. 575 y sgtes. Mucho más importante para los propósitos de estas páginas es, sin embargo, la visión que el mismo autor propone de la teoría de los *legal transplants* del jurista escocés Alan WATSON, como «*powerful tool for a critical theory of comparative law because of its potentially delegitimizing role, the eventual revolutionary impact of which has not been properly understood*» (*ibí.*, pág. 580).

2 La teoría de Nicolò ha sido ampliamente desarrollada por uno de sus más ilustres discípulos: Giovanni Battista Ferri, *Il negozio giuridico*, trad. castellana, *El negocio jurídico*, por Leysser L. León, ARA editores, Lima, 2001, págs. 278 y sgtes.



La «reconquista española», por ejemplo, se escenifica en el campo de la joven legislación en materia de libre competencia, competencia desleal, protección del consumidor, propiedad industrial, y del derecho societario en general. Por increíble que parezca, sin embargo, lo determinante vuelve a ser –las más de las veces, imperdonablemente– la limitación lingüística, a pesar de que se trata, como es claro para todos, de áreas en las cuales se advierte, mucho más que en otras, la *Americanization* o globalización de los ordenamientos jurídicos del mundo, y para cuyo óptimo y serio conocimiento resulta imprescindible, entonces, el dominio del inglés, así como la consulta de fuentes escritas en este idioma.

Con la copia de las leyes españolas correspondientes a las áreas que se acaban de indicar, arriba, por supuesto, la bibliografía española al respecto, que en la actualidad continúa citándose o, peor aún, repitiéndose sin dar crédito a sus autores, en las resoluciones del Indecopi y en las obras y comentarios nacionales dedicados al derecho mercantil<sup>3</sup>. Pero estos son otros problemas.

#### 4. La Responsabilidad Civil como área Particularmente Susceptible a la Alienación del Discurso Jurídico Peruano

La responsabilidad civil constituye uno de los terrenos en los cuales el itinerario que vengo recordando –porque, a estas alturas, no creo estar descubriendo nada– se refleja de manera por demás evidente.

La verticalidad del diálogo y la debilidad de nuestra cultura jurídica frente a la Argentina quedan inmejorablemente graficadas si se piensa en la incorporación al discurso de nuestros autores de expresiones carentes de sentido como «factor de atribución de responsabilidad»<sup>4</sup>, de ideas endebles como la subdivisión de tales factores en «abuso del derecho», «equidad», «riesgo», «garantía», etc., en la inaceptable postulación del «abuso del derecho» como «factor de atribución» de la responsabilidad precontractual, en la defensa –mal importada de Francia– de la «garantía» como «factor de atribución» de la responsabilidad

aquiliana por hecho de tercero, en el pésimo planteamiento, si no desfiguración, de la válida distinción germana entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, en la ridícula visión de la responsabilidad civil como «derecho de daños»; y así por el estilo.

La unificación de la responsabilidad civil, como puede intuirse llegados a este punto, también forma parte del elenco de productos defectuosos que arriban a nuestro país desde la bibliografía argentina.

#### 5. El Planteamiento «estándar» de la Unificación de la Responsabilidad Civil. Inaceptabilidad de la Visión de la Responsabilidad Civil como «Derecho de Daños». Identificación de las dos Perspectivas Unificadoras Defendidas en el Perú

Hacia fines del decenio 1980-1990 se difundió, pues, entre los estudiosos peruanos, proveniente, inequívocamente, de la doctrina argentina menos fiable y atendible, el discurso en torno de la llamada «unificación» de la responsabilidad civil.

A la luz, por un lado, del superficial examen de ciertas diversidades en la regulación de ambas figuras, que se consideraban irrelevantes e incongruentes en el nivel de la práctica, y por otro, de la identificación de elementos comunes, se pretendía articular un esquema de normas comunes para los dos tipos de responsabilidad civil.

Los rasgos diferenciadores a los cuales se restaba importancia, sin tomarse la preocupación de analizar, en ningún caso, e imperdonablemente, su razón de ser, eran, entre otros: *a)* la admisibilidad del daño moral sólo en la responsabilidad extracontractual<sup>5</sup>; *b)* la carga de la prueba; *c)* el fundamento objetivo de la responsabilidad; *d)* la mora; *e)* la competencia jurisdiccional; *f)* la prescripción; y *g)* la extensión del resarcimiento.

Mientras tanto, los elementos comunes eran, conforme a la terminología argentina, el hecho antijurídico, el daño, la relación causal entre hecho y daño, y el factor de atribución de responsabilidad.

3 FERNÁNDEZ NOVOA (cuando no ARACAMA ZORRAQUÍN, OTAMENDI o BERTONE y CABANELLAS, que son argentinos) y la revista «Actas de Derecho Industrial» para derecho de marcas (en lugar, por ejemplo, del elemental «World Trademark Law Report»); BAYLOS CORROZA para propiedad industrial; BERCOVITZ y BERCOVITZ para protección del consumidor; LEMA DEVESEA para libre competencia; todos los comentarios exegéticos a las leyes españolas copiadas por nosotros, publicados por la editorial Aranzadi en los últimos años; y así hasta el infinito. En el derecho societario, me limitaré a recordar el «sacrosanto» *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* dirigido por URÍA y otros.

