



César E. Moreno More^(*)

Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los **deberes de protección** en el ordenamiento jurídico peruano^(**)

Critical appraisals about the foundation of duties of protection in the Peruvian legal system

Resumen: El acogimiento de la teoría de los deberes de protección y de la relación obligatoria compleja, está estrechamente condicionado por las características sistémicas de cada ordenamiento jurídico. Si se desconocen tanto la premisa como el objetivo de dicha doctrina, y se la disocia de su ubicación histórico-dogmática, se terminará por crear una duplicación inútil de las tutelas resarcitorias en un sistema en donde el mismo resultado se obtiene recurriendo a la responsabilidad aquiliana. Sin embargo, esto no quiere decir que la persona y el patrimonio del acreedor no asuman relevancia dentro de la relación obligatoria. Será suficiente con comprender que esto sólo ocurrirá en determinadas hipótesis en las que la posibilidad de afectar la esfera jurídica del acreedor quede comprendida dentro de la prestación deducida en obligación. Fuera de estas, todo esfuerzo por convertir el daño aquiliano en contractual no tendrá si no consecuencias forzadas e insostenibles.

Palabras clave: Deberes de Protección - Relación Obligatoria Compleja - Responsabilidad Contractual - Buena Fe - Diligencia.

Abstract: The acceptance of the theory of the duties of protection is strongly conditioned by systemic features of each legal order. If the premise and the scope of the doctrine are overlooked, and its historical and dogmatic location is dissociated from it, eventually it will be created a wasteful duplication of compensatory systems, in a legal order where the same result is obtained using the tort law. Nevertheless, it does not mean that creditor's person or property will not be relevant with respect to contractual relationship. It is enough just to understand that this will only happen in a few situations in which the possibility to affect the rights of obligee falls within the specific contractual obligation. Out of these situations, any effort to turn tort damage into contractual damage will not have otherwise forced and unsustainable consequences.

Keywords: Duties of Protection - Complex contractual relationship - Contractual Liability - Good Faith - Diligence.

(*) Asistente de Docencia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Adjunto de Docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Candidato a la Maestría con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

(**) Nota del Editor: el artículo fue recibido el 5 de febrero del 2015 y aprobado para su publicación el 15 de febrero del mismo año.

1. Introducción

En un caso reciente⁽¹⁾ se ha confirmado la responsabilidad solidaria de la entidad sanitaria (clínica) y del profesional médico (obstetra) por daños permanentes al neonato (cuadriplejía espástica), sometiendo la hipótesis al régimen de la responsabilidad civil extracontractual (en especial: artículos 1969 y 1983 del Código Civil). Entre otras cosas, llama la atención que ni las cortes de mérito, ni la de legitimidad hayan aplicado el régimen especial (Ley 26842 - Ley General de Salud⁽²⁾); y más aún el hecho de que ninguna de ellas (en especial la de legitimidad) haya cuestionado el régimen de responsabilidad aplicable⁽³⁾, que en este caso debería haber sido la responsabilidad contractual⁽⁴⁾.

Cabe preguntarse por qué en este y en otros casos los tribunales siguen considerando que el régimen aplicable es el extracontractual⁽⁵⁾. ¿Será acaso que los tribunales consideran

que el contrato (Así, la relación obligatoria) no es capaz de tutelar la persona y el patrimonio del acreedor (o de las partes)? No sabemos a ciencia cierta si este es el parecer de los tribunales, no obstante su forma de proceder deja traslucir un fin (se podría decir) pragmático: condenar solidariamente al resarcimiento del daño tanto al médico como al establecimiento sanitario (en aplicación del artículo 1985 del Código Civil) en aras de brindar una mayor tutela al damnificado.

Así como este, existen múltiples casos en los que los tribunales nacionales no tienen claro qué régimen aplicar⁽⁶⁾; como si este y otros supuestos estuviesen ubicados en una suerte de *no-man's land*⁽⁷⁾, en una tierra de nadie⁽⁸⁾, situación ante la cual no se ha creído

