



Héctor Augusto Campos García(*)

El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano^{(**)(***)}

Reflexiones iniciales sobre los alcances del artículo 1971 del Código Civil peruano y la afirmación de la responsabilidad civil en el ejercicio regular de un derecho

The process of compensability in the Peruvian judicial system
Initial thoughts about the scope of Article 1971 of the Peruvian Civil Code and the assertion of liability in the exercise of a right

“CONSIDERAMOS QUE EL JUICIO DE RESARCIBILIDAD NO SE AGOTA EN LA CONFIGURACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO, SINO QUE, EN REALIDAD, SE CONCRETA EN LA PONDERACIÓN, EN PRINCIPIO INABSTRACTO, DE LOS INTERESES DE LA VÍCTIMA QUE SUFRE EL DAÑO Y DEL SUJETO QUE REALIZA LA ACTIVIDAD”.

“Yo soy quien te manda; esfuérzate, pues, y sé valiente. No temas ni te asustes, porque contigo está Yavé, tu Dios, adondequiera que vayas”

Josué 1:9

-
- (*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresado de la Maestría con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Adjunto de Docencia de los cursos de Obligaciones y Responsabilidad Civil en las mencionadas casas de estudio. Asistente del curso de Razonamiento e Investigación Jurídica en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Estudios de Especialización en Derecho Regulatorio con mención en Derecho de la Energía por el Organismo Supervisión de la Inversión Privada en Energía y Minería. Diploma a nivel de Postgrado en Responsabilidad Civil. Abogado de Linares Abogados.
- (**) El presente trabajo es un extracto, modificado y ampliado, de la tesis que realicé para obtener el título de abogado. La tesis mencionada se titula *La responsabilidad civil del solicitante de una medida cautelar por los daños que ocasiona su actuación sobre la situación jurídica del afectado en el contexto del proceso civil peruano*, y fue calificada con la mención de sobresaliente por el jurado conformado por los profesores Hugo Forno Flórez, Leysser León Hilario y Giovanni Priori Posada.
- (***) En esta oportunidad, deseo expresar mi agradecimiento al profesor Gastón Fernández Cruz, quien se pudo dar el tiempo necesario para revisar la versión preliminar del presente trabajo y formular juiciosas observaciones que pusieron a prueba la tesis planteada en el artículo y, claro está, permitieron complementar las ideas expuestas. Sin embargo, cualquier yerro es de mi exclusiva responsabilidad. No quisiera dejar pasar la oportunidad para manifestar mi gratitud al profesor Fernández Cruz tanto por su valiosa colaboración en el desarrollo de mis investigaciones, al permitirme tener acceso a su biblioteca personal, como por estar siempre dispuesto al intercambio de ideas y absolución de mis dudas. Asimismo, y trascendiendo el plano académico, son de resaltar sus enseñanzas en cuanto a que la coherencia en el pensamiento, la honestidad en los argumentos, la rigurosidad del análisis, el respeto y, sobre todo, la tolerancia a los planteamientos discrepantes, pero siempre bien informados, no solo son características de quien se dedica a la investigación, sino que constituyen pautas infaltables en la vida.

El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano *The process of compensability in the Peruvian judicial system*

Resumen: En el presente artículo el autor realiza un reexamen del “ejercicio regular de un derecho” de cara a su consideración como presunta causal absoluta de exclusión de responsabilidad civil. Al respecto, el autor da una mirada más allá de lo evidente y nos presenta una postura interesante al sostener que es posible que el ejercicio regular de un derecho active la tutela resarcitoria. Así, se propone que el análisis de la responsabilidad civil se efectúe tomando en cuenta dos supuestos: el abuso del derecho y la colisión de derechos. Finalmente, dando énfasis al escenario de colisión de derechos, el autor insta a la realización de una ponderación de intereses o, como él lo denomina, un “juicio de resarcibilidad” de los intereses tanto de la víctima como del autor del daño.

Palabras claves: Responsabilidad civil - Juicio de resarcibilidad - Ejercicio regular - Antijuricidad - Daño resarcible

Abstract: This article analyzes the regular exercise of a right in relation to its consideration as a cause of exclusion from civil responsibility. Campos García goes beyond the obvious and presents an interesting approach, arguing that it is possible that the exercise of a right activates this responsibility. Thus, it is proposed that the determination of civil responsibility be carried out taking into account two suppositions: the abuse of a right and the collision of rights. Finally, emphasizing the latter, the author urges that an assessment of interests be carried out or, as the author calls it, a process of compensability of the interests both of the victim and the author of the damages.

Keywords: Civil liability - Compensability trial - Proper exercise - Unlawfulness - Compensable injury

1. A modo de introducción: ¿viendo más allá de lo evidente?

Quisiéramos empezar las reflexiones que a continuación planteamos con una interrogante simple, pero concreta: ¿Un daño causado por el ejercicio regular de un derecho es susceptible de ser amparado por la tutela resarcitoria? La pregunta apenas formulada pareciera tener una respuesta *evidente* recogida en una difundida frase; a saber: “no hay responsabilidad civil en el ejercicio regular de un derecho”, la cual encontraría sustento normativo en el texto expreso del inciso 1 del artículo 1971 del Código Civil peruano (en adelante, CC).

Si se tiene en consideración que lo evidente es aquello cierto, claro, patente, de lo que no cabe la menor duda, entonces arribaremos a la conclusión de que la respuesta preliminar esbozada, respecto a que no serían resarcibles los daños que

“Y ES QUE, DESDE NUESTRO PUNTO DE VISTA, UN DAÑO DERIVADO DEL EJERCICIO REGULAR DE UN DERECHO SÍ PUEDE SER SUSCEPTIBLE DE TUTELA RESARCITORIA”.

sean consecuencia del ejercicio regular de un derecho, dista de ser *evidente*. Es por ello que el objetivo del presente trabajo consiste en tratar de ver *más allá de lo evidente*, en tanto lo que se busca es reflexionar respecto de los alcances del *ejercicio regular de un derecho* en el marco del análisis de la responsabilidad civil.

Para ello, en un primer momento, haremos una breve referencia a la forma de cómo es posible abordar un caso de responsabilidad civil para, a partir de ello, plantear la necesidad de realizar un juicio de resarcibilidad, cuyo objeto sea determinar los criterios para fijar cuándo un interés lesionado puede ser protegido por la tutela resarcitoria. De este modo, no solo se negará que el inciso 1 del artículo 1971 del CC recoja la categoría lógica de la antijuricidad o ilicitud en nuestro ordenamiento, sino que se planteará que es posible una interpretación que permita considerar que la irresponsabilidad derivada del ejercicio regular de un derecho permite justificar que el abuso del derecho es, en realidad, una fuente de responsabilidad civil.

Finalmente, plantearemos nuestra posición respecto a la necesidad de ser consciente de los escenarios de conflicto de derechos para establecer los reales alcances del juicio de resarcibilidad, sobre la base de una debida ponderación de intereses de la víctima y del sujeto potencial responsable, a fin de considerar en qué momento un interés podrá obtener tutela resarcitoria.



Héctor Augusto Campos García

2. Breve referencia al “método de análisis” de la responsabilidad civil y el reconocimiento de la necesidad de un juicio de resarcibilidad

Frente a un caso concreto de responsabilidad civil, el intérprete tiene distintas formas de abordarlo, en función de las características y particularidades propias del mismo. Es difícil que se presenten dos casos iguales, y ante ello será la sagacidad del intérprete la que permita encontrar la estrategia y la solución más acorde con el problema abordado. Sin embargo, creemos que es conveniente tener en mente, con una finalidad orientativa antes que imperativa, la necesidad de realizar el análisis de cada uno de los elementos que conforman el supuesto de hecho de la imputación de una obligación de tipo resarcitoria⁽¹⁾; a saber: daño, acto generador de responsabilidad, relación de causalidad y criterio de imputación.

Lo anterior ha llevado a un sector de nuestra doctrina a hablar de la existencia de un propio “método de análisis de responsabilidad civil”⁽²⁾, conformado por dos niveles de análisis: (i) el análisis material, en donde, luego de estudiar al daño, al hecho generador de responsabilidad y a la relación de

causalidad, se establece al causante material del daño; y, (ii) el análisis de imputación, en donde se realiza el verdadero juicio de responsabilidad, que implica un estudio de la aplicación de los criterios de imputación⁽³⁾ en cualquiera de sus manifestaciones (culpa, riesgo, exposición al peligro, etcétera).

La referencia a un “método de análisis”, y en esto se debe ser lo suficientemente enfático, no debe ser entendida como la realización de un juicio operativo y mecánico que condicione o limite el estudio de las particularidades del caso concreto, sino como una pauta orientativa para una mejor comprensión del problema⁽⁴⁾. Sobre la base de lo anterior, es posible comprender con facilidad que a nivel de aplicación de la normativa del CC, la puesta en práctica de la responsabilidad civil se sustenta, fundamentalmente, sobre tres artículos: el 1969⁽⁵⁾, 1970⁽⁶⁾ y 1971⁽⁷⁾. Es por ello que consideramos que se debe establecer la exacta dimensión de aplicación de cada

- (1) Respecto de la identificación de los elementos de la responsabilidad civil, nuestra doctrina tampoco se muestra pacífica. Así, ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. 4ta. edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2006; p. 89, quien identifica los siguientes elementos constitutivos de la responsabilidad civil: (i) la imputabilidad; (ii) la ilicitud o antijuridicidad; (iii) el factor de atribución; (iv) el nexo causal; y, (v) el daño.
- (2) Ésta es la posición de FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano)*. En: *Themis*. No 50. 2da. época. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; pp. 251 y 252. En el ordenamiento italiano, desde otro punto de vista, FRANZONI, Massimo. *Dei Fatti illeciti*. En: *Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca a cura di Francesco Galgano. Libro quinto: obbligazioni. Artt. 2043-2059*. Roma: Zanichelli, Bologna y Soc. ed. Del Foro italiano, 1993; p. 1152, distingue dos etapas dentro del análisis de la responsabilidad civil: en primer lugar, una etapa en la cual se determina si es que se debía o no hacerse a un sujeto responsable; y, en segundo lugar, una etapa en la que se analiza cómo era que debía hacerse responsable a dicho sujeto (esto a través de la aplicación de los criterios de imputación).
- (3) CORSARO, Luigi. *Responsabilità civile. I) Diritto Civile*. En: *Enciclopedia Giuridica*. Volumen XXVI. Roma: Istituto della enciclopedia fondata da Giovanni Trecanni, 1988; pp. 12-14 (de la separata).
- (4) En ese sentido, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y Leysser LEÓN HILARIO. *La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva*. En: *Derecho PUCP*. No 58. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005; p. 20, destaca el carácter “didáctico” del “método de análisis” propuesto; asimismo, LEÓN HILARIO, Leysser. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. 2da. edición corregida y aumentada. Prólogo de Luigi Corsaro. Lima: Grijley, 2007; p. 799.
- (5) “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.
- (6) “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.
- (7) “No hay responsabilidad en los siguientes casos:

El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano *The process of compensability in the Peruvian judicial system*

uno de ellos, con la finalidad de identificar el rol que cumplen dentro de la dinámica de la responsabilidad civil.