4 La doctrina argentina habla, en efecto, de «factor de atribución» (subjetivo u objetivo) de responsabilidad civil, en lugar de «criterio de imputación». Incluso esta terminología va adquiriendo arraigo, inexplicablemente, entre nosotros, como se lee en un documento de trabajo de la actual Comisión Encargada de Elaborar el Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil, relativo a la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones. El nuevo artículo 1321, 1er. párrafo, que se proyecta establece lo siguiente: «Queda sujeto a la indemnización quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable, culpa leve o debido a un *factor de atribución* objetivo». El modo de proceder es tan inconveniente que exigirá de los legisladores la elaboración de nuevas y no menos inútiles definiciones: «factor de atribución», «factor de atribución objetivo», «subjetivo», etc.: todas inapropiadas, además, para un Código Civil.

5 Un problema que no se presenta en el ordenamiento peruano que reconoce su procedencia también en el incumplimiento de obligaciones (artículo 1322 del Código Civil).

Se hablaba, al mismo tiempo, no menos absurdamente, y con inexplicables aspiraciones de originalidad, de «derecho de daños», sobre la base de la arbitraria identificación de la reparación del damnificado como función primordial de la responsabilidad civil.

Al hacer referencia a un «derecho de daños», en efecto, el elemento tomado en consideración deja de ser la «responsabilidad» en sí misma, y con ella, la imputabilidad. La atención se desplaza hacia las consecuencias perjudiciales para la víctima, las cuales –según se predica como consigna– deben ser reparadas a toda costa.

Dicho cambio de rumbo es desaconsejable desde todo punto de vista.

En ordenamientos donde la atención se ha centrado en los perjuicios, los despliegues conceptuales de los juristas y de la jurisprudencia se han orientado incesantemente hacia la creación de nuevos, y las más de las veces ambiguos, tipos de daño, con el nítido objetivo de hacer que la cantidad a pagar por parte del responsable, como resarcimiento, sea la mayor posible.

Con todo, lo que no puede dejar de resaltarse es que a partir de aquella época de trasplantes doctrinarios desacertados, se han formado, entre nosotros, dos posiciones doctrinarias bien definidas en favor de la «unificación» de marras.

La primera, que llamaré «ontológica», privilegia la unidad conceptual y funcional de la responsabilidad civil; la segunda, que llamaré «pragmática», sin descuidar el análisis conceptual, está claramente orientada hacia la preparación del camino hacia una normativa uniforme de la responsabilidad por incumplimiento y de la responsabilidad extracontractual.

## 6. La Perspectiva «Ontológica» de la Unificación

Según la perspectiva «ontológica», la división *sine qua non* de la responsabilidad civil no se justifica, o en todo caso, se encontraría actualmente en crisis.

La señalada división es apreciada, así mismo, como un «dogma» a erradicar. No existiría razón ni justificativo para aplicar a un mismo hecho dañoso, que puede generar un mismo tipo de daño, regímenes de responsabilidad distintos.

El ejemplo que se propone es un accidente automovilístico: el choque de un ómnibus de transporte urbano contra uno de sus paraderos, donde hay personas que esperan abordarlo. Resultan afectados, con las mismas lesiones, un pasajero del vehículo, que sale expelido de éste, y uno de los sujetos que aguardaban. En el primer caso, la existencia de un boleto (por lo tanto, de un contrato de transporte) haría que el pasajero vea resarcidos los daños directos, inmediatos y previsibles; en el segundo, sería procedente el resarcimiento de los daños mediatos e imprevisibles, inclusive. En todo ello se ve una injusticia.

Además, y más elaboradamente, se argumenta que las funciones de la responsabilidad civil son las mismas en el incumplimiento y frente a los actos ilícitos, sobre la base de la concepción de la «responsabilidad» como noción complementaria a la de relación obligatoria<sup>6</sup>, entendiéndose esta última como una estructura compleja, es decir, caracterizada por la existencia de una serie de deberes accesorios que se coordinan con el deber central de prestación en un nexo funcional

---

***“Según la perspectiva  
«ontológica», la  
división sine qua non  
de la responsabilidad  
civil no se justifica, o  
en todo caso, se  
encontraría  
actualmente  
en crisis.”***

---

unitario.

## 7. La Perspectiva «Pragmática» de la Unificación

Conforme a la perspectiva «pragmática», nítidamente identificable por su ingenua creencia en que las normas son fórmulas para zanjar debates doctrinarios, para consagrar puntos de vista caprichosos e insostenibles, y no para solucionar conflictos de intereses, se considera que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual sólo ha servido –en las propias palabras de su defensor– «para satisfacer juegos intelectuales de juristas químicamente puros», y «para confundir a los operadores jurídicos».

6 Esta perspectiva se alimenta, pues, de dos teorías de origen alemán: la concepción de la relación obligatoria como estructura compleja, integrada por un deber de prestación primario (*primäre Leistungspflicht*), orientado a la satisfacción del interés creditorio, y múltiples deberes de protección (*Schutzpflichten*), y la teoría del débito y la responsabilidad.