- (1) Casación No. 4254-2013-Lima Norte, del 14 de julio de 2014. En este caso en específico, la situación es un tanto más compleja, debido a que la clínica alega la existencia de un contrato (atípico) de *clínica abierta*, celebrado entre esta y el profesional médico, lo cual, según la clínica, no sólo comprobaría que el profesional médico no mantendría ninguna relación de dependencia, sino que, a su vez, la eximiría también de toda responsabilidad frente al paciente.
- (2) Queremos llamar la atención acerca de la distorsión que se produce en el régimen general de responsabilidad contractual por el hecho de auxiliares (régimen que, para nosotros, es subjetivo, al respecto cfr. NATOLI, Ugo. *L'attuazione del rapporto obbligatorio*. Tomo II. Milán, 1984; p. 76), causado por el artículo 48 de la Ley General de Salud. Según el régimen general (artículo 1325), quien responde es el *deudor*, no el *tercero* de quien el primero se sirve para cumplir la obligación. Sin embargo, este dispositivo hace solidariamente responsable (Así: solidariamente obligados al resarcimiento) al deudor (establecimiento de salud) y al tercero (profesional médico), sin existir fundamento alguno para establecer una excepción a la regla.
- (3) Se puede identificar un cuestionamiento como tal (aunque para mal) en la sentencia de vista reportada en la Casación No. 220-2013-Lima, del 12 de noviembre de 2013, en la cual la sala cuestiona (erróneamente) el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, al considerar que en este caso (se trataba, no obstante, de uno en donde el profesional médico era dependiente del establecimiento sanitario) no se le debería aplicar el régimen de la responsabilidad contractual (que era lo correcto), sino el de la responsabilidad extracontractual. Por el contrario, véase las consideraciones de la sentencia de vista reportada en Casación No. 1116-2011-Lima, del 23 de enero de 2012, en donde se reconoce la naturaleza contractual de esta hipótesis, pero en función a la existencia de un contrato.
- (4) Tal como ha sido defendido en sede nacional por León Hilario, *La responsabilidad civil "autónoma" de los establecimientos de salud (Y de los equívocos de ayer y hoy en el enfoque de la obligación resarcitoria solidaria)*. En: *Cathedra*. No. 13, 2008; pp. 225 y siguientes.
- (5) Además de los pronunciamientos citados véase Casación No. 1258-2013-Lima Norte, del 13 de diciembre de 2013.
- (6) Como muestra de esto podría citarse la Casación No. 1676-2004-Lima, en donde se afirmó que todo daño causado por la exposición de un sujeto a un *riesgo*, aun cuando este se produzca en la ejecución de una prestación, será resarcido en aplicación del artículo 1970 del Código Civil, aplicando así el régimen de responsabilidad civil extracontractual a un típico caso de incumplimiento de una obligación.
- (7) GILMORE, Grant. *The death of contract*. Ohio, 1974; p. 88. Aunque -cabe resaltarlo- cuando Gilmore se refiere a ella, está pensando en el *quasi-contract*, una categoría que no es totalmente un contrato, pero que se considera como una ficción jurídica necesaria para alcanzar los fines de justicia y, en especial, para prevenir los enriquecimientos injustos (pp. 73 y 74).
- (8) "Se advierte, como se ha dicho, una zona gris o indefinida en la medida en que existen hechos que pueden encuadrar tanto en la culpa contractual como en la extracontractual", así Casación No. 344-2000-Lima, del 18 de mayo de 2000.



César E. Moreno More

encontrar mejor solución que negar la diferencia de regímenes, afirmando así la unidad de la responsabilidad civil⁽⁹⁾.

Fueron precisamente aquellos casos -que parte de la doctrina no duda en ubicar en aquella *no-man's land*- en donde una de las partes de la relación obligatoria sufre un perjuicio con ocasión de la realización de la misma (cumplimiento), los que llevaron a idear, en tierras foráneas, soluciones *contractuales* para su resarcimiento⁽¹⁰⁾. Entre las diversas soluciones planteadas se destaca una de origen alemán que ha llegado a conocerse bajo el nombre de deberes de protección (*Schutzpflichten*)⁽¹¹⁾. No obstante, a pesar de que la teoría tiene alrededor de ochenta años de desarrollo⁽¹²⁾ tanto la noción como la extensión de la misma aún se encuentran minadas por muchas oscuridades y confusiones. Esto se debe en parte a que son muchas las teorías y problemáticas adyacentes a, y vinculadas con, la teoría de los deberes de protección.

Por tanto, es menester establecer la premisa de la que parte, y el objetivo que persigue, la teoría de los deberes de protección.

- Premisa: la relación obligatoria constituye una relación especial que se instaura entre las partes, la cual abre la posibilidad de afectar la persona y los bienes de la contraparte⁽¹³⁾.
- Objetivo: preservar incólumes las esferas jurídicas de las partes, extendiendo la tutela contractual a

bienes o intereses que tradicionalmente eran tutelados bajo las reglas de la responsabilidad aquiliana⁽¹⁴⁾.