Veamos. Como punto de partida, debe reconocerse la influencia francesa en nuestro sistema normativo de responsabilidad civil, contenido en el CC, ya que es innegable que el artículo 1969 del CC reproduce una cláusula normativa general de imputación subjetiva, en tanto se encuentra basada en la culpa, de similar tenor que el artículo 1382 del *Code*⁽⁸⁾.

A continuación, siempre en nuestro sistema, tenemos que el artículo 1970, cuya fuente puede encontrarse en el sistema italiano y francés⁽⁹⁾, contiene una cláusula general

interpretativa de responsabilidad objetiva (riesgo y exposición al peligro) que, según se sostiene entre nosotros⁽¹⁰⁾, es de igual valor que la cláusula general subjetiva contenida en el artículo 1969.

Sobre la base de esto, es posible afirmar que del análisis de la *fattispecie* de estos dos artículos, el intérprete obtiene, precisamente, los elementos que conforman el “supuesto de hecho” de la responsabilidad civil, toda vez que se hace referencia al daño, a la relación de causalidad, al acto generador de responsabilidad. Y cada

1. En el ejercicio regular de un derecho.

2. En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.

3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro”.

(8) El artículo 1382 del *Code* dispone que “cualquier hecho del hombre que ocasiona un daño a los demás, obliga aquel por cuya culpa se ha producido, a resarcir el daño causado”. Es importante indicar como este precepto normativo, que ha influenciado en la codificación posterior y que reflejaba toda una evolución respecto del propio concepto de responsabilidad civil (para ello Cfr. ROTONDI, Giovanni. “*Dalla Lex Aquilia* all’art. 1151 Cod. Civ. Ricerche storico-dogmatiche”. En: *Rivista del diritto commerciale e el diritto generale delle obbligazioni*. Volume XIV. Parte Prima. 1916; pp. 942-970 y *Volmue XV*. Parte Prima. 1917; pp. 236-295) , inclusive en la discusión sobre la reforma del *Code* no ha estado exento de modificaciones, así, por ejemplo, tanto en el *Avant Projet* de Reforma del Derecho de las Obligaciones y del Derecho de la Prescripción de 2005, elaborado por una comisión de civilistas dirigida por el profesor Pierre Catala; como en los Proyectos de reforma de Derecho de los contratos y de la responsabilidad civil impulsados por la *Académie des Sciences Morales et Politiques* bajo la guía de François Terré, en el enunciado de la regla general de responsabilidad civil, se ha incluido la referencia expresa al “hecho ilícito”, como fuente de responsabilidad. Sobre el particular, Cfr. VINEY, Geneviève. “Subtítulo III – “De la responsabilidad civil” (arts. 1340-1386). Exposición de Motivos”. En: *Del Contrato, de las Obligaciones y de la Prescripción. Ante-Proyecto de Reforma del Código Civil francés. Libro III, títulos III y XX*. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006; pp. 247-259.

(9) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y Leysser LEÓN HILARIO. *Óp. cit.*; p. 24, señalan que “(...) en el artículo 1970 del Código Civil peruano, parecieran refundirse dos regímenes jurídicos que, en los textos legislativos que nos han servido de modelo, se distinguen convenientemente: la responsabilidad por ejercicio de actividades peligrosas del Código Civil italiano y la responsabilidad por hecho de las cosas, también presente en este último, pero original del Código Civil francés”. Respecto del último punto añaden que: “La interpretación en clave ‘objetiva’ del artículo 1970 de nuestro Código tiene también a su favor una antigua y autorizada doctrina francesa que, de la mano con una jurisprudencia vanguardista, subraya con decisión, en el citado artículo 1384 del *Code Napoléon*, la ausencia de toda referencia a la culpa (*faute*) y, por lo tanto, la mera exigencia de una relación de causa efecto entre la cosa y el daño, a fin de establecer la responsabilidad”.

(10) *Ídem.*; p. 33, señalan que “en la codificación peruana no existe, pues, desde el punto de vista de los conceptos tradicionales, la discusión del ‘anclaje’ de la responsabilidad por exposición al peligro en la cláusula general por culpa, por lo que, al no haberse codificado tampoco la teoría del ‘hecho ilícito’, cabe perfectamente afirmar a la responsabilidad objetiva por riesgo como una cláusula general interpretativa de responsabilidad de igual valor que la cláusula general por culpa”. Este último autor, en LEÓN HILARIO, Leysser. *Óp. cit.*; p. 77, incluso ha señalado, “(...) yo soy de la idea de que los únicos casos de responsabilidad ‘objetiva’ son aquellos en los cuales ni siquiera el caso fortuito o la fuerza mayor son admisibles para librar al imputado del resarcimiento que se le impone”, con la lógica consecuencia que el artículo 1970 del Código Civil regularía, en todo caso, un supuesto de “responsabilidad semi-objetiva”.



Héctor Augusto Campos García

uno hace referencia a un determinado criterio de imputación, subjetivo en el primero, objetivo en el segundo.

Vistas así las cosas, queremos destacar en esta ocasión dos ideas concretas respecto de lo que nos brindan los artículos antes referidos. En primer lugar, creemos que ambos nos permiten entender que la responsabilidad civil es un mecanismo de tutela jurídica sustancial frente a la comisión de un daño⁽¹¹⁾, entendiendo daño como la “lesión de la esfera jurídica ajena” o como la “lesión de un interés ajeno”⁽¹²⁾.

En segundo lugar, debe entenderse que el plano en el cual se desenvuelven los artículos 1969 y 1970 es, específicamente, el del “análisis de imputación”, es decir, un plano en el cual se justifica el traslado del coste económico del daño, ya producido en la realidad, de la víctima al responsable. Sin embargo, creemos que, con todo y las ventajas que proporciona el método de análisis así descrito, queda aún una cuestión por resolver: si el daño es la *lesión de un interés*, queda claro que no toda lesión de un interés será susceptible de tutela resarcitoria. Entonces, ¿cuál es o cuáles son los criterios para seleccionar qué intereses ingresan dentro del ámbito de protección de la responsabilidad civil?

La respuesta a esta pregunta configura lo que nosotros denominaremos, en adelante, el “juicio de resarcibilidad”,

el cual busca identificar los criterios para la selección de tutela resarcitoria de los intereses que son conculcados por el daño. Así, se debe apreciar con claridad que el juicio de resarcibilidad es un análisis *in abstracto* y distinto de los denominados “análisis material”⁽¹³⁾ y “análisis de imputación”⁽¹⁴⁾, ya que en este nivel de análisis, es donde se enmarca la discusión respecto de en qué casos, con todo y la existencia de la lesión de un interés constatable, éste pueda o no ser protegido por la tutela resarcitoria. De este modo, queremos terminar este acápite enfatizando la necesidad de realizar un juicio de resarcibilidad en todo análisis de responsabilidad civil, puesto que ello nos permitirá establecer los alcances y márgenes de actuación de la tutela resarcitoria.

3. El juicio de resarcibilidad y su recogimiento normativo: el artículo 1971 del Código Civil peruano

Del punto anterior, queda claro que cada vez que estemos frente a un daño (lesión a

(11) Según se puede apreciar de los sistemas normativos de los cuales se ha inspirado nuestro legislador para regular la responsabilidad civil aquiliana, lo cierto es que la nota o sustrato común en todos ellos, mostrada y desarrollada por la doctrina y jurisprudencia sobre la base de los dispositivos normativos respectivos, es la noción de “lesión de la esfera jurídica ajena” o daño como presupuesto de la responsabilidad civil y que justifica la aplicación de la tutela resarcitoria. A esto, Rodolfo Sacco ha denominado como un “paralelismo desconcertante entre las soluciones adoptadas, respecto de los mismos casos concretos, en Italia, Alemania y Francia”. De esto da cuenta VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil. El daño. Otros criterios de imputación*. Tomo II. Traducción de Aida Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: Astrea, 1999; pp. 11 y 12.

(12) Esta forma de entender el daño, es decir, como “lesión de un interés jurídicamente relevante”, ha sido recogida por los *Principles of European Tort Law* (“Principios europeos de la responsabilidad civil”), en donde en el artículo 2:101 regula lo referido al daño resarcible e indica que “El daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un *interés jurídicamente protegido*” (énfasis agregado). Del referido documento, se puede encontrar una versión traducida al español por Miquel Martín-Casals, del 9 de febrero de 2005, en: http://www.egtl.org/Principles/text_ES.htm. Para una noción crítica de esta concepción puede revisarse, SCOGNAMIGLIO, Renato. *Appunti sulla nozione di danno*. En: *Responsabilità e danno*. Torino: Giappichelli, 2010; pp. 225-228; GIORGI, Maria Vita di. Voz: “Danno. I) Teoria generale”. En: *Enciclopedia Giuridica*. Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani. Volumen X. 1988; p. 2 (de la separata).

(13) La diferencia entre el análisis que se está realizando y el análisis material, en específico en lo que concierne al alcance de la relación de causalidad material y la extensión de la cuantía del daño resarcible, ya han sido advertidas desde hace tiempo, véase BETTI, Emilio. *Op. cit. Teoría general de las obligaciones*. Tomo II. Traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho privado, 1970; pp. 174 y 175.

