

¿CÓMO MEJORAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PERÚ?

DIÁLOGO ENTRE ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ*
Y GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ**

Foro Académico convocó a los profesores Alfredo Bullard González y Gastón Fernández Cruz para que desarrollaran un diálogo acerca de la problemática de la responsabilidad civil en el Perú, a fin de tentar una ulterior mejora en su aplicación. Bajo sus diferentes (pero igual de interesantes) enfoques, ambos especialistas dan sus particulares puntos de vista respecto al sistema y polemizan sobre el camino a seguir en una futura reforma normativa sobre el particular.

ABG (Alfredo Bullard González): Entiendo que la preocupación o el interés es tener algún tipo de discusión sobre las bondades y maldades del sistema de responsabilidad civil extracontractual tal como está regulado y tal como está funcionando en nuestro país. Como punto de partida tengo que decir que creo que ésta es una discusión tan académica que a veces suena irreal, porque como están funcionando las cosas en el Poder Judicial, esta discusión es absurdamente ociosa. Por la forma como interpretan los jueces la legislación, en el fondo esta discusión es sobre solamente cuál es el mejor Código y no creo que porque cambiemos el Código las cosas vayan a cambiar mucho en el país. Pero en todo caso veamos cuál es el modelo que existe en nuestro sistema y qué ventajas y desventajas puede tener. Yo creo que una pregunta inicial, que quizás es el punto de partida de cualquier discusión sobre la materia, es para qué tenemos un sistema de responsabilidad extracontractual. Podemos entrar en una larguísima discusión sobre cuáles son los fines y objetivos, algunos dirán que su función central es desincentivar la cantidad de accidentes, reducir costos de los accidentes, en términos de que haya menos y menos graves, y que lo que se persigue es que las personas que causen accidentes soporten los costos de esas acciones para que tomen las precauciones necesarias para evitar que esas acciones vuelvan a producir accidentes. Otros dirán que es para compensar a la víctima y ahí el concepto de compensación puede tomar dos matices distintos. Uno es una compensación basada en la idea de que simplemente es justo compensar y que por consecuencia el causante debe indemnizar a la víctima porque le causó un daño y punto; no hay mayor argumentación. Otra es porque económicamente la pérdida social generada por el accidente se reduce o se minimiza escogiendo que ciertos grupos compensen a otros. Y ahí vienen teorías como la de Fernando de Trazegnies de la distribución social del costo del accidente, que en realidad creo que ahí se confunde una teoría con una función. En realidad lo que se plantea ahí básicamente es sustituir el sistema de responsabilidad civil por un sistema de seguros, alcanzar un sistema de responsabilidad civil que motive la existencia de seguros o tener un sistema de responsabilidad civil que traslade los costos a quienes pueden distribuirlos a través de los precios. Ello reduce el sufrimiento social de los acciden-

tes porque concentrar el daño en una sola persona hace mucho más doloroso el accidente que distribuir esos mil dólares de daño entre mil personas distintas pagándole un dólar a cada uno; es lógico que haya un costo menor. Esas son las dos grandes razones de ser de la responsabilidad extracontractual: el desincentivo de accidentes y conseguir algún nivel de compensación a la víctima. En este contexto uno puede o tiene que ver que el sistema a la luz de los costos que el sistema tiene, los costos que el sistema genera, en términos administrativos de operaciones de sistema. Hay sistemas que son más costosos, la culpa es más costosa caso por caso, porque la evaluación que tiene que hacer un juez es mucho más onerosa en términos de los recursos necesarios para evaluar un accidente, ya que tiene que determinar no solamente quien causó el daño sino como ocurrió y si se ajusta o no a un estándar abstracto de conducta para determinar si efectivamente debe o no repararse. O puede uno estar marcado por el esquema valorativo o percepciones de justicia, el sistema de responsabilidad civil como todos los sistemas legales es una mixtura de situaciones e intereses que llevan a optar por uno u otra opción.

A raíz de ese contexto, ¿qué cosa podríamos decir que privilegia nuestro Código Civil? Yo creo que su estructura básicamente privilegia el desincentivo de accidentes. Me atrevería a decir, contrario a lo que mucha doctrina señala que la responsabilidad civil tiene como función principal compensar a la víctima, la propia estructura del sistema parecería indicar que la función más importante es reducir la cantidad de accidentes. Baso ello en que, en primer lugar, el hecho de que nuestro sistema es un sistema donde la regla general y el principio básico es la culpa, y la culpa solo tiene sentido en términos de desincentivo de accidentes. Es decir, cuando yo digo que alguien es culpable lo que digo es que desarrolló una conducta que no se ajusta a un estándar, porque ese estándar genera más accidentes cuando se desarrolla. En consecuencia, el traslado de un daño ocurre en aquellas conductas que justamente se salen de un estándar y al hacer responsable a los sujetos que se salen del estándar lo que estoy creando son incentivos para que esas conductas no se repitan. Entonces tenemos que el uso de la culpa estaría orientado principalmente a un tema de desincentivo de accidentes, habría entonces que analizar el elemento de causalidad adecuada. La causalidad adecuada exige una relación de adecuación entre la acción y el daño; esto significa que el daño tiene que ser una consecuencia normal de la conducta. Puede ser definida en términos de que es causa adecuada aquella situación en la cual la consecuencia, es decir el daño, es esperable desde el punto de vista de una observación empírica, o sea que la repetición de la conducta incrementa la probabilidad que se den este tipo de daños. Y si uno analiza este concepto de causalidad adecuada descubre que está vinculado principalmente al desin-

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master (LL.M.) por la Universidad de Yale. Profesor de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Ciencias Aplicadas.

** Abogado y Magister en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima.

centivo, porque justamente lo que busca identificar es que uno responde sólo por lo que podría prever y al determinar que uno responde por lo que podría prever lo que le está diciendo es que lo que no puedes prever no lo pagas. En consecuencia, lo que está diciendo es que solo respondes por lo que podías prevenir y entonces el concepto de causalidad adecuada también está vinculado a la estructura del código de desincentivo de accidentes.

Hay algunos otros elementos adicionales, por ejemplo los supuestos en los cuales se acepta la responsabilidad objetiva suelen estar ligados a lo que normalmente se llama supuestos de precauciones unilaterales, es decir cuando la carga principal de las precauciones está de lado de una sola de las partes. Y entonces, desde ese punto de vista, está vinculado al tema de prevención. Es decir, la responsabilidad objetiva en nuestro código civil no se utiliza como un mecanismo de compensación, lo cual podría hacerse también. Yo podría establecer un factor de atribución objetivo que haga responsable a quienes tienen más recursos, lo que puede distribuir el costo del daño a la empresa, por ejemplo. Lo que hace el código civil, e incluso algunas normas adicionales como la Ley de protección al consumidor cuando habla de la responsabilidad por productos defectuosos, es atribuir la responsabilidad a quien puede tomar más precauciones. El factor de atribución está vinculado entonces a la precaución. Y hay algunos otros elementos, que yo llamaría secundarios, pero que también reflejan la estructura básicamente de prevención del código, que son por ejemplo el tratamiento de los daños causados por incapaces. En el caso de los incapaces privados de discernimiento, la regla es que éstos no compensan sino que compensa el representante legal. La lógica es que quien no tiene discernimiento por más que le hagas pagar no va a prevenir el daño; el representante quizás tome medidas para prevenir el daño. Y ahí se aplican unas de las excepciones a la lógica de prevención en el código, se admite en caso no se puedan obtener recursos del representante legal en ese caso si el incapaz pueda pagar atendiendo su situación económica. Ello es una aplicación de la vieja teoría del *deep pocket*, quizá la única, y que se sale un poco del esquema de prevención que es la que marca la línea general del código.

Básicamente, repito, vemos que el nuestro es un código de prevención que se enmarca en la función más lógica de la responsabilidad civil, que es justamente usarlo como una herramienta de desincentivo general a ciertas conductas que puedan generar daños, y lo interesante es sin necesidad de regular conductas, es decir sin necesidad que el Estado tenga que establecer regulaciones muy estrictas, sino dejando simplemente a estándares la determinación de las consecuencias para que la gente internalice el costo de sus acciones. Es decir, la ventaja de tener el sistema de responsabilidad civil extracontractual sobre sistemas regulatorios es justamente que es menos intervencionista, exige un Estado menos metido en el problema y lo deja más a estándares generales y una evaluación ex post de parte del juez respecto a las consecuencias de una acción.