Se entiende que tanto el incumplimiento de obligaciones, cuanto la lesión de un derecho o legítimo interés, ocasionan daños, y por ende, hacen que exista un «responsable» al que hay que imponer una indemnización. Los dos tipos de responsabilidad tendrían nexos, entonces, con el principio de no dañar a nadie, con el deber general de *neminem laedere*, por lo cual carecería de sustento su separación.

Parte de este discurso presta atención al problema práctico de dirimir si en los casos que generan dudas respecto de la aplicación de las reglas de la responsabilidad por incumplimiento o de la responsabilidad extracontractual, no sería conveniente permitir al damnificado decidir el ejercicio de la acción que más le convenga (teniendo en cuenta el plazo de prescripción o el régimen sobre la carga de la prueba, etc.)<sup>7</sup>.

En la jurisprudencia casatoria nacional, es de destacarse, por repetir todos los lugares comunes de este endeble discurso, forjado, como se ha anotado, a

partir de la doctrina argentina, la sentencia N° 849-96, del 10 de septiembre de 1997, publicada en «Normas legales», tomo 262, marzo de 1998, págs. A-14 y sgtes. Dicen así sus tres primeros considerandos:

Con la admisión de la legitimidad de tal opción, o de posibilidad del cúmulo o concurso de la responsabilidad contractual y extracontractual, se cree contar –equivocadamente, como se apreciará a continuación– con un argumento más para el reconocimiento de la unidad del sistema de responsabilidad civil.

## 8. Refutación Elemental de la Unificación de la Responsabilidad Civil

Ninguna de las propuestas favorables a la unificación puede ser compartida<sup>8</sup>.

Hay que evitar, ante todo, un acostumbrado modo de ver las cosas que ponía punto final a la discusión al afirmar que la distinción entre ambos tipos de

7 En la jurisprudencia casatoria nacional, es de destacarse, por repetir todos los lugares comunes de este endeble discurso, forjado, como se ha anotado, a partir de la doctrina argentina, la sentencia N° 849-96, del 10 de septiembre de 1997, publicada en «Normas legales», tomo 262, marzo de 1998, págs. A-14 y sgtes. Dicen así sus tres primeros considerandos:

«PRIMERO: Que el Código Civil vigente adopta un sistema binario de responsabilidad civil: la responsabilidad contractual en el Libro Sexto de las obligaciones y la responsabilidad extracontractual en el Libro Séptimo, fuente de la obligación.

SEGUNDO: Que esta es una división clásica y secular que se consagra después de una larga evolución en el derecho francés para posteriormente ser acogida por nuestra legislación.

TERCERO: Que sin embargo, esta tradicional dicotomía se está orientando a la unificación sistemática de ambas responsabilidades a partir del dato de concebir el daño como centro de gravedad del problema: es decir que los presupuestos del daño contractual y extracontractual son comunes, esto es la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y los factores de atribución, los que pueden variar de acuerdo a cada caso en particular».

En su voto singular, el vocal RONCALLA, expresa:

«PRIMERO: Que la impugnación se centra en si los daños reclamados se enmarcan dentro del ámbito contractual o dentro del ámbito extracontractual, dado que nuestra legislación civil las diferencia y regula de manera diferente.

SEGUNDO: Que la cuestión radica básicamente en que dependiendo del ámbito de responsabilidad en el que nos situemos, varían las normas respecto del «onus probandi».

[...].

NOVENO: Que la responsabilidad contractual y extracontractual no son vías antagónicas sino que muchas veces pueden presentarse de manera paralela, coexistiendo dentro de una situación global, produciéndose daños de distinta naturaleza, pero que tienen su origen en una sola situación jurídica, como en este caso, que es una relación contractual.

DÉCIMO: Que en esos casos, como en el presente, el perjudicado no sólo dispone de una inequívoca acción, sino que dispone de ambas a la vez siendo más realista entender que el carácter contractual o extracontractual de los deberes infringidos al ocasionar el daño no es tanto el factor que configure la acción, dotándola de una única naturaleza, en cuanto se deben entender que no son sólo fundamentos de derecho de prosperabilidad de la acción indemnizatoria, y que como fundamentos de derecho son intercambiables por el principio *lura Novit Curia*, siempre y cuando se hayan probado los elementos del derecho indemnizatorio que son un causante, una víctima, nexo de causalidad, negligencia, culpa o la existencia de responsabilidad objetiva».

Con óptica no menos inaceptable, en la sentencia N° 1312-96, citada en *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria*, Lima, Ediciones Legales, 2002, pág. 425, se señala que «los límites y diferencias de la responsabilidad contractual y extracontractual se han atenuado, tanto por el movimiento doctrinario como por la corriente legislativa contemporánea, en búsqueda de un sistema unitario de responsabilidad civil cuyo núcleo gire en torno a la prevención del daño y en la reparación de la víctima».

8 Mi posición, contraria a la unificación de la responsabilidad civil, ya aparece esbozada en LEÓN, Leysser L., y Jaime REYES MIRANDA, *Responsabilidad civil de los abogados. Bases para un estudio de la responsabilidad civil profesional en el Perú*, tesis de licenciatura en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, julio de 1998, *passim*, y en mi estudio «La importancia del derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera «Escuela» de civilistas peruanos. A propósito de la modernización del derecho de obligaciones en Alemania (*Schuldrechtsmodernisierung*)», en «Ius et Veritas», año XIII, núm. 26, Lima, 2003, págs. 15 y 19.