Tomando en consideración la premisa y el objetivo de la teoría, cabría preguntarse si es posible su aplicación en el ordenamiento nacional. De hecho, la doctrina nacional, atenta a este y otros desarrollos europeos en materia de obligaciones, no ha dudado en afirmar su acogimiento y fundamentación en el ordenamiento peruano: la buena fe, la diligencia y la ley han sido los fundamentos invocados por la academia nacional.

Sin embargo, antes de apresurarnos por afirmar o negar su acogimiento, hay un elemento adicional que debe ser tomado en consideración: el contexto sistémico que sirvió de base para el surgimiento y, sobre todo, para el éxito de la teoría de los deberes de protección en su sede de origen.

Como resultado, al considerar todas estas variables, el problema de fondo de la presente investigación será determinar si en el ordenamiento peruano la persona

(9) Entre otras: Casación No. 554-2007-Ica, del 12 de noviembre de 2008 y Casación No. 1544-2013-Pasco, del 7 de marzo de 2014.

(10) Lo que es más, la doctrina no sólo ha ideado soluciones contractuales para supuestos en los cuales existía un contrato (válido) entre las partes. Como se verá más adelante, el problema aquí tratado está estrechamente vinculado con otras problemáticas, pero en especial con la responsabilidad precontractual. Es precisamente respecto a esta última que la doctrina ha propuesto la mayor cantidad de soluciones *contractuales* para el resarcimiento producto del daño causado en la etapa precontractual; al respecto cfr. de último la profunda investigación de Procchi, *Licet emptio non teneat. Alle origini delle moderne teoriche sulla cd. culpa in contrahendo*. Padua, 2012; pp. 239 y siguientes.

(11) Cabe resaltar que no existe consenso en la doctrina para designar a esta figura. Por ejemplo, Stoll hablaba de *deberes de protección (Schutzpflichten)*, Larenz de *otros deberes de conducta, comportamiento o diligencia (weitere Verhaltenspflichten)*, Esser de *deberes accesorios (Nebenschulden)*; al respecto cfr. MOTAPINTO, Carlos Alberto. *Cessão da posição contratual*. Coimbra, 2003; p. 338. Por su parte, CARNEIRO DA FRADA, Manuel. *Os deveres (ditos) acessórios e o arrendamento*. En: *Revista da ordem dos advogados*. No. 1, 2013; p. 271. Prefiere hablar de *deberes de consideración*.

(12) Se le reconoce el mérito de haber teorizado dicha categoría a Heinrich Stoll, no obstante encontrar ya en autores anteriores (Herholz, Kress, von Tuhr, Esser) planteamientos análogos. Al respecto véase RODRÍGUEZ OLMOS, Javier. *Deberes de protección "aún frente a terceros", en la dogmática alemana*. En: *Revista de derecho privado*. No. 20, 2011; p. 311.

(13) STOLL, Heinrich. *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*. En: *Archiv für die civilistische Praxis*. Volumen CXXXVI, 1932; p. 288: *Die Sonderbeziehung eröffnet für beide Parteien die Möglichkeit der Einwirkung auf Personen und Sachen der andern Partei*.

Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano

Critical appraisals about the foundation of duties of protection in the Peruvian legal system

y el patrimonio encuentran tutela bajo las reglas de la responsabilidad contractual y, de ser la respuesta afirmativa, si dicha tutela se realiza mediante el otorgamiento de carta de ciudadanía a los deberes de protección.

2. Relación obligatoria compleja y deberes de protección

La primera de las problemáticas adyacentes a la teoría de los deberes de protección -a las que hemos hecho referencia- es la concepción de la relación obligatoria como una complejidad. Comprender qué entiende la doctrina por estructura compleja de la obligación y cómo se insertan en esta los deberes de protección, no sólo aclarará el panorama general de la teoría, sino que evitará también que caigamos en ulteriores errores.

En la actualidad, la obligación ha dejado de ser concebida linealmente, vale decir, como una relación simple que contiene un deber de prestar y un correlativo derecho de crédito, para pasar a ser concebida como una relación global que alberga en su seno diversos vínculos y situaciones jurídicas⁽¹⁵⁾. La doctrina no dudó en utilizar metáforas⁽¹⁶⁾ para referirse a esta

nueva forma de ver a la relación obligatoria: organismo (*Organismus*), estructura (*Gefüge*), forma (*Gestalt*), proceso (*Prozess*), relación marco (*Rahmenbeziehung*), son sólo algunos de los expedientes lingüísticos⁽¹⁷⁾ empleados para su representación⁽¹⁸⁾. Asimismo, también se emplea indistintamente las locuciones relación contractual (*Vertragsverhältnis*) o relación obligatoria en sentido amplio (*Schuldverhältnis im weiteren Sinn*) para referirse a ella⁽¹⁹⁾. El énfasis puesto por la doctrina al tratar de encontrar un concepto que identifique y comprenda a esta nueva concepción, radica en la importancia puesta en el carácter unitario y funcional de la misma⁽²⁰⁾.