Dentro de esa línea, una de las críticas al código es que éste no es consistente desde el punto de vista del sistema, es una mezcla de sistemas objetivos y subjetivos. O sea parte de un presupuesto de factor de atribución subjetivo. Sin embargo, reconoce algunos supuestos de responsabilidad objetiva y, adicionalmente a ello, establece incluso en el caso de responsabilidad objetiva la existencia de imprudencia de la víctima como un elemento de fractura causal, con lo

cual vuelve a aparecer la discusión de la culpa. Yo creo que ahí el código civil está atrapado en el dilema en que están atrapadas la mayoría de normas de responsabilidad civil en el mundo: el problema de las precauciones recíprocas. En la mayoría de supuestos de daños que generan responsabilidad extracontractual, el peso de las precauciones para evitar un accidente recae en ambas partes. El ejemplo que yo siempre cito es que a un accidente lo puedes ver de dos maneras: que el automóvil le rompió la pierna al peatón o que el peatón le quebró el faro al vehículo. Eso en términos reales estrictamente cierto, son dos formas de ver el mismo evento, en uno se pone énfasis en el automóvil y en el otro énfasis en el peatón. La forma como gramaticalmente se organice la oración hace aparecer a uno como causante y como víctima al otro. En el fondo lo que ocurre es que ambos son causantes y víctimas a la vez y eso pasa en la mayoría de supuestos porque la causalidad normalmente es recíproca, porque para que se produzca un accidente tiene que haber la concurrencia de dos conductas. Uno puede decir que una influyó más o menos, pero se requiere siempre de dos conductas. Si el peatón estaba parado en una esquina y lo atropelló un carro, estar parado en la esquina determinó que el accidente ocurriera. Se podrá discutir si eso debiera determinar que el sistema le atribuya responsabilidad o no, pero lo que es cierto es que una forma de evitar el accidente hubiera sido desmotivando a la gente a que se pare en las esquinas. Desde ese punto de vista en muchos casos, yo diría que en la inmensa mayoría, las precauciones son de los dos lados. Y siendo así, el sistema enfrenta un problema complejo, es que si se traslada la responsabilidad siempre a una parte como consecuencia liquida los incentivos para que la otra tome precauciones. Y entonces incremento la cantidad de accidentes, con lo cual los sistemas tienen que resolver el dilema de cómo crear incentivos para ambos lados, cómo hacer peatones y automovilistas más cuidadosos. Eso no es un dilema sencillo de resolver.

Los sistemas objetivos, que son más baratos de aplicar porque requieren menos costo judicial y son más fáciles, tienen el gran problema de que generan precauciones sólo de un lado, o sea si objetivamente hago sólo responsables a los automovilistas, los peatones serán más descuidados; si hago objetivamente responsable al fabricante, los consumidores van a ser descuidados al usar los productos, etc. En general, eso se puede repetir en cualquier situación. Entonces ello debe ser corregido por el sistema. ¿Y cómo lo hace? Principalmente a través de la culpa. La culpa es el sistema que permite justamente crear incentivos de los dos lados porque, por ejemplo, si yo soy atropellado por una persona y el sistema aplicable es la culpa, yo puedo asumir dos cosas: el que me atropelló venía con culpa o sin ella. Si vino sin culpa no me paga por más que me haya atropellado. Si vino con culpa me paga. Pero dado que yo voy a asumir que la otra persona posiblemente va a tratar de evitar las consecuencias de tener que pagar, voy a inferir que es probable que me atropelle alguien sin culpa. En consecuencia, yo tengo un incentivo para evitar accidentes porque si tengo uno voy a tener que soportar las consecuencias económicas si es que me atropella alguien sin culpa. El resultado es que la culpa resuelve ese problema a través de ese incentivo y la prueba de eso es que nuestro sistema objetivo admite como fractura causal la culpa del otro lado, la culpa de la víctima, y eso implica justamente definir la conducta de la víctima al sufrir el accidente. Eso influye y, en consecuencia, si yo objetivamente hago responsable al conductor entonces invierto el factor atribución culpa justamente para que el peatón tenga motivación para tomar precauciones.

El gran problema del sistema de Responsabilidad Civil es ese y creo que el código, si bien con un montón de problemas de redacción y todo, tiene un esquema que contempla eso. Yo diría que en general el diseño del código no es malo, la lógica con que enfrenta el problema no es mala. Es un código que ha abordado el problema de las precauciones recíprocas, que en mi opinión es el principal problema que un sistema de responsabilidad civil tiene que enfrentar, es decir crear incentivos adecuados para que las precauciones se tomen a ambos lados. Ahora le toca al Dr. Gastón Fernández para que diga que todo lo que he dicho está bien.

GFC (Gastón Fernández Cruz): Más allá de la labor creativa de Alfredo, la lectura del código puede ser pensada en esa forma, obviamente son normas que deben ser interpretadas. Pero lo que yo creo es que lo primero que tenemos que entender es obviamente el contexto en el que el código existe. Nuestro código es un código civil que además forma parte del sistema del *civil law*, de origen enmarcado en la codificación francesa fundamentalmente. Ha seguido pues la evolución del sistema latino. Esto es importante porque justamente la discusión de la función de la responsabilidad civil parte en esta diversidad de enfocar los sistemas entre el *common law* y el *civil law*, lo que tiene que ser finalmente prioritario. Estos dos sistemas, como lo he dicho en artículos, conferencias y sobre todo en clase, en realidad tienen en común el mismo punto de partida, básicamente todo el modelo de la revolución francesa, por lo tanto priorizan esquemas en donde la propiedad es el eje central de protección y por ende la voluntad es el mejor medio de manifestación de esta protección. La autonomía de la voluntad es realmente el eje central de la teoría clásica de lo que es el momento fisiológico de la expresión de esta voluntad del sujeto, que es el propietario, y la culpa lo es en la etapa patológica. Es imposible dejar de lado este bagaje con que en el contexto de evolución del sistema responda básicamente a toda la solución del *civil law* y por ende la discusión en el fondo es si estamos dentro de un modelo solidarista o un modelo básicamente liberal. Esto si se puede desprender de la norma, o sea dónde se bifurca el sistema del *common law* con el del *civil law*. En realidad se bifurcan en la prioridad que le ponen a uno de estos dos acentos, ya que ambas herencias se derivan de los mismos principios de la revolución francesa como libertad, igualdad y fraternidad, que es la solidaridad. Curiosamente, como decía hoy en clase, en esto influye mucho además el contexto religioso de la época en que se discute. Los sistemas sajones y normandos, efectivamente de la familia anglo, son calvinistas; el calvinismo es una religión que prioriza básicamente la idea de libertad, es más todo el esquema donde se desarrolla la religión calvinista apunta sobre el fruto del trabajo y la libertad que son sus ejes centrales. En cambio, los sistemas del *civil law* básicamente son cristianos, reposan claramente en la idea de solidaridad, que es herencia propia de este cristianismo, en donde el principio ama a tu prójimo como a ti mismo básicamente implica, entre otras cosas, una idea que subyace solidaridad. Todo esto, despojado de la parte ya religiosa, sigue impreso en los sistemas y se ve que algunos interpretan siempre que la expresión del principio solidarístico debe ser la compensación a la víctima. Qué mejor forma de entender el principio solidarístico que la reparación que se da a una víctima que ha sufrido un daño injusto, además.

Lo que yo sostengo siempre, y en eso estoy de acuerdo con Alfredo, en cuanto a la recreación de estos principios, un grave error del *civil law*, y también del *common law*, es haber apreciado esto

siempre desde una perspectiva absolutamente intersubjetiva, y la codificación no responde a una perspectiva intersubjetiva de conexión de responsabilidad entre el responsable y la víctima. Cuando uno codifica, es decir legisla, en realidad la perspectiva es una perspectiva sistémica, es decir qué se quiere regular, incentivar o desincentivar con el sistema.

Yo sostengo que en los sistemas del *civil law*, a diferencia de lo que pueda afirmarse en los sistemas del *common law* por algunos, la labor principal a nivel de codificación es priorizar la función de incentivación o desincentivación de actividad. Lo que cualquier sistema de responsabilidad civil desea, desde el punto de vista extracontractual, es básicamente incentivar o no el desarrollo de determinadas conductas. Y esto se explica en la historia de la codificación por ejemplo por qué la culpa fue inicialmente el único criterio de selección de esos intereses, es decir la culpa era el fundamento de la responsabilidad en un contexto de incipiente tecnología. Al desarrollarse la tecnología, aquí el término solidarístico es importante que sea entendido, la culpa se transforma y se convierte en el mejor elemento sobre el cual yo puedo hacer permanecer el costo del daño en la víctima. Cuando queremos incentivar o desincentivar actividades estamos pensando básicamente en una idea de solidaridad en torno a lo que es una sociedad completa, por lo tanto pensado en un término social yo puedo sacrificar a alguien en particular en beneficio de la sociedad. Esto es solidaridad y esto es probablemente una de mis grandes diferencias de pensamiento con Alfredo, según tengo entendido. En el calvinismo no se puede sacrificar a alguien que tiene los mismos derechos que otro sujeto, ello es absolutamente inconcebible. Por eso las libertades se miden a nivel individual: mi derecho individual es absolutamente el mismo que el que tiene otra persona en el sentido que no puede ser sacrificado. En un nivel estrictamente del *civil law* es perfectamente entendible como alguien puede ser sacrificado en beneficio de la mayoría. Y eso no sólo lo digo yo, esto ya lo he discutido varias veces con Alfredo, es una constatación real de la evolución de la responsabilidad civil en los sistemas a los que pertenecemos.

El ejemplo de los aviones, que siempre doy en clase, es muy claro respecto de cómo efectivamente la culpa es un elemento que sirvió en su momento para justificar que entonces debía incentivarse el desarrollo de una actividad, por algo muy simple, ya que se analiza quien está en mejor aptitud de soportar la prevención del daño, como función preventiva de la responsabilidad civil. En el transporte aéreo tenemos claramente que quien realiza el transporte aéreo no solo está en mejor capacidad, sino es el único que puede adoptar medidas de prevención. Si bien es cierto que podemos exigirle al pasajero medidas de prevención previas al vuelo, como prohibirle abordar con cosas que exploten o con las que pueda tomar el avión, (control de salida previo, que es administrativo), en términos de vuelo el pasajero poco puede hacer sino rezar, y por lo tanto todo lo que son finalmente labores de prevención del daño recaen en quienes realizan la actividad, por lo tanto ese sistema de prevención no es real.