(14) En el ordenamiento italiano se distingue el juicio de la injusticia respecto de criterios tales como el dolo y la culpa, entre otros, TUCCI, Giuseppe. *Il danno ingiusto*. Napoli: Jovene, 1970; p. 24.

El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano *The process of compensability in the Peruvian judicial system*

la esfera jurídica ajena) y se configuren los otros elementos constitutivos de la responsabilidad civil, la tutela resarcitoria *entrará en acción*; sin embargo, lo que aún no se llega a establecer son los criterios que delimitan la aplicación de la tutela resarcitoria y que constituyen el objeto del “juicio de resarcibilidad”. Entonces, conscientes de la necesidad de reflexionar sobre el juicio de resarcibilidad, la pregunta que es necesaria abordar, a nivel normativo del CC, es la siguiente: ¿dónde están regulados los criterios que permitan seleccionar qué intereses serán tutelados por el resarcimiento?

Desde nuestro punto de vista, la respuesta la encontramos en el artículo 1971 del CC⁽¹⁵⁾. Así, esta norma, según nuestra perspectiva, es la que determina el criterio o pauta para establecer cuándo un daño será pasible o susceptible de ser tutelado por el ordenamiento jurídico con la imposición de una obligación resarcitoria al responsable.

Creemos que, por el sentido *negativo* en que está redactada la norma, no ha sido suficientemente destacada la importancia y utilidad a nivel de política legislativa de lo preceptuado en el artículo antes citado. Así es, el artículo 1971 dispone que “no habrá responsabilidad” en tres supuestos claramente establecidos (ejercicio regular de un derecho, legítima defensa y estado de necesidad); es decir, se determina los escenarios en los cuales, de producirse una afectación de una esfera jurídica ajena, no será pasible de aplicación la tutela resarcitoria.

Ahora bien. No obstante, pareciese que el artículo 1971 recoge tres criterios bajo los cuales no se produce la selección de

los intereses que serán susceptibles de ser protegidos por la responsabilidad civil. Lo cierto es que, como bien se ha indicado, los casos de legítima defensa y de estado de necesidad no son sino explicitaciones del denominado ejercicio regular de un derecho⁽¹⁶⁾, o si se quiere del ejercicio regular de la específica situación jurídica subjetiva de ventaja que se ejercite (libertad, facultad, derecho subjetivo)⁽¹⁷⁾.

Sobre la base de lo anterior, es que en las siguientes páginas nos referiremos solamente al análisis del primer inciso del artículo 1971, en tanto éste sería la causal (ejercicio regular de un derecho) que resume a las demás (legítima defensa y estado de necesidad) y, dado que respecto a su contenido nuestra doctrina no ha llegado a un consenso, es que nos permitimos mostrar nuestro parecer sobre el particular.

4. El artículo 1971, inciso 1 y la negación de la categoría lógica de la **antijuridicidad**: a propósito de una necesaria referencia al Código de 1936

Con la finalidad de establecer los alcances del “ejercicio regular de un derecho”, de cara a la

(15) Artículo que no ha sido “tan explorado” como creemos que lo merece. Solo, a título ejemplificativo, vemos que el desarrollo del artículo 1971 del Código Civil peruano dado por la exposición de motivos de BARANDIARÁN, José León. *Responsabilidad extracontractual*. En: *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. VI. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Compilación realizada por Delia Revoredo de Debaquey. Lima: Artes gráficas de la industria avanzada, 1985; pp. 801 y 802; y, por un comentario de PAZOS HAYASHIDA, Javier. *Comentario al artículo 1971 del Código Civil peruano: Hechos dañosos justificados*. Tomo X. Lima: Gaceta Jurídica, 2005; pp. 139 y 140, es meramente indicativo y referencial.

(16) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Biblioteca para leer el Código Civil. Tomo I. Volumen IV. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990; pp. 195 y 196. Sin embargo, debe precisarse, que si bien en el caso de la “legítima defensa” puede hablarse del “ejercicio regular del derecho a defenderse”, para el caso del “estado de necesidad”, se ha demostrado que la referencia a un “derecho a actuar en un estado de necesidad” o un “derecho de necesidad” que sea natural, primario y superior al de propiedad, como lo plantea, LEONFANTI, María Antonia. *Derecho de necesidad*. Buenos Aires: Astrea, 1980; pp. 21 y 29, es muy discutible. En ese sentido, Cfr. BRIGUGLIO, Marcello. *El estado de necesidad en el derecho civil*. Traducción y notas de derecho español por Manuel García Amigo. Madrid: Revista de derecho privado, 1971; pp. 137-140.

(17) TUCCI, Giuseppe. *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*. En: *Rivista di diritto civile*. Año XIII. Parte I; p. 234.



Héctor Augusto Campos García

determinación de la responsabilidad civil, debemos empezar por establecer lo que se ha indicado en la doctrina sobre el particular y, de ser el caso, mostrar nuestra posición crítica al respecto.

En primer lugar, partamos por indicar que uno de los significados que se ha postulado⁽¹⁸⁾, respecto al significante “ejercicio regular de un derecho”, es la de ser una referencia implícita al concepto de antijuridicidad o ilicitud⁽¹⁹⁾. Desde nuestro punto de vista, es claro que la antijuridicidad o ilicitud no es una categoría legislativa o normativa en nuestro Código Civil⁽²⁰⁾; sin embargo, creemos que es conveniente reflexionar respecto a si la antijuridicidad o ilicitud se encuentra presente como categoría lógica en el Código Civil peruano. Y es que, si bien creemos que es plenamente demostrable que la intención del legislador del CC fue apartarse de la categoría de la ilicitud, se acaba de indicar cómo parte de nuestra doctrina se ha inclinado por considerar que, sobre la base del inciso 1 del artículo 1971, la categoría lógica de la ilicitud sí se encontraría recogida en nuestro ordenamiento. Para entender el sustento de esta posición, creemos que es útil realizar un análisis de las fuentes normativas que han determinado el contenido de la norma bajo análisis, pues así se puede identificar la ruta que ha seguido la interpretación indicada.

Veamos. El inciso 1 del artículo 1971 del CC fue tomado del inciso 1 del artículo 1137 del Código Civil de 1936, el cual disponía lo siguiente: “No son actos ilícitos: 1. Los practicados en el ejercicio regular de un derecho (...)”. La redacción e inclusión de la norma citada dentro del esquema de responsabilidad aquiliana, en el Código Civil de 1936, tuvo un justificativo específico: establecer, a falta de una mención expresa y de una opinión uniforme de los legisladores, que la imputación de responsabilidad civil se genera sólo en la medida que haya culpa; es decir, sólo si se ha configurado un acto ilícito. De esta manera, la ilicitud se encontraba presente, si bien no como una categoría legislativa directa, más allá de la denominación expresa “De los actos ilícitos”⁽²¹⁾ presente en Código Civil de 1936”, sí como una categoría lógica, al ser necesaria la presencia de un acto irregular, esto es ilícito, para que surja la obligación resarcitoria.

-
- (18) TABOADA CORDOVA, Lizardo. *¿Es la antijuridicidad un requisito fundamental de la responsabilidad civil extracontractual?* En: *Advocatus*. Año IV. No 6. Lima. 1994; p. 42; ahora en *Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil*. Compilación y presentación de Rómulo Morales Hervías. Lima: Grijley, 2006; pp. 393-403. Asimismo, BALBÍN GUADALUPE, Augusto J. *Op. cit.*; p. 82, ha señalado que “ejercitar regularmente un derecho involucra un ejercicio sin dolo o sin culpa”, lo cual implica, desde nuestro punto de vista, una superposición de los análisis de resarcibilidad y de imputabilidad. Este parecer no es exclusivo de nosotros, BUSTO LAGO, José Manuel. *La Antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Prólogo de J.M Pena López. Madrid: Tecnos, 1998; pp. 429 y siguientes.
- (19) Respecto del concepto de ilicitud puede consultarse, entre muchos otros, SCOGNAMIGLIO, Renato. *Illecito (diritto vigente)*. En: *Responsabilità e danno*. Torino: Giappichelli, 2010; pp. 14-32; en lo que concierne al concepto de antijuridicidad, propio del sistema alemán, es de consulta LARENZ, Karl. “*Antijuridicità e concetto di atto nel diritto civile*”, cuya primera parte fue publicada en *Rassegna di diritto civile*. Diretta da Pietro Perlingieri. 2. 2001; pp. 460-474; y la segunda parte en *Rassegna di diritto civile*. Diretta da Pietro Perlingieri. 3-4. 2002; pp. 909-926, ambas traducidas por L. Di Nella; asimismo, para una visión metódica del concepto de ilícito puede verse DEVOTO, Luigi. *La concezione analitica dell'illecito*. En: *Rivista di diritto civile*. Anno XI. Parte prima. 1965; pp. 498-522.
- (20) Sobre el particular, son de revisión las consideraciones de FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Op. cit.*; pp. 245-248; y las apreciaciones de LEÓN HILARIO, Leysser. *Op. cit.*; p. 50. Nota 4bis. y pp. 91-94; asimismo, en *Apéndices*, V, “Notas sobre los trabajos reunidos en el presente volumen”, § 1; pp. 799 y 800. Del mismo modo, permítasenos hacer remisión a un trabajo en el que nos hemos detenido sobre el particular, CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto. *El ámbito dual del juicio de resarcibilidad en el análisis de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico peruano: la negación de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil en el Código Civil peruano y la natural afirmación de los actos lícitos dañosos*. En: *Cathedra Lex. El Espíritu del Nuevo Derecho*. Año XVI. No 16. Noviembre 2012.
- (21) Ésa era la denominación que recibía el Título IX, dentro de la Sección Primera (De los actos jurídicos), del Libro Quinto (Del Derecho de las Obligaciones) del Código Civil peruano de 1936.