He tenido como guía el reciente libro de Luigi CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 2003, págs. 5 y sgtes., y el parecer prácticamente unánime de la doctrina italiana, de la que me limitaré a citar, con carácter general: SCOGNAMIGLIO, Renato, voz «*Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*», en *Novissimo Digesto italiano*, vol. XV, Utet, Turín, 1968, pág. 672: «cuando preexiste una relación obligatoria derivada de la autonomía contractual o de la ley misma, esta constituye la medida sobre la cual se realiza la ordenación de intereses de las partes (involucradas en la relación); y la responsabilidad es tomada en consideración sólo por la inobservancia del vínculo, y como medio sucedáneo para restablecer su fuerza efectiva. Si se verifica un daño injusto, en cambio, [...] se produce, con la imposición de la responsabilidad, la obligación que tiene por objeto el restablecimiento de todos los daños relevantes (jurídicamente), según la exigencia y a fin de componer, en los términos de una nueva solidaridad, el conflicto de intereses entre el lesionado y el dañado»; ROSELLO, Carlo, «*Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*», en *La responsabilità civile – Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, dirigida por Guido ALPA y Mario BESSONE, vol. I, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da Walter Bigiavi*, Turín, Utet, 1987, págs. 297-298; DI MAIO, Adolfo, *Delle obbligazioni in generale*, en *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, al cuidado de Francesco GALGANO, Zanichelli ed. y Soc. ed. del Foro Italiano, Bologna y Roma, 1988, págs. 230 y sgtes.; *Id.*, *La responsabilità contrattuale*, Giappichelli, Turín, 1997, págs. 113 y sgtes.; *Id.*, *La tutela civile dei diritti*, 3ª ed., Giuffrè, Milán, 2001, págs. 192 y sgtes.; DE GIORGI, Maria Vita, voz «*Danno I) Teoria generale*», en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. X, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, pág. 6 (de la separata); BIANCA, C. Massimo, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Giuffrè, Milán, 1994, págs. 546 y sgtes.; SALVI, Cesare, *La responsabilità civile*, en *Trattato di diritto privato*, al cuidado de Giovanni IUDICA y Paolo ZATTI, Giuffrè, Milán, 1998, págs. 8 y sgtes.; MONATERI, *Responsabilità civile*, en *Trattato di diritto civile*, dirigido por Rodolfo SACCO, Utet, Turín, 1998, págs. 8 y sgtes.; *Id.*, *Manuale della responsabilità civile*, Utet, Turín, 2001, págs. 13 y sgtes.; VISINTINI, Giovanna, voz «*Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*», en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, págs. 1 y sgtes. (de la separata); EAD., *Trattato breve della responsabilità civile*, 2ª ed., Cedam, Padua, 1999, págs. 197 y sgtes.; y las declaraciones de la misma autora en mi *Nota del traductor* a EAD., *Responsabilidad contractual y extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil*, ARA editores, Lima, 2002, págs. 24-25.

Entre nosotros, son de destacar las siempre lúcidas reflexiones del profesor Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, vol. II, Fondo

responsabilidad se sustentaba exclusivamente en la existencia o inexistencia de una relación obligatoria previamente establecida entre el damnificado y el dañador.

Igual de ineficaz parece ser, ahora, el respaldo histórico, es decir, la alguna vez fiable «tradición», que deducía de un pasaje de las *Instituciones* de Gayo (III, § 88) la *summa divisio* imperecedera de las obligaciones: *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*, es decir, la enseñanza de que la voluntad humana crea obligaciones, sea con actos o negocios jurídicos conformes al ordenamiento, o bien con actos contrarios a éste.<sup>9</sup>

Y a estas alturas, por otro lado, cuando la reforma del Código Civil vigente se ha reactivado, tampoco seguirá teniendo carácter decisivo afirmar, como sí era posible antes, la clara separación legislativa de ambas especies de responsabilidad.

En efecto, el sistema imperante, pese todas las críticas, regula en dos lugares distintos la «inejecución de obligaciones» y la responsabilidad extracontractual. Basta atender a la regulación vigente para que queden reducidas a puras especulaciones y a verdaderos «juegos intelectuales», los discursos unificadores.

Para bien o para mal, el Código Civil establece las siguientes diferencias:

- a) El plazo de prescripción es de diez años para el incumplimiento de obligaciones y de dos años para la responsabilidad extracontractual (artículo 2001°, números 1 y 4).
- b) En cuanto a la prueba, existe una presunción de que el incumplimiento se debe a culpa leve del deudor (artículo 1329°); el dolo y la culpa inexcusable tienen que ser probados (artículo 1330°). En la responsabilidad extracontractual, el

descargo por falta de dolo<sup>10</sup> o de culpa corresponde a su autor (artículo 1969°).