Si esto es así, yo siempre me he preguntado por qué los sistemas latinos en general, no sólo el peruano, en este caso siempre han establecido un sistema que se basaba en la culpa invirtiendo la regla de la razón. La respuesta es clara y una sola: en realidad a través de la culpa justamente se logra el desarrollo de la tecnología, porque no hay duda que entonces sólo se va a responder por los daños causados a través de la culpa. Si es así, cuantitativamente hablando es evidente que los supuestos de responsabilidad serán menores, lo

que significará entonces que la gente que está desarrollando una actividad que no domina y que obviamente no quiere dejar de practicarla, puede ahorrar los costos indemnizatorios. La pregunta que siempre ha rondado en el ambiente es si esto causa un problema de falta de prevención y la respuesta es no, porque nunca el agente económico que no domina una actividad definitivamente va a querer que sus aviones se caigan, es evidente que si uno ahorra costos y no domina la tecnología se va a invertir en tecnología para mantener justamente el capital de trabajo, ganar más dinero, etc. Por tanto, ahorrando en costos indemnizatorios lo que se hace es invertir en tecnología y esta es la razón por la cual evidentemente tenemos los aviones de hoy, aeronaves que han podido desarrollarse y sin embargo nadie duda que a nivel diádico, es decir a nivel de análisis intersubjetivo, nunca éste es un ejemplo de capacidad de prevención unilateral. Esto no significa que no interesan las funciones de prevención. Las funciones de prevención deben estar subordinadas a una función mucho más trascendente en el sistema que es la función de incentivación y desincentivación de actividades. Es perfectamente posible en este supuesto, no así en la manera inversa, por ejemplo invertir las reglas de prevención asignando en supuestos que son de prevención unilateral reglas de responsabilidad subjetiva, es decir basadas en la culpa, porque de esta manera no se incentiva el desarrollo tecnológico, es decir se desincentiva el desarrollo de una actividad. Pero no se produce un efecto de falta de prevención, porque decididamente ese sujeto, el agente económico, siempre va a invertir en desarrollar tecnología porque no la domina cuando obviamente se produce una situación de ineficiencia en términos de prevención, si el sujeto ya ha desarrollado la actividad y por lo tanto ésta ha adquirido un nivel medio de tecnología y es obvio que si uno se ahorra costos de transacción, léase costos de reparación, en consecuencia se va a tener el claro que no se va a invertir en tecnología porque ya se tiene el dominio de la tecnología, entonces se guarda en el bolsillo. En ese momento es obvio que no funciona la inversión de la regla, y en consecuencia siempre la función preventiva debe estar al servicio de esta función mayor de incentivación.

Yo si discrepo en torno a la interpretación de lo que es el sistema peruano, el cual puede ser relativamente reinterpretado de manera diversa. Por ejemplo, yo no creo que el código civil peruano consagre una regla general de responsabilidad subjetiva, yo sostengo permanentemente que el código peruano mantiene hoy dos reglas generales de responsabilidad, y consecuentemente dos cláusulas generales interpretativas, que son la responsabilidad subjetiva del artículo 1969° y la responsabilidad objetiva del artículo 1970°. Ambas son dos reglas del mismo rango, y por lo tanto el intérprete o aplicador de la norma, ya sea el juez o el árbitro, lo que tiene que hacer es ubicar el supuesto de hecho particular y encuadrar el asunto. Aquí sí es importante por ejemplo, recurrir al análisis de la función preventiva. Cuando se ha visto perfectamente y sopesado previamente la función de incentivación o desincentivación de actividades, se puede bajo este gran sombrero analizar la función de prevención y concretamente las capacidades de prevención de los sujetos para determinar en que supuesto se debe aplicar, y esto perfectamente puede llevar a uno u otro, es decir analizando qué capacidad de prevención tiene cada sujeto y en cada caso determinar si tuvo responsabilidad objetiva u subjetiva.

Yo decía por ejemplo que hay gente que cree que el auto es un bien riesgoso. Yo diría que en sí no existen los bienes riesgosos, una

excepción sutil podrían ser los géiseres que pueden causar quemaduras de tercer grado. Pero toda actividad humana lo es, esto es importante porque lo que yo postulo, y de repente estoy innovando en algunas cosas, es que la noción de culpa como concepto tiene importancia exclusivamente sobre la base de su origen ético. Si hoy por hoy un concepto ético de la culpa no sirve, es mejor hablar de responsabilidad subjetiva en términos concretos como dice Alfredo, básicamente para apuntar a revisar si ambos sujetos deben realizar o no la capacidad de prevención. El riesgo es un criterio de imputación objetiva, ¿pero, por qué? Porque nació vinculado al desarrollo de la explosión tecnológica, es decir a la era industrial; evidentemente el maquinismo creaba más peligro que el que existía antes por el simple hecho de vivir en común y por lo tanto se creó un criterio de imputación o factor de atribución llamado riesgo que pretendió sustentar una responsabilidad objetiva.

Hoy por hoy es evidente, y esto lo dicen también los cultores del análisis económico como Posner, en realidad la culpa ha sido creada como un concepto antitético de la diligencia. Cuando analizamos las capacidades de prevención analizamos justamente precauciones que deben tomar uno o más sujetos, lo que significa claramente que entender la culpa como parte de la prevención es falso, porque estamos hablando de que el criterio de falta de prevención o precaución está presente en toda actividad humana. Como que están presentes en toda actividad humana los peligros. El sólo hecho que yo me levante de mi cama y salga a la calle genera un peligro, lo que sucede es que hay actividades cuya concentración de peligro es mayor que en otras, pero en toda actividad humana hay peligro, como que en toda actividad humana deben tomarse precauciones.

Conservar los criterios clásicos de la culpa y el riesgo hoy con esos conceptos estudiados de origen ético, y aun con su evolución como noción de culpa social, son absolutamente hoy improductivos. Eso si creo que es un gran aporte del análisis económico del derecho, es más la doctrina del *civil law* contemporáneo, por lo menos los mejores cultores, lo reconoce, lo acepta y lo incorpora. El método del *cheapest cost avoider* introduce una gran herramienta para analizar justamente el real sentido de la capacidad de prevención. Yo, previo estudio a lo que quiero como sistema en términos de si esta actividad determinada puede incentivar o desincentivar, debo analizar la capacidad de prevención de los sujetos para determinar qué cláusulas del código serán de aplicar, la 1969° o la 1970°. Es por esto que concuerdo que la responsabilidad del productor en su inicio ha sido siempre concebida como una responsabilidad subjetiva y hoy por hoy se considera una responsabilidad objetiva reglada. Finalmente podemos ver que en muchos casos la responsabilidad del consumidor para el uso de productos puede llegar claramente a la aplicación del análisis de capacidad de prevención general, no se trata solo que el productor ponga en circulación un producto seguro, sino que además el consumidor lo use de acuerdo a las indicaciones precisas que marcan el uso del producto y por lo tanto es un supuesto de capacidad de prevención bilateral. Hay gente que cree que la actividad de circulación vial encaja como actividad riesgosa del 1970, esto en realidad es absolutamente falso en mi concepto. Si yo manejo adecuadamente bajo ciertos parámetros y sin embargo un peatón se cruza en la pista de alta velocidad es evidente que si consagro una responsabilidad objetiva en donde digo que por el sólo hecho de prevenir el peatón serán nulas y no faltará el caso de un tipo que bajo el principio de la compensación por el daño diga «por salvar a mi familia mejor me tiro. O mejor me hago el que paso distraído para que

me atropellen y me indemnicen. Si ya estoy muerto por lo menos a mi familia». El sistema peruano puede corregir eso, y de hecho lo corrige, pero vía relación de causalidad. Si se habla de imprudencia de la víctima se considera un supuesto de ruptura causal, cuando ello evidentemente es errado. Si bien se consigue el mismo efecto, es errada su ubicación porque el análisis causal es un análisis previo a los criterios de imputación y por tanto no se puede en el análisis material acudir al análisis de la prevención para decir en ese estadio que hay ruptura del nexo causal. En realidad esto debería ser llevado concretamente al análisis de la imputabilidad, es decir a los criterios de imputación para aplicar correctamente los artículos 1969° y 1970°.

En resumen, el sistema peruano puede ser, con todos los defectos que tiene, reinterpretado en una forma que creo está más cerca a un análisis propio, latino, del *civil law*, de un análisis estrictamente digamos que responde a sistemas del *common law*. El sistema del *civil law* hoy ha revalorado adecuadamente la función preventiva de la responsabilidad, no la cataloga como una función esencial de la responsabilidad en el sentido de que el sistema persigue la función preventiva, si lo fuera entonces no habría ninguna diferencia entre la responsabilidad civil y el derecho administrativo preventivo. Se puede disuadir a un conductor de no manejar ebrio quitándole su licencia de conducir y se produce el mismo efecto de prevención en vía administrativa que en la vía de la responsabilidad civil, lo que no significa que no sea importante. Es tan importante desde que se decide que cosa se deberá aplicar, pero siempre subsidiariamente o bajo la regla general principal del sistema de incentivar o desincentivar actividades sobre la base del análisis del estado tecnológico existente en una sociedad.