Esta concepción empezó a tomar cuerpo a medida que la doctrina descubría las diversas situaciones jurídicas que se presentan en la relación global que surge de un contrato⁽²¹⁾, realidad ante la cual la concepción lineal

(14) MENGONI, Luigi. *La parte generale delle obbligazioni*, en *Scritti II: Obbligazioni e negozio*. Milán, 2011; p. 285.

(15) La literatura al respecto es muy amplia, por lo que reenviamos a las obras citadas a lo largo del presente párrafo.

(16) Gracias a su función cognoscitiva, las metáforas "simplifican el discurso, y al mismo tiempo lo hacen especialmente expresivo. Condensan en una palabra un discurso que de otra forma sería largo y complicado", así GALGANO, Francesco. *Le metafore nel diritto*. En: *Contrato e impresa*. No. 1, 2010; p. 295.

(17) MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Óp. cit.*; p. 380. Prefiere hablar de lenguaje imaginético para referirse a ello.

(18) Cfr. ZEPOS, Panagiotis. *Zu einer "gestalttheoretischen" Auffassung des Schuldverhältnisses*. En: *Archiv für die civilistische Praxis*. Volumen CLV, 1956; pp. 486 y siguientes. Quien además de sintetizar las teorías de Siber (*Organismus*), Larenz (*Gefüge*) y Herholz (*konstante Rahmenbeziehung*), critica las concepciones de la obligación como un organismo y como una estructura en función al empirismo de la primera y a la abstracción e idealismo de la segunda (recordemos que Larenz basa su pensamiento en la filosofía hegeliana, a la cual Zepos también hace referencia): "*So erscheint die Organismustheorie als allzu empirisch und die Gefügetheorie umgekehrt als allzu idealistisch*"; p. 488.

(19) Cfr. MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Óp. cit.*; p. 287: "aquellos vínculos constituyen una estructura, un marco, un sistema (al cual también se denominó, para señalar su funcionalidad, *proceso*), una unidad que en la originaria denominación de la doctrina alemana se designa como relación contractual o relación obligatoria en sentido amplio".

(20) Cfr. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Traducción de Jaime Santos Briz. Tomo I. Madrid, 1958; pp. 38 y 39. MENGONI, Luigi. *Óp. cit.*; pp. 284 y 285. MOTA PINTO, Carlos. *Óp. cit.*; p. 301: "La relación contractual es un fenómeno que se distingue de los diferentes vínculos singulares o de su conjunto, considerado como mera contigüidad o suma. Su autonomía se traduce en constituir una formación o un marco -con una estructura diferente a la del crédito o a la del débito- que consiste precisamente en un sistema, uno y cohesionado, de elementos singulares reunidos en una conexión interna resultante de su carácter instrumental en relación al fin del contrato".

(21) Al respecto, el concepto que da Siber es fundamental para comprender la extensión con la cual se comprende a la obligación bajo esta perspectiva: "una relación jurídica de la cual pueden surgir créditos para una o ambas partes, pero de la cual también pueden surgir otros derechos, como derechos potestativos de resolución, denuncia, etc., por tanto, la fuente de uno o más créditos y otros derechos, un organismo dirigido a la creación de derechos singulares". SIBER, Heinrich. *Recht*



César E. Moreno More

se revelaba insuficiente⁽²²⁾. Es bajo este esquema que, mediante un método analítico, se van a identificar los diversos deberes comprendidos por la relación obligatoria: principales y accesorios, típicos y atípicos, deberes accesorios negociados y complementarios, dependientes e independientes, de ejecución y preparación, de cooperación, de aviso y de lealtad⁽²³⁾. Pero más importante aún es la diferencia que se plantea en función al objetivo que tienen los distintos comportamientos comprendidos por la relación obligatoria: aquellas obligaciones que derivan del contrato y que tienen un objetivo positivo -ellas tienen por función realizar el interés a la prestación (*Leistungsinteresses*)- se denominarán deberes de prestación (*Erfüllungspflichten*); en cambio, aquellas obligaciones que derivan de la buena fe (*Treu und Glauben*) y que tienen un objetivo negativo -tienen por función preservar la integridad y patrimonio de las partes de una relación obligatoria, vale decir, realizar el interés de protección (*Schutzinteresse*)- se denominarán deberes de protección (*Schutzpflichten*)⁽²⁴⁾. Estos deberes de protección pueden ser de aviso (*Anzeigepflichten*) o de conservación (*Erhaltungspflichten*)⁽²⁵⁾.