El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano *The process of compensability in the Peruvian judicial system*

Es sobre la base de estas consideraciones que se comprende el justificativo de la posición que entiende a la antijuridicidad o ilicitud como una categoría lógica implícita en la normativa del Código Civil. Frente a tal afirmación, habría que recordar⁽²²⁾ que interpretar el referido dispositivo, tal cual era la intención del legislador del CC de 1936, sería “superfluo” y “contradictorio” en función a lo normado en nuestro actual sistema de responsabilidad civil. “Superfluo”, pues de asumir tal interpretación se estaría repitiendo el principio general de imputación por culpa, contenido en el artículo 1969; y, “contradictorio”, pues tal interpretación colisionaría con el texto expreso del artículo 1970, que contiene un principio general de imputación objetivo-relativo que difiere del concepto de culpa.

Con lo anterior, se comprueba que la ilicitud no es un elemento presente en el supuesto de hecho normativo de la responsabilidad civil, ni siquiera como una “categoría lógica”, por lo que no constituye un condicionante del análisis para imponer una obligación resarcitoria, dada la actual normativa de nuestro CC. Con lo que se concluye que el ejercicio regular de un derecho no podría fungir como un supuesto de exclusión de antijuridicidad⁽²³⁾.

A lo anterior habría que añadir, desde una perspectiva funcional, que el abandono de la antijuridicidad o ilicitud es, tanto a nivel normativo como a nivel lógico, coherente con una visión que pretende negar la presencia de la función punitiva como una función de la responsabilidad civil en términos generales y absolutos. Por ello, creemos que con razón se ha indicado que:

“(…) se debe observar que solo sobre la base de una concepción sancionatoria de la responsabilidad civil, el

ejercicio del derecho puede adquirir una función de causa de exoneración del resarcimiento-sanción similar a aquélla que corresponde en sede penalística (...). Habiendo reconocido como cierto que con el resarcimiento no se sanciona una conducta, este bien puede ser el efecto jurídico de un acto lícito, dado que representa solo un medio de protección de la esfera jurídica subjetiva, tal como el correspondiente en dinero de una disminución patrimonial sufrida”⁽²⁴⁾.

Con lo mencionado previamente, reiteramos nuestra conclusión respecto a que el artículo 1971 no recoge la “categoría lógica” de la antijuridicidad o ilicitud, y, como natural consecuencia de lo anterior, se puede advertir que no resultará imposible ni excepcional verificar que actos lícitos puedan ser considerados como fuentes de responsabilidad civil.

5. El artículo 1971 inciso 1 y el problema de los denominados “umbrales” o “hitos” fronterizos de la responsabilidad civil

Dejado a un lado el discurso de la ilicitud o antijuridicidad respecto de la interpretación del inciso 1 del artículo 1971, se ha indicado que “el ejercicio regular de un derecho” sería

(22) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Óp. cit.*; p. 189.

(23) Situación que se presenta distinta en los modelos que sí acogen a la antijuridicidad dentro de la *fattispecie* de responsabilidad civil. Cfr. LEHMANN, Heinrich. *Parte general*. Volumen I. Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por José María Navas. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; pp. 492 y 493, así en el modelo germano, donde la antijuridicidad si se encuentra presente en el supuesto de hecho de la responsabilidad civil, son causales de exclusión de antijuridicidad los siguientes: (i) por motivos jurídicos públicos está excluida la antijuridicidad cuando se interviene en la esfera de derechos ajena en virtud del ejercicio lícito de facultades jurídico públicas o en cumplimiento de un deber de carácter jurídico-público; (ii) *por motivos jurídico privados se excluye la antijuridicidad* en los siguientes casos: a) en los casos de legítima defensa y de acción directa; b) *en el ejercicio de una facultad jurídico-privada especialmente atribuida para proceder a una determinada intervención*; c) si el perjudicado consiente la intervención *violenti non fit iniuria*; d) en la legítima gestión de negocios sin mandato; e) no ratificación o perdón ya que ello no implica una renuncia a la antijuridicidad sino a la pretensión de indemnización (énfasis agregado).

(24) TUCCI, Giuseppe. *La risarcibilità del danno da da atto lecito nel diritto civile*. *Óp. cit.*; p. 263.



Héctor Augusto Campos García

una “causal de exclusión de responsabilidad”⁽²⁵⁾; es decir, fijaría uno de los “umbrales” o “hitos fronterizos”⁽²⁶⁾ de la responsabilidad civil en donde los daños acaecidos no deberán ser resarcidos⁽²⁷⁾. En efecto, los daños ocasionados, como consecuencia del ejercicio regular de un derecho, serían daños producidos en virtud de una causa de justificación. Esto determinaría que una cierta y específica lesión de un interés no sea protegida por la tutela resarcitoria. Esta visión, que establece al daño resarcible como el “daño causado sin una causa de justificación”, se enfrenta al problema de determinar si la referida causa de justificación debe o no estar regulada de manera expresa y típica, para que pueda ser considerada como un “umbral” de la responsabilidad civil.

5.1. El artículo 1971 inciso 1 y la negación del carácter típico de los supuestos de irresponsabilidad

Si se toma en consideración lo que se ha indicado precedentemente, estaremos frente a un daño resarcible siempre que medie una “afectación no justificada”⁽²⁸⁾ del interés ajeno, debida al ejercicio regular de un derecho. En concreto, se ha afirmado desde la perspectiva italiana, que recurre a la noción de “injusticia” del daño para establecer el daño resarcible, lo siguiente:

“(...) daño injusto significa “daño no justificado”: un daño ocasionado sin que el hecho lesivo se encuentre autorizado por una norma, sin que el comportamiento perjudicial se realice en el ejercicio de una facultad concretamente atribuida por el ordenamiento. El requisito tradicional de la iniuria se entiende, por lo tanto, no en el sentido de contra ius, de contravención de un derecho o interés protegido del damnificado, sino más bien en el sentido, históricamente más correcto, de non iure, vale decir, de ausencia de un derecho del dañador a la ejecución del acto que ha causado el daño.

De esta manera (...) la resarcibilidad del daño ya no se valora en función de la existencia o inexistencia de una protección del ordenamiento al interés lesionado, sino en función de la existencia o inexistencia de una protección del ordenamiento al interés del dañador en desarrollar una

(25) LEÓN HILARIO, Leysser. *Óp. cit.*; pp. 97 y 98. Por su parte, el profesor Gastón Fernández Cruz prefiere usar, en sus clases de Responsabilidad Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, la denominación “situaciones de irresponsabilidad” para diferenciarlas de las “situaciones de exoneración de responsabilidad”. Las primeras refieren al análisis de la injusticia del daño y las segundas aluden al análisis de la problemática de los criterios de imputación.

En lo que sigue, cuando se haga referencia a la posición de Fernández Cruz será sobre la base de lo que sostiene en su cátedra en la citada casa de estudios, así como el resultado de las “conversaciones de café”, o quizá sea mejor indicar como “conversaciones de estacionamiento”, que he mantenido con él en tanto Adjunto de Docencia de la cátedra a su cargo. Sin embargo, debo advertir al lector, que debido a que no cuento con alguna fuente escrita que testimonie su pensamiento de manera fiel, me limitaré a exponer el contenido de sus ideas.

(26) Así, DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Óp. cit.*; pp. 181-183, quien enseña, de manera muy gráfica que “el territorio de la responsabilidad extracontractual se encuentra delimitado por varias fronteras. Más allá de ellas, no hay responsabilidad. En este sentido, podemos decir que la persona que causa un daño desde el otro lado del umbral, se encuentra inmune a la responsabilidad extracontractual: no puede ser responsabilizado por tal daño”. Para luego agregar, que son cuatro los “hitos fronterizos”; a saber: (i) hipótesis de daños autorizados, en donde junto el daño se comete en virtud de una autorización legal; (ii) hipótesis de daños aceptados (*violenti non fit iniuria*), en donde la víctima acepta el daño; (iii) hipótesis en las que el daño se desarrolla en un contexto que hace pensar que se está al margen de la responsabilidad extracontractual; y, (iv) hipótesis de “escudo de seguro”.

(27) *Ídem.*; pp. 189 y 190. Sustancialmente conforme es la opinión del profesor Fernández Cruz, quien bajo un análisis de la injusticia del daño, considera que los supuestos contenidos en el artículo 1971 del Código Civil, entre ellos el ejercicio regular de un derecho, son supuestos de “daños justificados” o “daños justamente sufridos” y que, en consecuencia, no son daños resarcibles.

(28) SCHLESINGER, Piero. *La injusticia del daño en el acto ilícito civil*. En: *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Traducción de Hugo Forno Flórez y Leysser León Hilario. Edición al cuidado de Leysser León. Prólogo de Fernando de Trazegnies Granda. Lima: Ara, 2001; pp. 52-57.

El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano *The process of compensability in the Peruvian judicial system*

determinada actividad, aun a costa de un sacrificio económico ajeno⁽²⁹⁾ (énfasis agregado).

En ese sentido, siempre bajo esta línea argumentativa, no bastará que un acto sea meramente lícito para excluir la aplicación de la tutela resarcitoria, sino que será necesario estar frente a un acto autorizado expresamente por el ordenamiento jurídico para establecer el ámbito de actuación del daño resarcible. Sin embargo, esta posición⁽³⁰⁾, que ve en el “daño no justificado” al daño ocasionado sin que el hecho lesivo se encuentre autorizado por una norma; es decir, sin que el comportamiento perjudicial se realice en ejercicio de una facultad concretamente atribuida por el ordenamiento, no ha estado exenta de críticas. De este modo, se ha hecho notar, desde una perspectiva que hace énfasis en la libertad del individuo, lo siguiente:

“(…) la libertad jurídica que tiene valor de principio substantivo en nuestro ordenamiento comprende una libertad general de actividades, de movimientos, de iniciativas, incluso a cargo de otros, que no puede ser reducida al ámbito de las facultades particulares atribuibles al sujeto ni subrogada por éste para determinar la justicia del daño y la correlativa irresponsabilidad del autor. Esta misma libertad, aparte de caracterizar los distintos derechos subjetivos, que consisten en situaciones de libertad relativa respecto a determinados bienes, es objeto, además, de un derecho esencial, el derecho de la personalidad, por lo que no puede derivarse de una mera tolerancia del ordenamiento jurídico. Esta libertad corresponde a una valoración de utilidad personal y social, cumplida por el ordenamiento,

la cual se inspira en la finalidad de permitir libre salida a las energías y a las iniciativas individuales, lo que hace que los daños producidos en el ejercicio de dicha libertad permanezcan definitivamente a cargo del que los ha sufrido, a no ser que hayan dañado intereses subjetivos jurídicamente protegidos. El límite, por tanto, viene determinado por la protección jurídica de los intereses de los demás. Puede suceder, no obstante, que este mismo límite sea removido por la presencia de una facultad específica atribuida al sujeto, en la que exista una causa que justifique su obrar. Pero, tal criterio de discriminación asume una función *sólo complementaria*, y no es lo bastante idóneo para permitir, por sí solo, determinar el problema relativo a la valoración de la justicia o injusticia del daño⁽³¹⁾.