Joel Díaz Cáceda (Foro Académico): Un elemento particular que se da en el libro de responsabilidad civil extracontractual del código involucra el daño a la persona, el cual fue incorporado por el Dr. Fernández Sessarego. Quisiera saber sus opiniones al respecto.

GFC: Resulta claro que el daño a la persona es una creación típicamente doctrinaria italiana y es obviamente una creación evolutiva, por llamarlo así, de la idea del daño moral francés. Si bien ambos no son conceptos excluyentes, en realidad hoy por hoy entendemos que el daño a la persona, en términos italianos y con sus diversas variantes, engloba al daño moral. Si la persona es una entidad psicosomática, en realidad el daño moral sería aquél que está más vinculado a la parte psíquica, con ciertas características. El gran problema creo yo, no es el concepto en sí mismo, sino como se introdujo. Existen dos sistemas de responsabilidad civil en el código peruano, el sistema de inexecución de obligaciones y el sistema de responsabilidad extracontractual. El primero es un sistema típicamente ochocentista, clásico y mantiene el daño moral exclusivamente en su redacción. Si recordamos en inexecución de obligaciones tenemos que el artículo 1322° señala que el daño moral cuando es irrogado también es susceptible de resarcimiento, es decir adicionándolo a los supuestos de daño emergente y lucro cesante de los que habla el artículo 1321° como típicos daños patrimoniales. No habla del daño a la persona.

Introducir en 1985 el daño a la persona junto a daño moral, en una interpretación sistemática obliga a diferenciar el daño moral del daño a la persona, creando un problema interpretativo innecesario. Si se hubiera dejado por ejemplo sólo el daño moral en la responsa-

bilidad extracontractual habrían menos problemas interpretativos para comprender este concepto del daño moral extensivo, es decir incluyendo el daño a la persona. En su defecto es mejor hablar de daño a la persona en los dos sistemas, no en uno solo y en otro no, porque el daño a la persona comprende el daño moral, ya que el daño moral es un antecedente del daño a la persona. Conceptualmente hablando no son términos diferenciables como si fueran dos conceptos antitéticos. En la doctrina italiana ahora se están viendo una serie de problemáticas innecesarias diferenciando tipos de daño a la persona, donde aparentemente el mejor jurista es el que crea más divisiones conceptuales de las que pudieran imaginarse, pero no hay que olvidar que el contexto italiano es muy ajeno al nuestro, ya que parte de que el daño extrapatrimonial en principio solo es resarcible en sede penal. La línea evolutiva primero dice que el daño extrapatrimonial sólo es resarcible en los supuestos a los que se refiere el artículo 85, si no me equivoco, del código penal italiano. Después se dijo que no, que era mejor diferenciar el concepto del daño a la persona del de daño moral, y hoy están en eso. Los italianos pretenden ahora, con la camisa de fuerza del artículo citado, decir que el daño moral está referido sólo a los supuestos que refiere el código penal, mientras que el daño a la persona, en cambio, si es resarcible mediante la cláusula penal de responsabilidad. Nosotros no tenemos ese problema y esta es una de las grandes críticas que yo hago a todos aquellos que de alguna manera nos hemos formado directa o indirectamente en Italia.

Sinceramente a veces me siento solo de ser uno de los pocos que si bien habiendo estudiado parte de esto, trato de entenderlo y aplicarlo de acuerdo a nuestra realidad. Hay mucha gente acá que estudió en Italia y que trata de volcar y repetir las cosas, impresionados por lo que desarrolla la doctrina italiana como si fuera legislación acá. Este es un ejemplo. El otro ejemplo muy claro es la problemática del hecho ilícito; nosotros no lo tenemos. La gran virtud de la codificación peruana es haber eliminado la referencia al hecho ilícito y toda su problemática de la noción de culpa involucrada en su misma definición. Entonces creo que hay que entender los conceptos tal como se reciben, críticamente. Es de señalar también que en Italia se ha incorporado una creación muy propia del sistema de *common law*, y particularmente de la escuela del análisis económico del derecho, como es el análisis de las capacidades de prevención o *cheapest cost avoider*, hoy aceptado por la doctrina civil de ese país, y creo que además continental, en términos muy amplios. Así también hay que ver críticamente las propias doctrinas del *civil law*, y ver cuáles de ellas son aplicables a nuestro propio sistema. Recoger influencias está bien, creo que responde a la línea evolutiva, pero debe cuidarse la manera cómo se legisla, porque podemos introducir más problemas interpretativos mediante la diferenciación del daño moral cuando no tenía sentido esa diferencia.

ABG: Tengo la impresión que la problemática del daño a la persona en realidad es un agravamiento del problema generado por el reconocimiento del daño moral sin un parámetro claro. Me explico. Si uno de los problemas que tienen los sistemas de responsabilidad civil es que en su afán por desincentivar ciertas conductas pueden terminar desincentivando conductas buenas para la sociedad, para evitar eso tratan de determinar elementos de predictibilidad en la consecuencia de la conducta. Uno de los elementos de predictibilidad es saber qué conductas generan responsabilidad. Hay una tipificación legal que, con problemas de interpretación y todo, trata de decir en qué casos se responde y en que casos no. Pero un segundo

problema tiene que ver con la extensión del daño, es decir, con la extensión de la indemnización del daño, hasta dónde estoy obligado a indemnizar. Si cuando se desarrolla una conducta no se tiene ninguna forma de prever que la consecuencia puede ser superior a los diez millones de dólares, y que el cielo es el límite, el impacto que eso tiene en una actividad determinada, por ejemplo conducir un automóvil, invertir en una industria, introducir un producto, etc., puede ser de tal magnitud que desincentiva una conducta beneficiosa para la sociedad.

Pero los sistemas cuando trabajan sobre la base de los daños patrimoniales tienen una respuesta más o menos clara: al daño patrimonial se le valoriza normalmente utilizando algún tipo de referente de mercado, que normalmente existe, o algún sustituto cercano a un referente de mercado. Entonces si tú destruyes un automóvil el costo previsible de tu conducta es que tienes que pagar el valor de un automóvil. En consecuencia, cuando tú sales a manejar a la calle sabes que más o menos lo que puedes terminar pagando es lo que cuesta un automóvil si es que lo destruyes. Por ello se sabe más o menos cual es el costo que se puede esperar como consecuencia de una conducta. Ahora cuando el sistema legal comienza a reconocer la reparación de daños que no pueden tener fáciles referentes en el mercado, que es lo que normalmente pasa con los daños extrapatrimoniales, el problema que se está generando es un desincentivo muy claro a aquellas conductas que pueden afectar este tipo de bienes. Hay un ejemplo muy bueno: si yo choco un automóvil, ¿yo cómo puedo saber que la persona que estaba dentro del automóvil es Bach, y que en consecuencia el daño extrapatrimonial que puedo estar generándole puede ser muy superior a cualquier cosa previsible que yo pueda hacer? Otro ejemplo muy bueno que usa Guido Calabresi, que está además vinculado justamente al daño a la persona, es el del hipotético caso del violinista proletario. Imagínense un violinista muy famoso que decide componer la sinfonía proletaria, entonces decide trabajar en una fábrica y disfrazarse de obrero y entra vestido de obrero con su mameluco todos los días y el empleador lo coloca en una actividad en la línea de producción, con tan mala suerte que una máquina le cercena un brazo. Entonces el violinista inmediatamente demanda y reclama la frustración de su proyecto de vida y el daño a la persona que le ha generado la pérdida de su brazo. El empleador argumenta que creía tener sólo obreros, que no sabía que tenía violinistas, que no le podía pedir que tome precauciones extras, pues si hubiera sabido que era violinista no lo hubiera dejado entrar y menos lo hubiera puesto en un lugar peligroso donde podría perder el brazo, porque el daño era muy grande para el violinista. Ese es exactamente el problema que se genera con el daño moral en general (incluido también el daño a la persona), ya que, siguiendo con el ejemplo, si en el futuro no se puede discriminar entre obreros reales y fingidos, y se puede terminar cercenando un brazo a un músico muy famoso con un costo muy alto, entonces el desincentivo para la actividad productiva se genera. Lo que ocurre también aquí es simplemente que no se tiene un parámetro de medición, porque cuando se utiliza el sufrimiento de una persona o la frustración de su proyecto de vida, más allá de la pérdida de ingresos, se entra a valorar algo que es imposible de determinar. Aquí no se tiene ningún referente objetivo, cualquier persona va a decir que sufrió muchísimo cuando murió su hermano y entonces se podrá argumentar que hay gente que odia a sus hermanos, pero claro una vez muerto el hermano dirá que lo amaba y no habrá forma de probar lo contrario ni ningún referente claro. Por eso es que el código civil limita el daño moral a la familia, porque justamente uno puede

querer mucho a un amigos, pero cada vez que se muriera alguien aparecerían millones de amigos reclamando indemnización por haber sufrido daño moral y habrán amigos que alegrarán haber sufrido más que la familia. Pero bueno, por lo menos se define algún elemento objetivo: la familia sufre.