- c) En el incumplimiento, se resarcen, como regla general, los daños que sean su consecuencia inmediata y directa, y si media culpa leve, el daño que podía preverse al tiempo en que se estableció la relación obligatoria (artículo 1321°). En la responsabilidad extracontractual, el resarcimiento comprende los daños que puedan enlazarse con el acto ilícito de conformidad con los criterios de la causalidad jurídica, los cuales, por decisión del legislador, son los de la teoría de la «causalidad adecuada» (artículo 1985°).
- d) En el incumplimiento, el resarcimiento comprende el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral (artículos 1321° y 1322°). En la responsabilidad extracontractual se añade a tales conceptos el del daño a la persona (artículo 1985°).
- e) En el incumplimiento, los intereses se devengan si media constitución en mora del deudor. En la responsabilidad extracontractual, el monto de la indemnización devenga intereses desde la fecha en que se produjo el daño (artículo 1985°).

Como señalé en el párrafo anterior, los partidarios de la unificación –al menos los que inspiran a quienes que han adherido a ella en el Perú– se identifican por su desatención injustificada hacia la razón de ser de cada una de las diferencias señaladas.

Lo de la prescripción es un mal punto de referencia para las propuestas unificadoras. No se puede razonar a partir de situaciones excepcionales, como la del damnificado que no hace valer sus derechos oportunamente ante el poder judicial. Por si no bastara tan obvia reflexión, nadie ha pensado ni pensaría jamás en defender, seriamente, el carácter binario del sistema de responsabilidad civil sobre la

Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, págs. 441 y sgtes., especialmente, pág. 451: «el juez que tiene a su cargo un caso de responsabilidad extracontractual se encuentra frente a una mucho mayor indefinición que el juez que tiene que resolver un caso de responsabilidad contractual. para establecer el daño resarcible, no le basta comparar el texto con los hechos, lo pactado con lo ejecutado, el documento con la vida: tiene que hurgar dentro de su conciencia jurídica y decidir si el daño recién estrenado, no sujeto a libretito alguno, es susceptible de reparación». Sin perjuicio de ello, el autor aconseja (*ivi*, pág. 526), que «la unidad del campo de la responsabilidad civil nos obliga a colocar juntas las normas sobre responsabilidad contractual y extracontractual. [...] es posible juntar las dos responsabilidades de manera de constituir una Sección Tercera (no un simple Título) del libro VI [del Código Civil], suprimiendo el Título IX de la Sección Segunda del libro VI y la Sección Sexta del Libro VII. De otro lado, es posible también juntarlas de manera de constituir la Sección Sexta del Libro VII, suprimiendo el Título IX de la Sección Segunda del Libro VI. Ya sea que se opte por una u otra solución, la nueva Sección debe denominarse «De la responsabilidad civil» y contener cuatro Títulos: las reglas comunes de la responsabilidad civil y las reglas particulares correspondientes a la responsabilidad vinculada a la existencia de una promesa previa (ya se trate de contrato o de promesa unilateral), a la responsabilidad por daño intolerable y a la responsabilidad por accidentes».

Para Manuel de la PUENTE y LAVALLE, *El contrato en general*, 2ª ed., t. I, Palestra Editores, Lima, 2001, pág. 368, «interpretando el sistema de nuestro Código civil en materia de responsabilidad a la luz de la lógica, deben considerarse dos clases de responsabilidad: la derivada de la inejecución de las obligaciones creadas por los actos a que se refieren las Secciones Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta del Libro VII; y la derivada de la ejecución de actos ilícitos [...], que corresponde a la que regula la Sección Sexta del mismo Libro».

9 Hay otro aspecto en el que los romanos distinguieron la responsabilidad derivada de la lesión a los derechos reales y la derivada del incumplimiento de una obligación: en el primer caso, nacía el derecho a pretender la reintegración de la situación patrimonial afectada (*rei persecutio*), pero si se daban ciertos presupuestos (como los de la sustracción de cosas, o *furtum*, por ejemplo), también podía concurrir el derecho a pretender que el autor de la lesión padeciera una sanción patrimonial (*poena*), fija o proporcional a la gravedad del hecho; en el segundo caso, sólo era viable la *rei persecutio*, a menos que mediara la asunción voluntaria de otra sanción (por ejemplo, con una pena convencionalmente pactada).

Las acciones para la protección de la propiedad y de los derechos sobre las cosas ajenas, por estar dirigidas a afirmar pretensiones actuales (que pueden, entonces, ser opuestas frente a todos) se llamaban «*in rem*». Por ello se habla de «derechos reales» o «absolutos». En cambio, las acciones para hacer valer expectativas, (que pueden ser dirigidas hacia quien estaba obligado a asegurar su realización) se llamaban «*in personam*». Tal es el origen de los derechos «de obligación» o «relativos».

10 Esta es un deplorable peculiaridad del Código Civil peruano: la virtual «presunción del dolo» en la responsabilidad extracontractual.



base de algo tan sujeto a la política legislativa como la fijación de los plazos prescriptorios<sup>11</sup>.

Como quiera que sea, el plazo difiere legítimamente en los dos tipos de responsabilidad por la necesidad de un temprano ofrecimiento de las pruebas necesarias para la determinación judicial de los supuestos que hacen viable el resarcimiento extracontractual<sup>12</sup>. Tal urgencia no se presenta en el resarcimiento debido por incumplimiento, que protege el derecho a una prestación regulada y programada en el negocio jurídico que le dio origen. Hay, en el segundo caso, y en virtud de la ley, una «perpetuación» de la relación obligatoria (*perpetuatio obligationis*), bajo la especie del resarcimiento, que está previsto para amparar la posición del acreedor. En la responsabilidad extracontractual, en cambio, el resarcimiento representa una pretensión nueva y autónoma de la víctima, que obedece a su situación lesionada, y ello es lo que justifica que se decida normativamente, en la generalidad de los ordenamientos de familia romanista y germana, una extensión no tan amplia –lo que, entendiéndose, no es lo mismo que optar por una extensión «breve»<sup>13</sup>– del plazo prescriptorio, en comparación con el supuesto anterior.