Aunado a lo anterior, se ha señalado que no parece que pueda sostenerse que las causas de exclusión de la responsabilidad subsistan solo donde puedan recabarse “seguros indicios normativos⁽³²⁾, o que tal concepción deja abiertas numerosas lagunas desde el momento que se conoce la existencia de perjuicios económicos que no asumen relevancia jurídica y que no pueden ser reconducidos a un comportamiento justificado⁽³³⁾.

(29) *Ídem.*; p. 53. A lo cual se añade en la p. 55, que, “para negar la injusticia de un daño no es suficiente la licitud genérica del comportamiento dañoso, por la ausencia de una prohibición específica, sino que es necesario que el legislador, por cualquier particular exigencia social, haya autorizado el acto aun a costa de un sacrificio ajeno. Por lo tanto, *bien puede sostenerse el principio general según el cual es ‘injusto’ todo comportamiento dañoso que no se lleva a cabo en el ejercicio de un derecho*”.

(30) En esta ocasión, no es el momento para pronunciarnos a profundidad respecto a si la “injusticia del daño” se encuentra presente en nuestro Código Civil, por lo que me limitaré a indicar que, desde nuestra perspectiva, es claro que la “injusticia de daño” no es una “categoría normativa” en el contenido del Código Civil peruano, a diferencia de lo que sucede en el Código Civil italiano. De ahí que discrepemos con lo planteado por OJEDA GUILLÉN, Luis. *El daño injusto como fundamento de la responsabilidad civil*. En: *Jus. Doctrina y Práctica*. No 10. 2008; pp. 181-204.

(31) DE CUPIS, Adriano. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de la 2da. edición italiana y estudio preliminar de Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975; p. 144, quien finaliza sentenciando que “apelar a la elevada conciencia colectiva para impedir o reprimir un número mayor de daños significa invocar una intromisión excesiva al ejercicio de la libertad con el resultado de obtener una exagerada mortificación de las energías individuales”.

(32) TRIMARCHI, Pietro. Voz: “Illecito (dir. priv.)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. XX. Milano. 1970; p. 96.

(33) RODOTÀ, Stefano. *Problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964; p. 193.



Héctor Augusto Campos García

Más allá de que se considere o no como certeras a las críticas realizadas, somos de la opinión que la lectura que se realiza sobre la resarcibilidad de los daños, tomando en consideración las “causas de justificación”, tal como ha sido referida, brinda un dato importante al momento de analizar la exacta función que cumple el inciso 1 del artículo 1971; a saber: que el fenómeno de la responsabilidad civil, a nivel de establecer los criterios para la selección de intereses susceptibles de tutela resarcitoria, no solo debe analizarse en función del “deber de no causar daños”⁽³⁴⁾, sino también en la delimitación de las actividades permitidas por el ordenamiento jurídico⁽³⁵⁾. En efecto, podemos indicar en vía conclusiva de lo apenas indicado que el juicio de resarcibilidad debe tomar en consideración los intereses de las partes vinculadas por el daño; es decir, tanto los intereses del agente como los intereses de la víctima.

5.2. El artículo 1971 inciso 1: del ejercicio regular de un derecho como causal de irresponsabilidad al abuso del derecho como fuente de responsabilidad civil

Ahora bien, para poder establecer cuál es la función que, desde nuestro punto de vista, cumple el “ejercicio regular de un derecho en nuestro sistema de responsabilidad”, es preciso recordar que al respecto, incluso en el Derecho Romano⁽³⁶⁾ a través de los más variados brocados se quiso reflejar la idea de irresponsabilidad. De este modo, se erigió y luego se mantuvo como una constante en el pensamiento jurídico, la idea según la

cual en ningún caso es pasible de ser resarcido aquel daño que haya sido derivado del ejercicio regular de un derecho subjetivo.

Así, por ejemplo, hacia finales del siglo XIX, se indicaba con énfasis:

“En verdad, *no hay derecho contra derecho; y es absurdo que el ejercicio del derecho propio pueda conducir a la violación del derecho ajeno*, no pudiendo proteger la ley contemporáneamente el interés del perjudicado y el interés contrario del que causa el perjuicio. Por no haber reflexionado en esta verdad de buen sentido, algunos escritores han caído en el absurdo de reducir a puro juego de palabras el axioma *qui iure suo utitur, nemini iniuriam facit*, sin comprender que *la violación del derecho ajeno no puede nunca justificarse como ejercicio de derecho propio, porque no es legítima*”⁽³⁷⁾ (énfasis agregado).

Nuestra doctrina no ha sido ajena a tal parecer. Así, se establecía que:

- (34) Para una exposición crítica del “*alterum non laedere*” puede consultarse, PLUGLIATTI, Salvatore. Voz: “*Alterum non laedere*”. Volumen II. Milano: Giuffrè, 1958; pp. 98-108. Asimismo, MONATERI, Pier Giuseppe. *La responsabilità civile. Le fonti delle obbligazioni* 3. En: *Trattato di Diritto Civile*. Diretto da Rodolfo Sacco. Torino: UTET, 1998; pp. 196-198.
- (35) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Óp. cit.*; p. 104. Para esto, el autor sigue los lineamientos de un sector de la doctrina italiana (SCHLESINGER, Piero. *Óp. cit.*; p. 54), que al interpretar la cláusula general del “daño injusto” sostiene que “la resarcibilidad del daño ya no se valora en función de la existencia o inexistencia de una protección del ordenamiento al interés lesionado, sino en función de la existencia o inexistencia de una protección del ordenamiento al interés del dañador en desarrollar una determinada actividad, aun a costa de un sacrificio económico ajeno”.
- (36) En efecto, REGINA, Aldo. Voz: “*Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*”. En: *Enciclopedia Giuridica*. Volumen XIII. Roma: Istituto della enciclopedia fondata da Giovanni Treccani, 1988; p. 1 (de la separata), nos indica que “en derecho romano, con suficiente margen de certeza, pueden indicarse dos fuentes: DL 17, 1. 55 *Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*” y Dig. XLVII, 10, 13, párrafo 1 (Is, *qui jure publico utitur, non videtur iniuriae faciendae causa hoc facere: Juris enim executio non habet iniuriam*). No parece, por el contrario, (...) seguramente referible al tema *de quo*, la expresión traslativa *Qui jure suo utitur, neminem laedit*, que parece más correcto afirmar que indica el carácter de la absoluteza del derecho”.
- (37) GIORGI, Jorge (sic). *Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno*. Traducción de la 7ma. edición italiana y anotada a las legislaciones españolas y americanas, por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia y precedida de una introducción de Eduardo Dato Iradier. Volumen V (Fuentes de las obligaciones; cuasi-contratos; hechos ilícitos; leyes). Madrid: Reus, 1980; p. 264. En similar sentido, se pronuncia BUSNELLI, Francesco Donato. *La lesione del credito da parte di terzi*. En: *Pubblicazioni Della Facoltà di Giurisprudenza Della Università di Pisa*. Milano: Giuffrè, 1964; p. 75, quien admite como regla que quien actúa en ejercicio de sus derechos no invade ni sacrifica la esfera de los derechos de otros sujetos y entonces no puede causar daño alguno en sentido jurídico, sino a lo más provocar eventualmente una repercusión

El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano *The process of compensability in the Peruvian judicial system*

“No es admisible, pues, de ninguna manera que se pueda creer en algún caso, utilizando determinado argumento, el que sería un argumento *ad usum delphini*, que no deba considerarse, en el artículo 1971, el ejercicio regular de un derecho como causal de no responsabilidad. Es más, ya que el legislador de 1984 ha formulado su criterio al respecto, al consagrar el artículo II, que acepta la indemnización en caso de que se haya producido un abuso de derecho, de tal forma que *contrario sensu el uso regular del derecho no origina ni puede originar indemnización alguna*”⁽³⁸⁾ (énfasis agregado).

Desde nuestro punto de vista, si bien comprendemos las razones para realizar ese tipo de afirmaciones, no compartimos tal parecer y, sobre la base de esta negación, es que se puede establecer, con mayor precisión, la función del primer inciso del artículo 1971 del CC y así de la delimitación del ámbito del daño resarcible en nuestro sistema jurídico. En efecto, somos de la opinión que es perfectamente posible establecer, tal como lo habíamos adelantado, que se *active* la responsabilidad civil frente a daños derivados de actos lícitos, lo cual, definitivamente,

comprende a los intereses lesionados, inclusive por el ejercicio regular de un derecho⁽³⁹⁾.

Lo anterior se comprenderá si se tiene en consideración que el *quid* del tema radica en advertir que cuando se afirma que nunca habrá responsabilidad cada vez que nos encontremos ante el ejercicio regular de un derecho, lo que subyace es la idea del “carácter absoluto” de los derechos subjetivos⁽⁴⁰⁾.

Efectivamente, la idea de la total irresponsabilidad, respecto de los daños que se generen como consecuencia del ejercicio regular de un derecho⁽⁴¹⁾, colisiona frontalmente contra la idea de la relatividad de los derechos, esto es, con la realidad de que los derechos, inclusive los de carácter constitucional, no son absolutos, sino que admiten limitaciones intrínsecas y extrínsecas, en función de su relación con otros derechos⁽⁴²⁾. Así, lo primero

negativa, jurídicamente del todo irrelevante sobre la esfera económica. Específicamente en materia obligacional, respecto de la relación entre acreedor y deudor, se habla de un principio general de interlimitación de las esferas jurídicas, para justificar la actuación del derecho de crédito sobre la esfera del deudor. Así, FALZEA, Angelo. *L'offerta reale. La liberazione coactiva del debitore*. Ristampa con una nuova prefazione di Angelo Falzea. Milano: Giuffrè, 2011; pp. 69-70.