De hecho en muchos sistemas siempre ha habido una suerte de reacción contraria a ampliar los supuestos de daño moral. Por muchos años la jurisprudencia en el *common law* establecía que solo cabía daño moral cuando había sufrimiento físico, porque el dolor en estos casos es absolutamente esperable, el sufrimiento meramente moral no podría ser reparado y por ello es muy reacia a aceptar ese tipo de indemnizaciones, o trata de establecer parámetros, porque si no fuera así sería abrir una caja de Pandora de la cual no se podría salir. Cuando el código introduce el concepto de daño a la persona genera, justamente como decía Gastón, una cierta perplejidad, ya que hay dos conceptos en lugar de uno que deberían ser reparados y en consecuencia la ambigüedad ya del concepto de daño moral se duplica con un nuevo concepto que supuestamente se tiene que diferenciar del daño moral, aparentemente es una cosa distinta que se tiene que indemnizar, pero que no se sabe exactamente que cosa es, porque no se sabe hasta donde llega el daño moral y dónde comienza el daño a la persona. El resultado de eso es una mayor impredecibilidad de las consecuencias de las acciones. Ustedes pídanle informes a cualquier abogado de Lima, incluido el Dr. Gastón Fernández Cruz, que le diga cuál es el alcance, cómo se puede predecir el resultado del daño a la persona en un proceso (que generalmente es lo más importante, el código puede decir muchas cosas pero lo que realmente importa es lo que el juez diga), y vamos a ver que les pueden contestar, porque posiblemente no les puedan contestar nada certero. Lo más que se puede decir es que los jueces acá dan poca indemnización, en realidad cuando los jueces se animan a ser como los jueces europeos o americanos, dando indemnizaciones más representativas de los daños reales, se va a solucionar parte de un problema y, a su vez, se va a generar otro que es la falta de predictibilidad del daño en base a un parámetro poco desarrollado. En eso yo coincidí con Epstein cuando éste dice que cuando se tiene un sistema legal la regla simple debe ser preferida por sobre la regla compleja. Y, si se puede añadir, cuando se está en un sistema pobre la simplicidad es aún más valiosa porque hace más fácil aplicar el sistema y menos costoso predecir las consecuencias. Entonces tratar de meter sofisticaciones que pueden tener un origen doctrinario muy interesante pero que hacen compleja la aplicación de un sistema es solamente satisfacer el ego de alguien que quería, no inventar, porque no se ha inventado nada, ya que todo sobre lo que se está son cosas que se importaron de otros lugares, sino proclamarse como el inventores de lo que ya se inventó solamente por colocarlo en un código nacional.

Natalie Díaz Asmat (Foro Académico): En el caso de los daños patrimoniales, específicamente en el lucro cesante, vemos que existe un problema para cuantificarlo, pues el código no resuelve el problema de hasta dónde debe repararse si es que el daño, por ejemplo, afectará en adelante toda la vida de la persona. ¿Qué opinan sobre el particular?

ABG: Hay un artículo reciente del profesor José Juan Haro donde expone justamente este punto. Lamentablemente, y esto es muy común en los países de tradición civilista, solemos concentrarnos mucho en las discusiones conceptuales menos importantes y concen-

tramos menos en las discusiones prácticas más importantes. El daño o la magnitud del daño y sus alcances suele ser, en mi opinión, una de las discusiones más importantes y una de las más complejas. Sin embargo si se leen los libros de doctrina suele ser una de las menos tratadas. La gente se raya hablando de factores de atribución, causalidad y cómo debe funcionar uno en relación al otro, y la verdad es que la gente que te explica cómo debe calcularse el daño en realidad sabe poco al respecto. José Juan Haro decía en este artículo, y con razón, que es curioso que en todas las casaciones que están referidas a los criterios para calcular daños, la corte diga que al ser un elemento fáctico no merece pronunciamiento. Entonces, ¿qué cosa se debe entender por daño moral por lucro cesante y hasta dónde debe ir? Los aportes más importantes de los tribunales norteamericanos en términos de responsabilidad civil están en técnicas bastante sofisticadas y estandarizadas de cálculo de daños, o sea la gente ya sabe más o menos de qué se está hablando. Por ejemplo, esta señora era una profesora que tenía tanta edad, es de esperar que tenga en promedio un par de hijos, por lo cual va a trabajar medio tiempo durante parte de su vida y su expectativa de vida útil en promedio es de 65 años, con lo cual se tiene que calcular cuanto iba a ser el ingreso promedio de una profesora de su nivel. Por supuesto hay un nivel de cálculo probabilístico sobre imprevistos. Por ejemplo, al año siguiente la profesora sale a la calle, la atropella un carro y fin de la historia, pero como eso no se puede saber hay que basarse en el mejor referente posible y establecer un mecanismo. Y además se hacen cosas mucho más sofisticadas, como que esa persona cuando murió además de recibir un daño recibió también un beneficio: ya no gasta. Entonces hay que deducir de la indemnización que se le va a dar a los herederos lo que esa persona va a dejar de gastar. Eso ya está estandarizado, todo el mundo en Estados Unidos sabe que eso se va a hacer y que se va a calcular usando unos criterios, con un cierto nivel de discrecionalidad caso por caso, pero más o menos la gente sabe por donde se mueve. Al establecer un patrón utilizando criterios de ese tipo, que mal que bien han sido discutidos desde el punto de vista no sólo doctrinario sino también jurisprudencial, se calcula el lucro cesante o el daño emergente. Hoy día nuestras cortes se cierran al creer que su único rol es rayarse con los elementos abstractos y conceptuales sin tener en cuenta que, primero, en el tema de daños también hay elementos abstractos y conceptuales que tienen que ser definidos; hay también una metodología que implica definir cómo se aplica el derecho, no es solo un tema de hechos, es un tema de derecho, es decir qué criterio se debe utilizar, que daños deben estar comprendidos; el tema del daño además está conectado con el tema de causalidad, etc. De ese tipo de cosas nos olvidamos mucho, yo creo que ahí tenemos que revalorar esta parte más fáctica de la discusión legal más vinculada a cómo determinar los hechos y cómo evaluar desde el punto de vista de los conceptos cómo se interpretan los hechos. Ello es algo que a veces nos resistimos a hacer.

GFC: Yo creo que aquí hay un argumento, poco efectista, que es hablar de sistemas y hablar de aplicación. No hay duda, yo no creo que alguien acá en el Perú pueda rescatar la aplicación que hacen los jueces del derecho, es pobrísima la aplicación de la jurisprudencia. Ello hace que los fallos sean poco previsible, y como no hay predictibilidad en los fallos, se incrementa lo que Calabresi llama costos terciarios, que son finalmente los costos administrativos. Yo considero que es un problema de aplicación y, por tanto, es un problema de hombres, no de sistema. Por ejemplo, hablar de daño a la persona en términos generales es una clasificación que responde

a una visión en función a la naturaleza del ente que se afecta, es decir el daño en realidad puede ser visto desde dos esferas distintas: por la naturaleza del ente que se afecta, y consecuentemente puedo hablar de daño a la persona, y de daño al patrimonio; como hoy básicamente es la diferencia porque estoy afectando o el patrimonio del sujeto o a la persona como entidad psicosomática. Eso es muy distinto a enfocar el daño por los efectos que se producen o por las consecuencias que se generan. Quiere decir que yo puedo tener un daño a persona, por la naturaleza del bien que se afecta, cuyas consecuencias son valiables, es decir puedo perfectamente ver, graficar y probar daño emergente y/o lucro cesante. Ejemplo de daño somático: Ronaldo, futbolista que gana millones, sufre una alejosa infracción dentro de un partido que determina que tenga que retirarse de la práctica futbolística. Por la naturaleza del bien afectado es claramente un daño a la persona, es un daño somático, o sea la integridad física ha sido afectada. Pero las consecuencias de ese daño son realmente invaluable tanto daño emergente como puede ser estrictamente hablando los costos de curación, etc. Como puede ser aquello que va a dejar de percibir este señor como futbolista por el tiempo que es razonable pensar que se ejerce la labor de futbolista y en función a lo que viene percibiendo o razonablemente está pensado que puede percibir. Esto puede ser perfectamente cuantificado, sin embargo vamos a tener casos en los cuales los daños somáticos o psicosomáticos puedan no ser valiables.