En la responsabilidad por incumplimiento se resarcen, como pauta, los daños previsibles en el momento de surgimiento de la relación obligatoria porque las reglas del negocio jurídico de origen imponen al deudor la asunción de un sacrificio que debe quedar contenido dentro de los límites de la normalidad. De aquí la exigencia de lograr una proporcionalidad de la sanción resarcitoria, atendiendo a aquellas desventajas que en circunstancias normales se enlazan con la inejecución o incorrecta ejecución de la prestación. Nada de ello se presenta en la responsabilidad extracontractual, donde, por no existir una prestación debida, no hay cómo desarrollar, de antemano, ningún juicio de previsibilidad<sup>14</sup>.

La inclusión del «daño a la persona» en el resarcimiento extracontractual constituye una peculiaridad del Código Civil peruano, que obedece a la errada inclusión de un concepto ya comprendido en el de «daño moral».

Lo de la mora, en fin, se funda en una decisión del legislador que prefirió no adoptar el régimen de la mora automática en materia de incumplimiento.

Pero con una reforma en camino, se hace más latente la exigencia de analizar el fondo de la cuestión.

Existe una diferencia básica en relación con los objetivos: las reglas de la responsabilidad extracontractual previenen y reprimen de manera *ex post* hechos dañosos, a través de la remoción de las consecuencias perjudiciales provocadas; las de la responsabilidad por incumplimiento garantizan al acreedor la armónica ejecución de la prestación comprometida en la relación obligatoria.

La responsabilidad por incumplimiento deriva de la privación al acreedor de la ventaja que tenía la legítima expectativa de recibir. En el caso de los contratos con prestaciones recíprocas, como la compraventa, la situación es más evidente, porque puede haberse ya producido la atribución de una ventaja a una de las partes, mientras que la esperada por la otra se frustra ilícitamente. En oposición, lo que se presenta en la responsabilidad extracontractual un empeoramiento involuntario del *status quo* de un sujeto.

El sistema, entonces, prevé coherentemente formas de tutela distintas, por un lado, para la protección de una expectativa planificada, para asegurar la ejecución de algo que se prometió, y por otro, para la protección de la situación del sujeto que se ve empeorada contra la voluntad del mismo. Por

11 En Alemania, con el *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, del 2001, en vigor desde enero del 2002, y reformadora del *Bürgerliches Gesetzbuch*, se ha establecido un plazo ordinario de prescripción (§ 195 *Regelmäßige Verjährungsfrist*) de tres años para las pretensiones de fuente obligativa y extracontractual, pero nadie ha tenido la idea descabellada de conexas la decisión del legislador germano, lícitamente arbitraria, con la unificación de la responsabilidad civil.

Con coherencia y técnica legislativa dignas de seguir, la reforma del *Bürgerliches Gesetzbuch* ha establecido (§ 199, núm. 2) que cuando se trata de daños por muerte, o por lesiones al cuerpo, a la salud o a la libertad, el plazo de prescripción, sin importar la naturaleza de la responsabilidad, será de treinta años a partir de la fecha en que tuvo lugar el acto, lesión del contrato u otro evento generador del daño.

12 Así lo entendieron los redactores del Código Civil italiano de 1942, y dejaron constancia de ello en la *Exposición de motivos* de dicho cuerpo normativo, que se conoce como *Relazione del Guardasigilli al codice civile*, por haber sido redactada por el ministro de justicia y gracia (el «guardasellos») de la época: DINO GRANDI.

13 Con mejor criterio, a propósito de las críticas de la perspectiva ontológica, el plazo para demandar por responsabilidad extracontractual es quinquenal en el Código Civil italiano, y no de sólo dos años, como en el nuestro.

14 Mis observaciones sobre la justificación de la diversidad de los plazos prescriptivos adhieren a lo expuesto por SCOGNAMIGLIO, voz «*Risarcimento del danno*», en *Novissimo Digesto italiano*, vol. XVI, Utet, Turín, 1969, págs. 26 y sgtes.; ADRIANO DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3ª ed., vol. II, Giuffrè, Milán, 1979, págs. 271 y sgtes.; UGO MAJELLO, «*Responsabilità extracontrattuale e responsabilità contrattuale*», en *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, cit., págs. 77 y sgtes.; y por VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, en *Il Codice civile. Commentario*, dirigido por Piero SCHLESINGER, Giuffrè, Milán, 1987, pág. 40; EAD., *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., pág. 199, nota (6). Las relativas a la previsibilidad de los daños siguen la línea de pensamiento de BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, 2ª ed., en *Commentario del codice civile*, al cuidado de Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA, Zanichelli ed. y Soc. ed. del Foro Italiano, Bologna y Roma, 1979, págs. 373 y sgtes., y sobre todo, de Claudio TURCO, «*Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*», en «*Rivista critica del diritto privato*», año 5, núm. 3, 1987, págs. 93 y sgtes.



ello, el resarcimiento es sólo uno de los remedios ante el incumplimiento en el ámbito contractual, donde se dispone de la excepción de incumplimiento y de la resolución por incumplimiento; en los hechos ilícitos ajenos a las relaciones obligatorias, el remedio por excelencia es el resarcimiento<sup>15</sup>.