(38) BARANDIARÁN, José León. *Responsabilidad extracontractual*. *Op. cit.*; pp. 801 y 802.

(39) La afirmación apenas realizada, en una aproximación meramente literal, podría considerarse contraria al texto expreso de lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 1971; sin embargo, creemos que dicha lectura debe ser matizada, no solo por la superación en la actualidad de la máxima *in claris non fit interpretatio*, sino porque así lo sugiere una interpretación que tome consideración de variables históricas, sistemáticas, comparativas y constitucionales.

(40) BARBA, Angelo. Voz: “Diritto soggettivo”. En: *Il Diritto. Enciclopedia Giuridica*. Diretta da Prof. Avv. Salvatore Patti. Volumen V. Milano: Il Sole 24 ore, 2007; pp. 430-438, en donde se destaca la categoría histórica del “derecho subjetivo” y precisa que “como categoría jurídica teórica, el derecho subjetivo indica un itinerario de reflexión de índole filosófica e histórica, que aún es motivo de utilidad para el observador que se interroga sobre las diversas sensibilidades manifestadas por el intérprete acerca del problema de la libertad individual como espacio inmune del control externo. (D) e la perspectiva conceptual ligada a la fórmula de derecho subjetivo, viene generalmente recordada la particular incidencia de la pandectística alemana; y esto, sobre todo, para subrayar y, en perspectiva histórica, justificar el carácter abstracto de una reflexión prevalentemente atenta a la coherencia lógica de la argumentación antes que al dato normativo, y bajo otro perfil, para rebatir la necesidad de una aproximación positivista que determine en el sistema el significado de una fórmula y que ésta rechace un valor lógico y argumentativo antecedente al dato positivo”. Para un mayor desarrollo de la categoría, puede consultarse MAIORCA, Carlo. Voz: *Diritto soggettivo. I) Teoria generale*. En: *Enciclopedia Giuridica*. Volumen XI. Roma: Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, 1989; pp. 1-17 (de la separata) y CESARINI SFORZA, Wider. Voz: *Diritto soggettivo*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Volumen XII. Milán: Giuffrè, 1964; pp. 659-696.

(41) PUGLIATTI, Salvatore. Voz: *Esercizio del diritto (dir. priv)*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Volumen XV. Milán: Giuffrè, 1966; pp. 623 y 624.

(42) Sobre el particular, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, puede consultarse BECHARA LLANOS, Abraham Zamir. *La ponderación y los derechos fundamentales. El modelo ponderativo de aplicación del Derecho y su recepción en*



Héctor Augusto Campos García

que debe establecerse para entender la función de la cláusula normativa general del ejercicio regular de un derecho es, precisamente, que todo ejercicio de un derecho presenta limitaciones, las cuales pueden ser agrupadas en dos grandes figuras⁽⁴³⁾: el abuso del derecho y la colisión de derechos.

Respecto del abuso del derecho, sobre el cual por razones de espacio no nos detendremos a profundidad en este momento⁽⁴⁴⁾, queremos hacer notar que es perfectamente posible interpretar el inciso 1 del artículo 1971 como la referencia a que el ejercicio abusivo de un derecho es un acto generador de responsabilidad civil. Esta lectura es, por ejemplo, acorde con la interpretación que la doctrina y jurisprudencia le dio al inciso primero del artículo 1137 del Código Civil de 1936⁽⁴⁵⁾, en donde, dejando de lado la intención del legislador, se consideró que al establecerse que el ejercicio regular de un derecho no es un acto ilícito, ello importaba *contrario sensu* que hay lugar a responsabilidad cuando se ejercita ese derecho abusivamente.

En efecto, esta interpretación permite no solo reconocer el límite intrínseco del ejercicio de los derechos subjetivos, sino el verdadero rol que cumple el abuso del derecho dentro del esquema de responsabilidad civil: ser un acto generador de responsabilidad civil. Ahora bien, en lo que sí queremos detenernos por un momento es en el segundo de los límites del ejercicio de los derechos, es decir, en la colisión de

derechos⁽⁴⁶⁾.

5.3. El artículo 1971 inciso 1: del ejercicio regular de un derecho como causal de irresponsabilidad a la necesidad de realizar un balance de los intereses en conflicto

Con lo que se acaba de indicar, se ve que el ejercicio de un derecho no es *per se e in se* un supuesto que determine en todo caso la irresponsabilidad, pues la regularidad del ejercicio del derecho determina, en primer lugar, que, ante la presencia de situaciones de abuso, se abra la puerta para que se realice el análisis de responsabilidad civil. Sin embargo, creemos que el análisis respecto de la cláusula del ejercicio regular de un derecho, como se precisó, no se agota en el reconocimiento del abuso del derecho como fuente de responsabilidad, sino que merece una ulterior precisión, a la luz de lo que hemos denominado como juicio de resarcibilidad. Es decir, en función de los intereses, cuya lesión genera la tutela resarcitoria.

Sobre el particular, debemos tener en cuenta⁽⁴⁷⁾ que para discutir acerca de la tipicidad o

la Corte Constitucional Colombiana. Cartagena: Universidad Libre, 2011; p. 135; FIGUEROA GUTARA, Edwin. *Los grados de vulneración de los derechos fundamentales: teoría y práctica*. En: *TC Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Tomo XXV. Gaceta Jurídica, enero 2010; pp. 313-324.

- (43) Al respecto, DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999; p. 303, indica que “la extinción de la responsabilidad por ejercicio legítimo de un derecho presenta dos limitaciones. Se encuentra, ante todo, la figura del abuso del derecho (...). El segundo límite se encuentra en la existencia de colisión de derechos, salvo que las leyes establezcan claramente el criterio de prevalencia o preferencia de uno solo de ellos”.
- (44) Las razones de esto es que son varios los extremos que atienden a la problemática del abuso del derecho y su relación con la responsabilidad civil, desde la función del abuso del derecho a efectos de la imputación de responsabilidad civil hasta la función que debe cumplir la responsabilidad civil frente a actos esencialmente dolosos. Esperamos pronunciarnos sobre el particular en breve. Por el momento, reenviamos a BUSNELLI, Francesco D. y Emanuela NAVARRETA. *Abuso del diritto e responsabilità civile*. En: *Diritto privato*. 1997. III. *L'abuso del diritto*. Padova: Cedam, 1998; pp. 171-216.
- (45) BARANDIARÁN, José León. *Manual del acto jurídico*. 4ta. edición. Aumentada y corregida con notas suplementarias; p. 81. *Comentarios al Código Civil peruano (Derecho de obligaciones)*. 2da. Edición. Tomo I-Acto Jurídico. Buenos Aires: Ediar, 1954; p. 426.
- (46) Sobre el particular, MAGAZZÚ, Andrea. *Voz: Concorso e conflitto di diritti soggettivi*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Volumen VIII. Milán: Giuffrè, 1961; pp. 671-681.
- (47) ALPA, Guido. *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Edición, traducción y notas de Leysser León. Estudio preliminar de Alessandro Somma. Lima: Jurista editores, 2006; p. 458. Asimismo, *Id.* “Tipicità e atipicità dell'illecito”. En: *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria (a cura di Marco Comporti e Gianguido Scalfi)*. Milano: Giuffrè, 1988; p. 33, donde señala

El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano *The process of compensability in the Peruvian judicial system*

atipicidad del ilícito es necesario efectuar, por lo menos, tres operaciones; a saber: (i) predisponer un reconocimiento de los intereses protegidos por la cláusula normativa general; (ii) identificar las técnicas de protección de tales intereses; y, (iii) examinar cuál de estas técnicas se adapta mejor a la naturaleza de nuestro ordenamiento y a las exigencias de la praxis. Justamente, para efectos de delimitar el área del daño resarcible, al desarrollar la primera operación, es decir, al reconocer los intereses protegidos por nuestro sistema de responsabilidad civil, debemos ser conscientes de que, en el ejercicio de un derecho, se pueden presentar hipótesis de colisión de derechos.

Entonces, ante una situación de conflicto de derechos, consideramos que procede efectuar una ponderación de los intereses en juego (del agente y de la víctima del daño), para efectos de demarcar el ámbito de aplicación de la tutela resarcitoria, lo que no es otra cosa que seleccionar los intereses pasibles de ser protegidos por la responsabilidad civil, tomando no solo en consideración los intereses de la víctima, sino también del potencial responsable (juicio de resarcibilidad).

Efectivamente, a diferencia de otros enfoques⁽⁴⁸⁾, consideramos que el problema de la determinación del “juicio de resarcibilidad” y, por ende, de los intereses que serán tutelados por la responsabilidad civil, consiste principalmente en la “valoración comparativa de los intereses”⁽⁴⁹⁾ de los dos intereses contrapuestos con ocasión del daño: por un lado, el interés ajeno amenazado por un cierto tipo de conducta y, por otro lado, el interés del agente que realiza o tiende a realizar la mencionada conducta.

Esta “valoración comparativa de los intereses en conflicto”⁽⁵⁰⁾ o juicio de resarcibilidad, tal como la hemos denominado, podrá realizarse, ya sea en vía normativa, a través de la disposición de un mandato específico que afirme, confirme o niegue la tutela resarcitoria; o, inclusive, en vía interpretativa, a través de la ponderación de los intereses en la resolución de un caso concreto que esté en manos de la magistratura⁽⁵¹⁾. Respecto de lo último, que

que “la primera operación presupone que los intereses son múltiples, que sean catalogables y que el catálogo sea una obra abierta, idónea a mutar con la mutación de las exigencias, flexible cuanto basta a prevenir una excesiva proliferación de los daños resarcibles, sino también capaz de dar ingreso a nuevas situaciones de tutela”.