Por ejemplo, decía Alfredo que por eso se ha mostrado reacia la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica sobre la negación inicial del daño finalmente moral. El gran problema del daño moral es cierto, si nosotros admitimos que el sufrimiento humano merece finalmente reparación, pues la otra alternativa es darle una palmada en la espalda a la víctima y decir «disculpa, tengo limitaciones y debo reconocer que al no tener la función de reparación del daño no puedo hacer nada por ti, hay daños que son irreparables, a tu ser querido no lo puedo resucitar y por lo tanto no puedo finalmente resarcirte». Ante esta opción existe otra como la afflictivo-consolatoria, es cierto que hay daños irreparables, pero hay formas que pueden mitigar el efecto del daño y por lo tanto lo que se reconoce es también que la indemnización cumple funciones de mitigación de daños y no solo de reparación. Es cierto al no poder medir ni cuantificar, o sea valorar, valuar el coste del daño, se dice que esto puede introducir ciertas indefiniciones que pueden afectar la predictibilidad. Yo creo que esto en la práctica, con un buen aplicador se corrige, por dos razones: podemos recurrir, con todo lo criticable que puede ser, por ejemplo a lo que ya ocurren algunos sistemas del *civil law* como son las tablas de baremos. Yo no soy partidario de eso, pues creo que finalmente cuantificar para efectos de ser en este extremo predecible el fallo en términos de cuanto vale un brazo, una pierna, un ojo, etc., no se condice en términos finalmente de lo que es la persona como entidad psicosomática, es decir en términos de lo que vale una persona; yo no creo que la persona tenga un valor. Dejar esto a la estimación es un problema de aplicación. Si tuviéramos jueces capaces, tendríamos claramente que los fallos podrían ser predecibles, porque si se obliga a que haya una jurisprudencia obligatoria, o si se siente la necesidad y así se legisla, habrán entonces fallos que se pronuncian en el sentido que finalmente la estimación de los daños producto de tal accidente respecto a lo que es el sufrimiento de una persona por la muerte de un ser querido, etc., teniendo en cuenta la función afectivo-consolatoria es de tal monto, perfectamente se podría saber en un análisis de costo – beneficio a cuanto se está expuesto. Ese es el gran problema: la falta de predictibilidad en los fallos, que es, repito,

un problema de hombres y no de sistema, pues aparte de la poca preparación de la generalidad de los jueces, su inmoralidad y falta de ética les hace creer que eso es un negocio en vez de un apostolado. Por eso es que hoy por hoy se prefieren los arbitrajes al poder judicial, a pesar que muchas personas o entidades no tienen mucho acceso a aquellos, justamente porque tienen mayor grado de predictibilidad. Y eso evidentemente puede ser revertible a través de una política de Estado, problema que ya excede a la discusión sobre el sistema mismo.

ABG: Discrepo con Gastón. Yo sí considero que no es sólo un problema de aplicadores, la predictibilidad no es el único valor en juego, sino es la predictibilidad ajustada a la consecuencia real del daño. Se puede tener un sistema muy predecible que determine que la vida humana va a valer, por ejemplo, 85 millones de dólares, se promulga una ley, etc. Pero si 85 millones no reflejan lo que vale la vida humana desde el punto de vista económico, es decir en términos de afectación a la sociedad por la pérdida de ese bien, el sistema desincentiva la actividad que causa daños a la vida humana. Por ello no se trata sólo de eso, es la forma cómo las categorías definen el asunto.

Cuando se crean nuevas categorías es como si se fueran abriendo campos que generan nuevos rubros indemnizatorios que no tienen una clara identificación, incluso en el caso de los daños extramatrimoniales. En realidad, los economistas han definido dos técnicas para prevenir daños. Una es la famosa teoría de la indiferencia, que lo hace básicamente es decir que entre dos situaciones yo debo buscar aquella indemnización que me coloca en un punto que me hace indiferente a la situación en la que estaba antes del daño; esto quiere decir que si yo tenía un automóvil que por producto de un choque ha resultado abollado y cuesta mil dólares repararlo, mil dólares es lo que necesito para estar indiferente a la situación en la que estaba antes del accidente, es decir para que el automóvil vuelva a estar como estaba antes o para que la indemnización me haga sentir en la situación en la que estaba antes. Esto funciona muy bien en situaciones de daños que tienen algún mecanismo de valoración de mercado, donde es posible identificar situaciones en las cuales los individuos llevan carros a los talleres y saben cuanto cuesta repararlos. En consecuencia, se sabe identificar fácilmente qué monto de dinero hace indiferente la situación anterior de la situación posterior, que es lo que ocurre normalmente en los daños patrimoniales, no en todos, pero en una buena parte de ellos.

Sin embargo, la teoría de la indiferencia es muy mala para medir daños extrapatrimoniales, por una simple razón: no existen mercados desarrollados de sufrimiento. O sea no hay mercados de sufrimiento donde se pueda decir cuanto la gente sufrió por perder un hijo o cuanto le duele que le golpeen la mano con un martillo. Ese tipo de cosas no existen. Los economistas sí han identificado mecanismos alternativos, lo que se llama un *proxy*, para medir el valor. Es cierto que la gente no es indiferente entre tener cuatro hijos y perder uno, y tener tres hijos y una cantidad de dinero. La gente no expresa su valoración en términos absolutos ni tampoco se pregunta cuánto valora su vida y la vende, porque la gente ese tipo de bienes suele no sacrificarlos en términos absolutos. Pero sí es posible sacrificios en términos relativos, lo cual quiere decir que la gente está dispuesta a que le paguen por aumentar su riesgo de morir. La gente que desarrolla actividades riesgosas recibe pagos adicionales por asumir la probabilidad de morir, o viceversa: la gente invierte en cosas para reducir su probabilidad de morir.

Deben estudiarse estos referentes de mercado, por ejemplo el mercado de seguros, ya que genera cierta información sobre cuanto la gente valora su vida, su salud o cuanto está dispuesta a pagar por una compensación. Si existen referentes, lo que pasa es que la gente no vende su vida, pero si compra o vende mayores o menores probabilidades de morir o de sufrir una lesión. Entonces es posible construir modelos econométricos con regresiones para determinar más o menos un aproximado de cuanto una persona valora su vida, calculando en función a sus valoraciones de probabilidades de morir o de sufrir una lesión. No es tan cierto que no se pueda hacer de una manera objetiva, lo que es terrible es cuando comienzas a crear conceptos sin tener en cuenta todos estos elementos valoratorios como la base del problema, o sea cuando creas varios conceptos anda a explicarle a un economista que tiene que hacer el cálculo respecto a las preferencias individuales que las personas tienen respecto a morir o no morir que diferencie el daño moral del daño a la persona si es que una persona fallece. Uno se puede dar cuenta que es virtualmente imposible lograrlo, porque la gente no hace ese tipo de valoraciones de esa manera. En realidad sí existe un problema en la ley, cuando la ley añade conceptos lo único que hace es hacer más compleja la aplicación. Sin duda yo prefiero tener un buen aplicador y una mala ley que una buena ley y un mal aplicador, porque el buen aplicador te corrige los defectos de la ley. Eso no quiere decir que todo el problema acá en el Perú tiene que ver con los jueces, tiene que ver también que los jueces que ya de por sí están pobremente capacitados y son poco predecibles se les complica la vida dándoles normas más complejas de aplicar y con menos contenido claro sobre cual es el concepto que tienen que aplicar.

GFC: Bueno, yo sí me reafirmo en lo anterior, no concuerdo con esta última afirmación de Alfredo. Yo no creo que hablando en términos económicos el derecho sea sólo economía. Esa es la gran diferencia en términos de decisiones finales, al afirmar por ejemplo que, como decía hace un instante ante la constatación de un daño irreparable decidamos si damos o no algo aún cuando si sabemos que no podemos reconstituir las cosas a su estado anterior, aún cuando creamos que vamos solo a cumplir una función aflictivo – consolatoria, esa decisión es una decisión tomada no en términos económicos, es una decisión que se toma sobre la base de priorizar en los sistemas del *civil law* al individuo, bajo el principio solidarístico, como entidad psicosomática. Que esto pueda generar algunos problemas de valuación, sí; que merecen y deben ser corregidos sobre la base del problema de la predictibilidad de los fallos, sí; pero ya está acorde al principio.

A veces Alfredo, por lo utilitarista, parece ser más discípulo de Posner que de Calabresi. Esto de afirmar que los individuos se comportan como racionales maximizadores de sus propias satisfacciones es una frase de Posner, pero digamos bajo un contexto determinado. Posner, por ejemplo, escribió en un artículo que la justicia es algo más que economía, lo dice textualmente. Si el principal exponente del utilitarismo y del análisis económico del derecho admite esto, no habría porqué ser más papista que el Papa. Para mí, antes que una crítica a la visión solidarística de la responsabilidad, la eficiencia económica es una herramienta que sirve al solidarismo, pero que no puede ser nunca equiparable en términos de igualdad de circunstancias que puedan existir en algunos supuestos. No se puede hacer que el sistema renuncie al reconocimiento de la valuación de daños por ello. Por ejemplo cuando se ha producido una situación de incumplimiento, mi interés puede subsistir y respecto a la posibilidad

física y jurídica de la prestación digo: yo quiero esto. Pero si en las obligaciones de hacer ésto choca con la libertad individual del sujeto (el deudor se niega a cumplir), el sistema dice que me tengo que contentar, es decir se constata una limitación. Pese a que mi interés subsiste, pese a que es posible la prestación, tengo que contentarme con la indemnización compensatoria, no puedo usar la violencia contra la persona del deudor. La misma entidad ontológica existe en lo que estamos discutiendo, y en esto sí el derecho es claro: no todos los daños son reparables. Se tienen dos alternativas, o no se reparan, probablemente es una opción cuando se ve la regulación del daño moral en nuestro código; u optar bajo el principio solidarístico que el daño es reparable porque siempre en estas circunstancias será mejor pensar en la persona como entidad psicosomática antes que en las problemáticas secundarias que puedan existir sobre la valoración de los daños.