La unificación pretendida no puede prescindir, además, de la previa, e imposible, demostración de que el interés protegido por el ordenamiento —es decir, el objeto de la infracción— es el mismo en los dos tipos de responsabilidad, y en no menor medida, la demostración de que las personas llamadas a responder serán las mismas en ambos casos.

Cuando se presenta el incumplimiento, el acreedor cuenta con una pretensión que sólo puede oponer, en cuanto derecho a la prestación, al deudor. Distintamente, las situaciones jurídicas subjetivas, por cuya integridad vela el ordenamiento jurídico, y cuya infracción activa la tutela resarcitoria de la responsabilidad extracontractual, son oponibles a todos.

En cuanto al cúmulo o concurso de responsabilidades, es inaceptable considerarlo como reconocimiento de la unidad del sistema de responsabilidad civil.

Debo señalar, ante todo, que no conozco a ningún autor que haya analizado a cabalidad el tema, y que luego haya pretendido formular semejante visión<sup>16</sup>.

De todas maneras, hay que referir que el cúmulo constituye, a la vez, una situación y una solución elaborada en vía interpretativa por la jurisprudencial

extranjera<sup>17</sup>, que se presenta exclusivamente, y excepcionalmente, cuando se evalúan hechos que dan lugar, por igual, a la responsabilidad por incumplimiento y a la responsabilidad extracontractual. Los ejemplos más citados en los manuales son los daños que los productos defectuosos generan para la integridad psicofísica, o la salud en general, de los consumidores: hay un derecho de estos amparado en el contrato en virtud del cual adquirieron el bien, y al mismo tiempo, la lesión de un derecho fundamental de la persona.

Lo que no se puede dejar de destacar es que el cúmulo sólo es concebible con el presupuesto de la previsión legal de remedios distintos para ambas especies, de modo que a la víctima le resulte más ventajoso poner en acción uno en lugar de otro.

Por cuanto la única y verdadera, y la única admisible, «unificación de la responsabilidad civil», a saber, la conceptual y funcional, constituye una quimera, toda invocación o intento legislativo encaminado hacia la uniformización de dos entidades que han sido, son y seguirán

siendo distintas, aunque la ley vuelva comunes algunas de sus reglas, carece de sustento y utilidad.

## 9. La unificación en serio: los Principios generales del derecho civil de China y las enseñanzas de un comparatista italiano

Mayor interés que las teorías expuestas, y no sólo para quienes practican la comparación jurídica, es el que reviste un documento legislativo real: la Ley china sobre los principios generales del derecho civil de 1986 —una suerte de código civil conciso, compuesto sólo de 156 artículos— donde la llamada

**“(…) la única y verdadera, y la única admisible, «unificación de la responsabilidad civil», a saber, la conceptual y funcional, constituye una quimera (…)”**

15 En otros códigos civiles, como el italiano, se prevé también el remedio de la reintegración en forma específica, que en nuestro medio era decidida, hasta hace poco, por el Indecopi, cuando estaba de por medio una relación de consumo.

16 Sobre el cúmulo de responsabilidad por incumplimiento y responsabilidad extracontractual, el magnífico estudio de derecho comparado de MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Cedam, Padua, 1989, págs. 4-5: «un verdadero problema de cúmulo nace sólo si los remedios son operacionalmente distinguibles, de modo que uno resulta mejor que el otro para la víctima del daño en algún aspecto. El cúmulo es requerido sólo si el damnificado puede ganar algo con su concesión; y su concesión se traduce siempre en un mejoramiento de la posición del damnificado, y viceversa, en un empeoramiento de la situación del dañador».

En Alemania se habla de *Anspruchskonkurrenz*, «concurso de pretensiones», pero también de *Kumulierung der Haftungstatbestände*, esto es, de «cúmulo de los supuestos de responsabilidad»: todo ello lo refiere Erwin DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2ª. ed., Carl Heymann, Colonia, Berlín, Bonn, y Múchich, 1996, págs. 22-23.

En la doctrina francesa contemporánea, Philippe RÉMY, «La «responsabilité contractuelle»: histoire d'un faux concept», en «Revue trimestrielle de droit civil», 1997, pág. 353, luego de rendir cuenta sobre la minoritaria, si bien autorizada, posición de André TUNC, favorable a la unificación, concluye que ésta es imposible, y que constituiría, además un remedio inadecuado a los problemas de coherencia del régimen francés en materia de responsabilidad civil.

17 Se admite en Alemania, Italia y, con singularidades, en los países del *common law*; se rechaza en Francia, donde rige el principio del *non-cumul des responsabilités*.



responsabilidad «contractual» y la responsabilidad nacida de acto ilícito aparecen unidas, como capítulo independiente de la obligación.