- (48) En particular, puede consultar la posición de ALPA, Guido. *Óp. cit.*; p. 440, quien señala que específico que “(...) en la determinación de la legitimidad del ejercicio del derecho es necesario proceder a un balance de los intereses en juego: intereses privados -el interés del que ejerce el derecho y los intereses de los terceros que sufren sus efectos- y el interés público (...)”. Entre nosotros asume una posición similar el profesor Fernández Cruz, según la cual los daños justamente sufridos, que se rigen bajo un criterio de tipicidad *ex ante*, son el resultado de una ponderación de intereses, pero no de los intereses de la víctima contra los intereses de la actividad específica que produce el daño, sino de un contraste entre el interés protegido de la víctima a nivel diádico o intersubjetivo, *versus* el interés general a nivel sistémico derivado de la abstracción de la actividad concreta, de manera que los daños justamente sufridos reflejan la prevalencia de la perspectiva sistémica respecto de la perspectiva diádica, precisamente en los casos donde al realizar la ponderación, se delimitan actividades que generan un beneficio, no a nivel intersubjetivo, sino en términos sociales, derivando en la consecuencia que frente al reconocimiento de un interés general que prevalece, se determina que la actividad merece una protección que la excluya de los actos que generan responsabilidad civil.
- (49) TRIMARCHI, Pietro. *Voz: Illecito (dir. priv.)*. *Óp. cit.*; p. 98. Es bueno anotar que BETTI, Emilio. *Óp. cit.*; pp. 174-175, identificaba un “criterio de correlatividad”, como indicativo para saber cuándo los intereses lesionados por el daño podrían ser tutelados por el ordenamiento jurídico.
- (50) También se reconoce, dentro del denominado “juicio de injusticia del daño”, la realización de una “ponderación de los intereses”. Cfr. SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Voz: “Ingiustizia del danno”*. En: *Enciclopedia Giuridica*. Volumen XV. Roma: Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, 1996; pp. 10 y 11. Así, el autor considera que el juicio de la injusticia (recuérdese que en el ordenamiento italiano el “juicio de resarcibilidad” se realiza a través del análisis de la injusticia del daño) pasa tanto por (i) la estructura de la situación jurídica relevante; como, (ii) el “balance de los intereses”. En la misma línea, se destaca el carácter sintético de la valoración comparativa de los intereses en conflicto en clara invocación al comportamiento *contra ius* y *non iure* como elementos de la *iniuria*, así, FRANZONI, Massimo. *L’illecito*. Seconda edizione. En: *Trattato della responsabilità civile diretto da Massimo Franzoni*. Milano: Giuffrè, 2010; p. 797.



Héctor Augusto Campos García

ciertamente no está ajeno de consideraciones críticas propias de nuestro sistema, en el contexto del ordenamiento italiano, se ha indicado que:

“También hay que decir que los jueces, a menudo, *cuando valoran la existencia de una causa de justificación efectúan un balance equitativo de los intereses contrapuestos.*

A veces, tal balance ya ha sido efectuado por el legislador; como ocurre cuando se establece que el autor del daño, que ha actuado en estado de necesidad o de incapacidad, puede ser condenado a pagar al damnificado una indemnización.

Pero también fuera de estas hipótesis, (...), los jueces hacen gran uso de la interpretación sistemática y analógica en la investigación de soluciones equilibradas en el plano equitativo.

Por este motivo, queda un amplio margen de discrecionalidad en la investigación dirigida a determinar, en concreto, la existencia de las causas de justificación, en especial, la causal de ejercicio de un derecho, que presenta límites

de difícil configuración, y aun más en el juicio sobre un eventual exceso o abuso por parte del autor del daño que se vale de una causa de justificación⁽⁵²⁾ (énfasis agregado).

Creemos que la cita apenas realizada, dado el estado de nuestra administración de justicia, debería ser leída como una invocación a los magistrados, ya que ello permitirá reforzar la lectura que creemos debe dársele al “ejercicio regular de un derecho”. Ahora bien, no obstante lo señalado, la consecuencia lógica de asumir esta opción de interpretación del inciso 1 del artículo 1971 es que las causas de justificación no se rigen bajo un criterio de tipicidad, sino de atipicidad⁽⁵³⁾.

Lo anterior es producto de dos factores que deben ser cabalmente identificados; a saber:

- (51) Esta afirmación se aparta de posiciones como la de BUSNELLI, Francesco Donato. *La lesione del credito da parte di terzi*. *Op. cit.*; pp. 76-77, quien considera como un supuesto excepcional el hecho que el ejercicio de un derecho comporte la invasión de los derechos de terceros (ya sea en el caso que la invasión se refiera a la facultad inherente al contenido de un derecho subjetivo o en caso de coexistencia e interferencia entre el ejercicio de una pluralidad de derechos subjetivos de idéntico contenido pertenecientes a diversos sujetos pero respecto del mismo bien) y, en consecuencia, no pueda sino derivarse estas excepciones expresamente de la ley.
- (52) VISINTINI, Giovanna. *Op. cit.*; p. 159. En sentido contrario, se manifiesta DE CUPIS, Adriano. *Op. cit.*; p. 143, cuando explica que, “al atribuir relevancia, por efecto de la responsabilidad, a todos los intereses *merecedores* de tutela jurídica, se dota al juez de un poder elástico de valoración -tanto acerca de la importancia de los intereses, como a su actitud merecedora de tal tutela-, que no parece sea conforme al espíritu que informa el ordenamiento jurídico italiano”.
- (53) BUSNELLI, Francesco Donato. *Voz: Illecito Civile*. En: *Enciclopedia Giuridica*. Volumen XV. Roma: Istituto della enciclopedia fondata da Giovanni Trecanni, 1991; p. 11 (de la separata), sostiene que “el sistema de la responsabilidad civil, entonces, no se basa sobre una pluralidad de causas de justificación *a posteriori* de un comportamiento en sí antijurídico, y no se coloca el ejercicio del derecho, sobre el mismo plano de las figuras típicas contempladas por los artículos 2044 y 2045 CC (legítima defensa y estado de necesidad); ello se inspira, por el contrario, en una única regla general -el ejercicio del derecho, postulado como causa atípica de exclusión *a priori* de la injusticia del daño (*qui iure suo utitur neminem laedit*)- respecto a las cuales las referidas figuras típicas se perfilan a manera de especificaciones que tiende a enriquecer la esfera jurídica de cada sujeto de particulares derechos, que tienen por objeto la actuación de formas excepcionales de autotutela”. De similar opinión es DE LORENZO, Miguel Federico. *El daño y las causas de justificación. A propósito del Proyecto de Código Civil de 1998*. La Ley 2000-C. No 975, cuando sostiene que, “(...) en un sistema atípico como el que recoge el Proyecto, el problema del abuso del derecho desempeña -como hemos dicho- un rol protagónico dentro del juego de las causas de justificación”. Sin embargo, vemos que sólo limita el análisis a los supuestos de abuso de derecho, sin tomar en consideración los escenarios en que, bajo el ejercicio regular de un derecho, se abre el camino a la aplicación de la tutela resarcitoria. Para una crítica del “Proyecto Alterini”, referido a la delimitación de la tutela resarcitoria, puede consultarse BIANCA, Massimo. *Se regresa a hablar de daño injusto*. En: *Responsabilidad Civil. Derecho de Daños. Teoría General de la responsabilidad civil*. Tomo IV. Lima: Grijley, 2006; pp. 253-263. Entre nosotros, opina en sentido contrario a la atipicidad del daño resarcible FERNÁNDEZ CRUZ (véase, supra nota 44).

El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano *The process of compensability in the Peruvian judicial system*

(i) los criterios sobre los que se realiza la ponderación, y (ii) los distintos resultados a los que puede llevar la valoración de los intereses en conflicto. Respecto de los criterios a tomar en cuenta para realizar la ponderación de los intereses, se ha indicado que:

“En este punto es necesario agregar una aclaración de extrema importancia, esto es, que *el criterio, sobre la base al cual los intereses en juego vienen comparados, es un criterio de pública utilidad.*

Este criterio opera también allá donde las normas jurídicas desarrollan una función atributiva de bienes, a través de la delimitación estática de las esferas correspondientes a cada uno y la prohibición de los actos lesivos de tal esfera⁽⁵⁴⁾ (énfasis agregado).

Sin embargo, resulta manifiesto que los criterios para la ponderación de los intereses no pueden agotarse en la noción de “pública utilidad⁽⁵⁵⁾”, y esto no solo porque no permite que se delimite de manera clara la forma de realizar el respectivo “balance de intereses”. Por ello, es que con razón se ha sostenido que:

“En la determinación *in concreto* de los criterios para el juicio asumen, entonces, un fuerte peso los elementos valorativos,

correspondientes, sea a la *posición recíproca de las partes y al quebrantamiento del ‘justo’ equilibrio intersubjetivo, sea al interés ‘general’ que justifica la activación de la tutela predispuesta por el ordenamiento.* En tal sentido, la discrecionalidad del intérprete está institucionalmente *limitada por los datos normativos.* La fórmula -hoy largamente difundida- que sintetiza los caracteres del juicio en la ‘comparación de los intereses’ puede, entonces, ser acogida con la (no secundaria) precisión que la valoración comparativa entre la posición de la víctima y aquella de quien está llamado a responder no puede moverse del análisis de las modalidades de relevancia y tutela que el ordenamiento asegura a ambos intereses, ni de la intensidad comparada de las mismas, como resulta del conjunto de la normativa que regula los intereses implicados en la concreta *fattispecie* dañosa⁽⁵⁶⁾ (énfasis agregado).

La complejidad del problema de establecer estos criterios ha quedado de manifiesto

(54) TRIMARCHI, Pietro. Voz: *Illecito (dir. priv.)*. *Óp. cit.*; p. 100. Bajo la perspectiva apenas indicada, es que consideramos que cuando se afirma que, a efectos de establecer la “injusticia del daño”, se basa en una ponderación de intereses que se realiza entre el interés de la víctima a nivel diádico y el interés general a nivel sistémico, lo que se estaría realizando es “superponiendo” uno de los criterios para realizar la ponderación, con los extremos que conforman la ponderación en sí misma, razón por la cual nos reafirmamos en considerar que la ponderación debe realizarse entre los intereses de la víctima y del potencial responsable.