ABG: Aquí hay un tema que yo veo recurrente, que es la idea de la base solidarística del *civil law* frente a la utilitarista o egoística, no sé como definirla, del *common law*. Hay un primer punto que debemos definir. Una cosa es el análisis económico del derecho y otra el *common law*. Son tan separadas que si le preguntas a treinta abogados sobre el *law & economics* en Estados Unidos, con suerte uno te contestará o entenderá algo. La mayoría de abogados en Estados Unidos no tiene una formación en *law & economics*, si bien es cierto que esta corriente tiene un impacto en ciertos criterios, es casi como si se fuera a decir que el positivismo es el sistema del *civil law*, porque Kelsen ha tenido una gran influencia en los sistemas continentales.

En realidad hay una inconsistencia al señalar que los sistemas del *civil law* utilizan la culpa como un concepto solidarista, que la culpa es una herramienta puesta al servicio del solidarismo, mientras que en el *common law* existen otros criterios. Bajo esta aproximación, no se podría explicar por qué el *common law* es mucho más subjetivo, es decir que el principio de culpa es mucho más fuerte que en nuestro sistema: no existe responsabilidad por riesgo, existe sólo responsabilidad por ultra riesgo y sólo en casos muy exagerados. En general lo más parecido a la responsabilidad objetiva es la famosa responsabilidad por productos defectuosos que, como dice Gastón, es un sistema objetivo atenuado o un sistema de culpa modificado, pero no es un sistema objetivo porque utiliza un estándar del producto para determinar como deben medirse las consecuencias; sólo se responde si ha habido un defecto, si no se ha respetado el estándar.

Creo que esto es un tema más complejo. El principio de la culpa está mucho más vinculado a un principio de libertad y a un principio utilitarista. ¿Por qué? El primer caso que te ponen en cualquier clase de *torts*, de responsabilidad civil extracontractual, en Estados Unidos, es un caso llamado Buffalo Railroad Co. El caso se trataba del primer supuesto en que la legislación trató de establecer un supuesto de responsabilidad objetiva en los Estados Unidos, una norma que hacía objetivamente responsables a los operadores de ferrocarriles de los daños que sufrirían los empleados de ferrocarriles o las personas que viajaban en ellos. El caso de alguna manera va al meollo de lo que es la responsabilidad civil, porque la defensa principal de la empresa fue solicitar que el juez declare la inconstitucionalidad de la norma, lo que finalmente se logró, que había establecido el principio de responsabilidad objetiva porque había base constitucional que tenía que aplicarse la culpa. Si se lee la constitución norteamericana, y como la peruana, en ningún lado aparece que se tenga que aplicar la culpa. La defensa se basó en dos principios: la propiedad y la

libertad. Si uno tiene una propiedad o patrimonio, solamente puede tocarse mi patrimonio si es que yo dispongo de él. Mi propiedad está protegida salvo que yo voluntariamente disponga de ella. En consecuencia, si yo tengo que pagarle algo a alguien, salvo el supuesto de expropiación donde hay una compensación, salvo el supuesto de contratación donde voluntariamente se dispone o salvo el supuesto de tributación donde el Estado me impone el pago de un impuesto, todo otro acto donde se toque mi patrimonio requiere la intervención de mi voluntad. La culpa es justamente el mecanismo donde se preserva la propiedad diciendo que hay una participación de mi voluntad directa o indirecta, pueda ser que no tenga la intención de haber dañado, pero sí la intención de desarrollar una conducta que sabía, era consciente, o debía estar consciente que podría causar un daño; esa es la base por la cual pueden tocar mi patrimonio y dárselo a un tercero. Y la culpa se protegió básicamente por esa razón y fue consagrada. De hecho el sistema anglosajón sigue siendo principalmente subjetivo por este tipo de razonamiento que llegó a extremos tales que, para que se tenga una idea, en Estados Unidos tu puedes ir a exceso de velocidad, atropellar a alguien y sin embargo haberte comportado como un hombre razonable, porque quién es el funcionario municipal para quitarte tu derecho a ir a esa velocidad, es tu propio criterio de razonabilidad el que primó. La culpa se mide sobre consideraciones ajenas a lo que diga la ley sobre lo que es razonable o no, es lo que es razonable desde el punto de vista de la voluntad individual.

Cuando uno se da cuenta de esto, no se puede sino no entender el razonamiento del famoso caso que siempre cita Gastón de los hermanos Wright y del comportamiento solidarista. Además esta teoría también es una teoría anglosajona, norteamericana, aquella que dice que la culpa se creó para poder amortiguar el impacto que tendría el desarrollo tecnológico. Desde el punto de vista económico no tiene ningún sentido, porque si la idea es motivar conducta y la inversión en tecnología puede favorecer la aparición de aviones más rápidos, más grandes y más seguros, lo único que hace el sistema es dedicar toda la tecnología a la fabricación de aviones más grandes, más rápidos y no necesariamente más seguros. En realidad, en la evolución del sistema de culpa tienen, para mí, que ver otros elementos. Los aviones primitivos de los hermanos Wright determinaron que quien se subía a un avión sabía el riesgo al que se estaba enfrentando y en consecuencia tenía perfecto conocimiento que ese avión tenía mas posibilidades de caer que de seguir volando. Si yo me subo a ese avión, asumo las consecuencias. Yo tengo una única precaución, la cual es no subir al avión y quedarme en tierra. Eso no pasa con los aviones modernos, no es visible que sean inseguros, y en realidad son muy seguros. Como no los puedo revisar, no puedo chequear las turbinas, ni averiguar si el piloto está borracho o cosas por ese estilo, lo único que me queda es simplemente subirme y confiar que alguien lo ha hecho, entonces aquí tiene mucho más sentido utilizar un criterio objetivo. Hay una relación entre el desarrollo tecnológico y el factor de atribución, pero es al revés. En el mismo ejemplo que curiosamente Gastón utiliza cuando habla de las operaciones a las amígdalas, que dice que el desarrollo tecnológico te conduce que cuando una operación es tan común y tan fácil que si el paciente se muere entonces el médico es terriblemente incompetente, entonces se aplica un criterio más objetivo de responsabilidad. Es exactamente la misma idea, pero la aplica sólo a los médicos y no a la tecnología, y el médico es tecnología también. En realidad el tema tiene que ver más con la evolución de la tecnología que te permite controlar más el proceso y cuando hay mayor control del proceso, el

paciente asume menos riesgos. Hay un riesgo efectivamente que la tecnología existente no funcione, entonces el paciente asume un riesgo mayor cuando acepta operarse, o cuando decide subirse a un avión. En realidad, sinceramente nunca he entendido bien este argumento solidarista, pues bajo este concepto el *common law* sería mucho más solidarista, mucho más basado en la culpa, un sistema que ha desarrollado exactamente la misma teoría, que es considerada anticuada en los Estados Unidos. Con ello no quiero decir que no se haya aplicado, ni que los legisladores no hayan sido lobbeados por las aerolíneas para conseguir lo que consiguieron, eso es una cosa totalmente distinta. La pregunta no es si eso fue lo que pasó, sino si eso fue lo que debía pasar, si era legítimo usar el sistema de responsabilidad para generar este tipo de incentivos. No entiendo sinceramente como un sistema llamado solidarista es aquel que obliga a la parte más débil de la relación a subsidiar el desarrollo tecnológico.

GFC: Vamos a explicarle a Alfredo entonces. Lo curioso es que en el ejemplo de los Hermanos Wright, Alfredo sale siempre con un argumento nuevo. No hay duda, y no lo digo yo, sino la experiencia de la evolución de la responsabilidad civil en el mundo, que la culpa ha servido, se quiera o no, directa o indirectamente, sabiendo o no, al desarrollo tecnológico. Es una constatación de hecho. Cuando se introduce este sistema de responsabilidad como medio de protección a la propiedad sirve en términos muy claros a permitir el desarrollo. El ejemplo del avión simplemente servía para indicar que ese era un supuesto de capacidad de prevención unilateral donde cabía invertir la regla sin que se vulnera la función preventiva de la responsabilidad. Si Alfredo quiere ver algo distinto puede verlo y si él afirma que es un problema de asunción del riesgo, de pronto la asunción de riesgo es un eufemismo. En realidad hablar de asunción del riesgo es estrictamente hablar de responsabilidad subjetiva, es un supuesto de prevención bilateral. Y si fuera así y se quiera ver así, el efecto es el mismo. Consecuentemente, al ser un supuesto de prevención bilateral quiere decir que en esa hipótesis era aconsejable utilizar este mecanismo que es la culpa para efectos de servir al desarrollo tecnológico. Debe asumirse que solidarísticamente hablando fraternidad, es decir solidaridad, es pensar en la sociedad en conjunto y no en alguien en particular. Y por lo tanto es perfectamente posible en términos de solidaridad sacrificar a uno, aquel al que le niego la indemnización en ese instante porque en el futuro se va a beneficiar a las grandes mayorías. Éste de repente es un punto inconciliable, pero el otro no.