La experiencia china es extremadamente particular, a raíz de su reciente y decidido acercamiento a la cultura jurídica europea. Hay, en estos días, traducciones chinas del Código Civil alemán y del Código Civil italiano, y de las obras más importantes de civilistas alemanes como Karl Larenz y Dieter Medicus. Y todos los manuales de derecho civil que circulan en China comienzan, a la alemana, con un *allgemeiner Teil*, con una «parte general» que comprende, cómo no, la exposición de la teoría del negocio jurídico.

Pero en lo que atañe a la responsabilidad civil, el modo de proceder del legislador chino «ha sido apreciado por algún estudioso como un planteamiento más lógico en comparación con la tradición romanista. Su argumento fundamental de defensa es que las leyes regulan la vida privada de esta forma: relación privada (regulada por las leyes), relación jurídica (derecho subjetivo y deberes jurídicos) y responsabilidad (en caso de incumplimiento o violación de los deberes). Por ello, la responsabilidad civil sería la garantía que el Estado impone para remediar los actos civiles anormales»<sup>18</sup>.


Uno destacado comparatista italiano, interrogado al respecto, ha respondido, agudamente, que el «fin del derecho de los contratos es el de permitir todas las *win-win transactions*, es decir, la realización de todos los intercambios voluntarios en los que ambas partes resulten ganadoras, porque cada una de ellas prefiere tener lo que tiene la otra (una prefiere tener el dinero y la otra la casa, y así por el estilo). [...] El fin del derecho de contratos es esencialmente, por lo tanto, el de eliminar los costos de las transacciones descentradas, permitiendo, lo más posible, condiciones de conocimiento perfecto por parte de los diversos agentes, a fin de que estos realicen, por sí solos, el estado de máxima eficiencia paretiana. [...] Desde esta óptica, las normas sobre el incumplimiento del contrato y sobre la responsabilidad contractual se presentan

como remedios que deben tender a dicha situación de óptimo paretiano. Por ello, ellas tienden a reponer a la parte no-culpable en la misma situación en la que se habría encontrado si el contrato hubiese sido cumplido, imponiendo los costos a la parte culpable del incumplimiento (protección del *expectation interest*). Dichas normas tienden, en otras palabras, a sustituir con un equivalente al incumplimiento que ha impedido la ejecución del contrato. Por tal razón, ellas realizan un estado del mundo que jamás se ha verificado concretamente en la práctica, a causa del incumplimiento»<sup>19</sup>.

Por el contrario, las normas de la responsabilidad extracontractual «protegen el *status quo* de un sujeto. Su fin es minimizar el costo social de los accidentes. Dicho objetivo se realiza, en general, imponiendo un estándar de conducta diligente, de modo tal que sea más costoso para el sujeto en culpa tener que resarcir los daños, en lugar de adoptar las medidas preventivas *ex ante* que impidan el surgimiento de los daños mismos. De tal manera, obviamente, el número y la gravedad de los daños debería disminuir»<sup>20</sup>.

Es claro, entonces, que aun cuando la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual tienen muchos elementos en común, «el fin de la primera es mirar hacia el futuro, realizando la ejecución del contrato que no ha sido realizada, mientras que el fin de la segunda es mirar hacia el pasado, restableciendo el *status quo ante* que ha sido destruido por el ilícito»<sup>21</sup>.

El autor citado concluye pronunciándose por la conveniencia, «más allá de los razonamientos formales y conceptuales de los juristas, de tratar de modo separado la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual. Y lo que es más: favorecer la creación, al interior de la profesión jurídica, de especialistas del contrato y de especialistas de la responsabilidad extracontractual»<sup>22</sup>.

Habría sido difícil para mí formular expresiones más sensatas e inteligentes para concluir mi ponencia .

18 Todas estas referencias, así como las precedentes, son de XUE JUN, en MONATERI y XUE JUN, «*Dialogo sulla codificazione del diritto civile in Cina*», en «*Rivista critica del diritto privato*», año XXI, núm. 3, 2003, p. 490.

19 MONATERI, en MONATERI y XUE JUN, *op. cit.*, pág. 491.

20 MONATERI, *op. ult. cit.*, pág. 492.

21 MONATERI, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

Otro autor italiano, ROPPO, Vincenzo, *Il contratto*, en *Trattato di diritto privato*, al cuidado de Giovanni IUDICA y Paolo ZATTI, Giuffrè, Milán, 2001, págs. 185-186, señala a propósito de la responsabilidad precontractual, que los debates en torno de la naturaleza de ésta se ha venido desdramatizando, a raíz de la «frecuente conmixión/indistinción de los dos tipos de responsabilidad, que tiende a superponer o acercar sus respectivos regímenes, volviendo menos decisiva la calificación alternativa de la hipótesis en términos contractuales o extracontractuales. Ello se manifiesta, sobre todo, en los *aspectos sustanciales* de la regulación: relevancia de la culpa y su gradación, contenido de la prueba liberatoria, contenido de la prueba liberatoria (pero también distribución de la carga de la prueba)». Pero –reconoce el mismo autor– «la distinción conserva peso en los *aspectos estructurales*: prescripción, y espacios de iniciativa en el proceso. En estos aspectos, la asimilación de la responsabilidad precontractual al género extracontractual, en lugar del contractual, no carece de influencia».

22 MONATERI, *op. ult. cit.*, pág. 493.