(55) TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Dodicesima edizione. Milano: Giuffrè, 1998; p. 123, ya indicaba que “la exclusión de la responsabilidad puede depender no solo de la valoración social de la actividad dañosa, sino también de consideraciones relativas a los límites de eficacia de las sanciones jurídicas, a la dificultad y al costo de aplicación de determinadas reglas en relación con el valor de los intereses tutelados y con la existencia de otras rémoras a su lesión, a la posibilidad que la existencia de determinadas reglas y sanciones puede indirectamente provocar consecuencias socialmente dañosas, a la capacidad de la víctima de evitar el daño o de sufrirlo”. Asimismo, *Id.* Voz: *Illecito (dir. priv.)*. *Óp. cit.*; p. 97, afirma que “si entonces se admite que tanto las prohibiciones cuanto las causas de exclusión de ilicitud, (...) puedan no resultar de otras normas de ley, y si se reconoce además que la ilicitud pueda ser excluida no solo allá donde la actividad lesiva sea digna de protección, sino también allá donde operen otras consideraciones de oportunidad, entonces las dos fórmulas (aquella que reenvía a la violación de prohibiciones específicas, y aquella que afirma el deber general de no hacer daño, salvo la existencia de una causa de exclusión de ilicitud) se convierten en equivalentes, ya que entre ambas describen la misma operación: aquella de trazar sobre la base de varias consideraciones de utilidad individual y social, la línea de confín entre actividad dañosa lícita e ilícita”.

(56) SALVI, Cesare. Voz: *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXIX. Milano: Giuffrè, 1988; p. 1212. Se agrega que, “(...) en efecto es solo a la luz de los elementos (tanto formales como estructurales, cuanto de contenido) emergentes de análisis de la disciplina de los intérpretes implicados, que es posible al intérprete



Héctor Augusto Campos García

cuando se ha indicado que sólo la institución de un orden axiológico de prevalencia entre las contrapuestas situaciones subjetivas puede constituir un idóneo parámetro de conmensuración de la relevancia aquiliana del daño⁽⁵⁷⁾.

En vista de lo anterior, y para intentar concretar la idea formulada, se ha apelado⁽⁵⁸⁾ a señalar que la fuente de los criterios para decidir la prevalencia no puede sino encontrarse en el ordenamiento considerado en la totalidad y globalidad de sus valores y sus principios, de sus estándares valorativos, de sus reglas y normas generales, así como de sus disposiciones particulares y casuales, que son posibles de deducir sea del sistema formal o real del derecho, así como de la praxis del mismo derecho. Esto implica que debe tenerse en consideración variables como el respeto a las normas imperativas, normas de orden público o buenas costumbres, al momento de determinar si los intereses⁽⁵⁹⁾ en conflicto deben o no ser amparados, frente a la lesión que puedan sufrir por la tutela resarcitoria.

Ahora, en cuanto a los resultados del juicio de ponderación de los intereses, debe notarse que la misma no se reduce a la prevalencia de un interés sobre el otro, puesto que esto es lo que sucede normalmente cuando se afirma la existencia de situaciones jurídicas⁽⁶⁰⁾ de ventaja y desventaja. En este análisis, se debe ser consciente de que es perfectamente posible identificar, a parte de los casos donde un interés prevalece sobre otro de manera absoluta⁽⁶¹⁾, supuestos en donde se afirme la prevalencia de un interés, pero que no se subordine de manera plena al otro, dejándolo sin protección alguna, sino que se reconozca una tutela de manera mediata, estableciendo, por ejemplo, la susceptibilidad de proteger al interés subordinado con la tutela resarcitoria.

concretizar, con referencia a la *fattispecie* dañosa, la cláusula de la injusticia, y ello con una operación que tendrá ámbitos de discrecionalidad más o menos amplios, según los caracteres de la normativa (...)" Estas consideraciones se mantienen a nivel de la contraposición de derechos de tipo constitucional, solo que respecto de este tipo de derechos, lo que no quiere decir que sean exclusividad de estos, se habla, como criterios "autónomos" de adecuación, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Para una aplicación a un caso concreto de esta metodología basada en el Estado Constitucional de Derecho y la respectiva crítica a tal enfoque, puede revisarse PRIORI POSADA, Giovanni y Eugenia ARIANO DEHO. *¿Rechazando la justicia? El derecho de acceso a la justicia y el rechazo liminar de la demanda*. En: *Themis*. 2da. época. No 57. 2008; pp. 103-123. Expone consideraciones críticas a la teoría conflictivista de los derechos fundamentales, BURGA CORONEL, Angélica María. *El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. En: *Gaceta Constitucional*. No 47. Noviembre 2011; pp. 253-267. Asimismo, respecto de la carga ideológica de este método, ARAÚJO RENTERÍA, Jaime. *Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica*. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. UNAM, 2006; pp. 1-26.

- (57) SCALISI, Vincenzo. *Danno e ingiustizia nella teoria Della responsabilità civile*. En: *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno LVIII. No 3. Settembre 2004; p. 808.
- (58) *Ibidem*.
- (59) DE CUPIS, Adriano. *Óp. cit.*; p. 143, señala que "daño injusto es aquel daño que tiene por objeto un interés *jurídicamente tutelado* (circunscrita a los límites del contenido normativo del derecho objetivo, el cual resulta no solo de las normas que de una manera explícita tutelan determinados intereses, sino también de principios deducibles mediante el empleo de los diferentes instrumentos interpretativos), y no tan solo cualquier interés *merecedor de tutela jurídica*".
- (60) BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile. V. La Responsabilità*. Milano: Giuffrè, 1994; p. 295, refiere que, "quien ejercita un derecho no es responsable aunque se lesione un interés ajeno en cuanto el titular se vale de una posición de ventaja que le es legalmente reconocida y que prevalece sobre los intereses ajenos eventualmente opuestos". Entre nosotros, MORALES HERVIAS, Rómulo. *Situaciones jurídicas subjetivas*. En: *Advocatus*. No 19. 2008; p. 326, quien desde una perspectiva normativista sostiene que "(...) las situaciones jurídicas subjetivas no son sino el resultado de la valoración discrecional que el ordenamiento hace de los diversos intereses y, en particular, de aquellos que considera dignos de protección".
- (61) ALPA, Guido. *Óp. cit.*; p. 438, quien señala que existen hipótesis en las que, "(...) el ejercicio del derecho entra en conflicto con otros 'ejercicios' del derecho; por lo tanto, se hace necesario establecer, en el conflicto, cuáles son los que tienen que prevalecer. Y la preeminencia de uno comporta un daño al otro (falta de ejercicio o límites al ejercicio), pero dicho daño se considera irrelevante para el ordenamiento".

El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano *The process of compensability in the Peruvian judicial system*

Como se puede colegir de lo indicado, el juicio de resarcibilidad de los daños causados responde a un juicio de ponderación, en abstracto, de los intereses en conflicto, es decir, de la víctima y del potencial responsable.

De manera contraria a lo que se pueda creer, el razonamiento apenas expuesto no resulta privativo de un ámbito estrictamente dogmático o académico desarrollado en función de la normativa de nuestro Código Civil. Muestra de ello son, por ejemplo, los *Principles of European Tort Law*, en donde se establece, al momento de fijar los intereses que serán protegidos por la responsabilidad civil, que “ para establecer el alcance de la protección (de los intereses) también *deberán tenerse en cuenta los intereses del agente*, en especial, *en su libertad de acción y en el ejercicio de sus derechos*, así como *los intereses públicos*” (énfasis agregado).

Como se puede apreciar, el ámbito de los intereses, que serán protegidos por el ordenamiento jurídico a través de la tutela resarcitoria, se encuentra delimitado por el respectivo juicio de ponderación de los *intereses del agente*, respecto del cual influirán, en la determinación del juicio final, los *intereses públicos*.

6. A modo de conclusión: de lo evidente a lo rebatible

Con lo desarrollado a lo largo de las líneas precedentes, hemos querido mostrar que la idea, comúnmente aceptada, de que “no hay responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho”, antes que constituir una “verdad

evidente”, debe ser entendida dentro de un contexto que potencie su interpretación. El mencionado contexto es el que hemos denominado como “juicio de resarcibilidad”, el cual tiene como objetivo establecer los criterios para determinar cuándo la víctima que sufra un daño, y así vea lesionado su interés, podrá ser protegida por la tutela resarcitoria, toda vez que no todo daño debe ser resarcido.

Bajo esta perspectiva, el reconocimiento del ejercicio regular de un derecho, como una supuesta hipótesis de irresponsabilidad absoluta, en realidad permite constatar bajo una interpretación histórica; en primer lugar, antes que una plena improcedencia de la tutela resarcitoria, el hecho que el ejercicio abusivo del derecho se erige como una fuente o un acto generador de responsabilidad civil.

Aunado a lo anterior y de manera expansiva, consideramos que el juicio de resarcibilidad no se agota en la configuración del abuso del derecho, sino que, en realidad, se concreta en la ponderación, en principio *in abstracto*, de los intereses de la víctima que sufre el daño y del sujeto que realiza la actividad. La ponderación, precedentemente mencionada, implica el empleo de una serie de criterios para determinar su resultado, que no solo estará en manos del legislador, y que, entre otras hipótesis, puede derivar en la consideración de la tutela inmediata de un interés a través de la licitud de la conducta realizada, y de la tutela mediata del otro interés con el reconocimiento de la posibilidad de que obtenga tutela resarcitoria.

De este modo, queremos terminar estas reflexiones iniciales y aproximativas dando respuesta a la interrogante formulada al inicio del artículo. Y es que, desde nuestro punto de vista, un daño derivado del ejercicio regular de un derecho sí puede ser susceptible de tutela resarcitoria.

Como consecuencia de todo lo indicado, esperamos que se haya cumplido con nuestro objetivo de haber *visto más allá de lo evidente*. En todo caso, consideramos que si hemos llegado a mostrar que muchas veces *lo evidente* tiene mucho y, a veces, esconde argumentos *rebatibles*, entonces nuestra labor ha sido efectuada. 