Segunda cuestión aparte. El retorno a la culpa es casi el mito de Sísifo en la responsabilidad civil. Eso es lo que explica el regreso en el sistema americano, en el sistema del *common law* en general, a la culpa como en el sistema del *civil law*. En Italia actualmente, Busnelli a la cabeza por ejemplo, propugnan totalmente un regreso a la culpa como principio general. Y esto sucede por algo muy simple. En el esquema claro del impacto tecnológico se pensó que finalmente en algún momento la tecnología tenía que ser dominada, es decir si alguien desarrolla una actividad y ésta en términos generales llega a la perfección, pues entonces si no hay nada más que desarrollar en tecnología es lógico entonces que si sucede un daño quien deba reparar deba ser siempre quien desarrolla la actividad, porque si hay pleno dominio de la tecnología los daños no deberían existir. Todo ello hablando en términos de aspiración de lo que se pensó. En realidad esto se puede clarificar mediante lo que yo llamo una curva asintótica. Para los que saben algo de Geometría, una curva asintótica es aquella que permanentemente se acerca pero nunca llega al

eje. Esa es la historia de la evolución de la tecnología en el mundo, cada vez que se crea que una materia en general puede dominarse, surgen nuevas cosas que determinan que la conquista plena de la tecnología en determinadas áreas va a ser inalcanzable, aunque en determinadas áreas sí. Por ejemplo voy a explicar por qué en una operación de amigdalitis puede llegarse a la responsabilidad objetiva, porque evidentemente respecto a eso no hay más que decir. Llegar a decir que la responsabilidad médica sea objetiva es creer que la tecnología desarrollada en la medicina permite que el hombre no tenga más enfermedades, algo imposible aparentemente. Otra vez, curva asintótica.

La incompatibilidad de estos sistemas de negligencia con la responsabilidad objetiva han llevado justamente al retroceso, tanto en el sistema del *civil law* como en el *common law*, a quienes creen que es mejor regresar a la culpa, porque la culpa permite justamente en ambos casos desarrollar la tecnología, reconociendo entonces que la tecnología en muchas áreas nunca va a ser dominada. Y esto como le decía en su momento a Alfredo, parte de una creencia que es un dogma, que incluso creo yo ha sido superado, creer que hay una dicotomía absoluta entre la negligencia y la responsabilidad estricta. Evidentemente hoy se reconoce que, como decía hace un instante en otras palabras, que en una u otra siempre hay una vinculación y sobre todo se entiende a la negligencia como antítesis de diligencia. Si sabemos que las actividades de precaución y prevención están presentes en toda actividad humana, entonces esta diferenciación es falsa porque una siempre tiene como componente a la otra. Esta es la razón por la cual los sistemas tienden a veces a ser regresivos. Yo sostengo que no, hay campos en donde debe justamente reservarse la responsabilidad subjetiva y campos donde la posibilidad de desarrollo tecnológico permite la responsabilidad objetiva en determinadas áreas y actividades; no hay ninguna actividad plena, creo yo, que pueda decirse es enteramente de una. Puede ser que en determinado momento llegue a pasar que ya ningún avión se pueda caer, pero mientras exista un avión que se caiga, evidentemente vamos a pensar que pueden existir diferentes formas de enfoque, que pueden coexistir. Eso puede ser discutible. Pero finalmente el regreso a pensar que la culpa es la regla general parte simplemente de la constatación de las limitaciones del ser humano que en un momento pensó llegar a ser Dios. La tecnología no le permite aún hoy dominar todos los campos, y por eso es que muchos proclaman un regreso hacia lo que es estrictamente la responsabilidad subjetiva.

ABG: La culpa, dependiendo de cómo se la vea, es una maldición o una bendición. Es una maldición porque nunca nos podemos librar de ella, no va a haber forma de que los sistemas legales se alivien de la culpa. No es por el tema tecnológico.

Ver al tema tecnológico como el factor clave es como agarrar un automóvil y decir que la bujía es el problema; ese sólo es uno de los elementos. La investigación tecnológica no es más que una conducta humana y como conducta humana tiene que ver con incentivos para que haya más o menos accidentes; automóviles más rápidos incrementan la posibilidad de morir y automóviles más seguros la reducen. Es solamente una precaución más de las muchas que se pueden tomar. Centrar el giro de la culpa al objetivo solamente en uno de los factores que pueden influir es sencillamente sesgar el sistema.

Yo si sostengo que la culpa es la regla general del Código, lo es en el artículo 1969° y en el artículo 1970°, ambos artículos tienen un

punto de partida subjetivo, lo que pasa es que tienen una redacción que da a entender que no es así. ¿Por qué? Regresemos al principio. Si yo quiero decir que una persona causa un daño a otra, tengo que determinar que hay una víctima y un causante, pero Ronald Coase ya había dicho hace décadas que la causalidad es recíproca, es decir las externalidades son recíprocas. En consecuencia ambos son causantes y ambos son víctimas, porque ambas conductas contribuyeron a que el daño se haya generado. Si eso es así, la determinación de quien es causante y quien es víctima es absolutamente arbitraria y corresponderá al derecho convertir a esa arbitrariedad en un concepto lógico para conseguir un fin determinado.

Si yo veo el artículo 1969°, a grandes rasgos dice que la víctima es objetivamente responsable, salvo que el causante tenga culpa. Ahí se ve claramente la asunción del riesgo, muestra ciertamente un concepto de precauciones bilaterales. Ese es el punto. La asunción del riesgo quiere decir que yo podía evitar asumir el riesgo y en consecuencia si yo finalmente estoy involucrado en una actividad, salir a la calle tiene un riesgo, solamente si la otra parte tiene la culpa recibo indemnización por los daños, sino los tengo que asumir yo. ¿Qué dice el 1970°? Dice que salvo que la víctima tenga culpa, el causante responde objetivamente. Si se dan cuenta el 1969° y el 1970° son exactamente lo mismo, porque si se asume que el concepto de causante y de víctima es absolutamente arbitrario, los dos artículos dicen lo mismo. Eso no lo he inventado yo, eso lo decía Calabresi hace mucho tiempo, él lo llamaba el efecto espejo. Toda esta discusión sobre lo objetivo y subjetivo son ridículas. Cuando dos automóviles chocan, ¿quién es el causante y quién la víctima? ¿Quién? Ninguno, los dos son causantes y los dos son víctimas. ¿Qué se aplica? Asumamos por un momento que efectivamente apliquemos teoría del riesgo, ¿Los dos son objetivamente responsables? ¿Y si uno se pasó la luz roja y el otro no? ¿Cómo se resuelve? Mediante la culpa. ¿Por qué? Justamente eso es lo que debe definir el derecho, la verdad es que el concepto de causante o de víctima es absolutamente arbitrario. ¿Por qué el peatón es la víctima? ¿Porque es más chiquito y más frágil? ¿Porque quizá lleve las peor parte? Imaginemos que si el peatón se tiró en parapente y cayó encima del carro, ¿el sujeto es la víctima, o lo es el otro a quien le abollaron el carro? Ello es absolutamente arbitrario. Como decía Coase, lo que pasa es que los abogados se matan discutiendo sobre quien es el causante y quien la víctima. Acá no cabe esa discusión, los dos son causantes, la pregunta es a quien a se le

debe atribuir responsabilidad para evitar que esto vuelva a pasar en el futuro. ¿Cuál es la mejor forma de hacerlo? El artículo 1969° y el artículo 1970° parten del mismo principio, lo que sí cambia es que según la parte que uno quiere identificar se cambia el punto de partida. La culpa termina siendo necesaria porque realmente no podemos resolver de otra manera el dilema de que los involucrados en un daño pueden haber contribuido a que se realice. Y si se genera un sistema meramente objetivo, se va a descuidar las precauciones que pueda tomar la otra parte. El peso específico que se le pueda dar depende exclusivamente de las circunstancias concretas, de las circunstancias que uno enfrenta. Pero en realidad la culpa es la misma. La única diferencia que se pudiera encontrar entre el artículo 1969° y el artículo 1970°, y sabe Dios como se podría explicar, es la famosa inversión de la carga de la prueba. En mi opinión rompe un poco este esquema por esa razón, ya que esta norma genera un efecto procesal de carga de la prueba, pero después no hay ninguna, porque si se regresa de nuevo al concepto de causante y víctima nos podremos dar cuenta que es un concepto absolutamente arbitrario.

Joel Díaz Cáceda (Foro Académico): No podemos concluir esta Mesa Redonda sin realizar dos comentarios a los temas aquí tratados. En primer lugar, la exposición de las posiciones de los doctores Bullard y Fernández hacen relucir las posiciones contrapuestas de dos sistemas jurídicos, de dos formas distintas de apreciar y desarrollar el Derecho, a saber, el sistema del *Common Law* y el sistema *Romano Germánico*, que buscan dar soluciones a los mismos problemas en el ámbito de la responsabilidad civil, pero por medios distintos, considerando también que ambos se influyen mutuamente. Por otro lado, este debate nos permite apreciar que en el tema de la responsabilidad extracontractual no todo está dicho: surgen nuevas formas de asimilar jurídicamente los distintos tipos de daños, respondiendo –en buena medida– a las señales de cambio emitidas por la sociedad, no siendo nuestro marco legal ajeno a dichas innovaciones. Esperamos que este diálogo contribuya a una mejor comprensión del tema de la responsabilidad civil, lo que nos ayudará, a su vez, en la comprensión de aquella unidad, que es el principio y fin del Derecho: el ser humano.

Foro Académico agradece muy sinceramente la valiosa participación de los profesores Alfredo Bullard González y Gastón Fernández Cruz, y su importante contribución a la reflexión nacional.