A razón de este desarrollo, hoy en día no se puede hablar de complejidad de la relación obligatoria si no se hace referencia con ello, además de a las diversas situaciones jurídicas comprendidas

en ella, a los diversos deberes distinguidos en función al interés que buscan satisfacer⁽²⁶⁾.

3. Condiciones sistémicas del régimen de responsabilidad civil alemán

No obstante el derrotero conceptual esbozado en el párrafo anterior, la elaboración de los deberes de protección no fue el producto de una labor meramente teórica, sin base en una realidad concreta; muy por el contrario, tanto su surgimiento como su éxito respondieron a las condiciones sistémicas del ordenamiento alemán: mientras que el primero está relacionado con la presunta insuficiencia del régimen de responsabilidad contractual, el segundo lo está con la deficiencia de su régimen de responsabilidad aquiliana.

El régimen general de responsabilidad contractual alemán (hasta antes de la reforma), no conocía una figura general de incumplimiento⁽²⁷⁾. En esencia⁽²⁸⁾, el sistema

der Schuldverhältnisse. En: *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Berlín, 1914; pp. 3 y 4. Citado por MOTA PINTO, Carlos. *Óp. cit.*; p. 328. Conforme en lo esencial: ALMEIDA COSTA, Mario. *Direito das obrigações*. Coímbra, 2013; pp. 76 y 77. ANTUNES VARELA, Joao. *Das obrigações em geral*. Voumen I. Coímbra, 2013; p. 122.

(22) "No hay dudas de que la consideración del vínculo singular es insuficiente para encuadrar la eficacia del contrato. Como ocurre siempre que un marco formal y abstracto es indicado sobre el mundo, el concepto de obligación singular deja pasar la realidad de la misma forma que las mallas de una red dejan pasar las aguas de un río", así MOTA PINTO, Carlos. *Óp. cit.*; p. 319.

(23) STOLL, Heinrich. *Óp. cit.*; p. 288.

(24) *Ídem.*; pp. 288 y 289.

(25) *Ídem.*; p. 289. No obstante, la doctrina ha identificado y clasificado los distintos deberes comprendidos por el concepto genérico de deberes de protección, así por ejemplo Siebert (Citado por MOTA PINTO, Carlos. *Óp. cit.*; p. 242), los clasifica en: i) deberes de cuidado, previdencia y seguridad; ii) deberes de aviso y declaración; iii) deberes de notificación; iv) deberes de cooperación; y v) deberes generales de protección y cuidado.

(26) No se debe olvidar la estrecha vinculación existente entre la concepción de la relación obligatoria como una complejidad y los deberes de protección, carácter remarcado por LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*. Padua, 2007; pp. 31 y 32.

(27) CONSTANTINESCO, Leóntin-Jean. *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé*. Bruselas, 1960; p. 51. "El incumplimiento [*inexécution*], en tanto noción general que comprende todas las formas de incumplimiento y todas las formas de violación de la obligación contractual, no constituye ni el punto de partida ni el elemento principal del sistema jurídico de la responsabilidad contractual [alemana]. Aquí radica la diferencia esencial en relación al derecho francés".

(28) En realidad, el sistema alemán se complementaba (siempre hasta antes de la reforma) por el régimen especial constituido por la regulación de los diferentes tipos contractuales, el cual resolvía la mayor parte de los casos. Cfr. al respecto MARKESINIS, Basil; Hannes UNBERATH y Angus JOHNSTON. *The German law of contract. A comparative treatise*. Oxford, 2006; p. 379.

Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano
Critical appraisals about the foundation of duties of protection in the Peruvian legal system

alemán de la responsabilidad contractual estaba basado en dos figuras específicas de incumplimiento⁽²⁹⁾: la imposibilidad sobrevenida de la prestación (*Unmöglichkeit*)⁽³⁰⁾, regulada por el § 275; y la mora (*Verzug*), regulada por el § 284 hasta antes de la reforma⁽³¹⁾. Sin embargo, poco tiempo después de la entrada en vigencia del *BGB*, la doctrina se percató de un *vacío*⁽³²⁾ en la regulación de la responsabilidad por incumplimiento. Si bien -se observaba- el legislador alemán previo de manera clara y suficiente todos aquellos casos en los que una persona no ejecuta una prestación omitiendo aquello que debería hacer, este no prestó atención a las numerosas hipótesis en las que una persona viola una obligación mediante una conducta positiva, haciendo precisamente aquello que debería omitir o ejecutando la prestación debida de manera inexacta⁽³³⁾. Estas hipótesis, a razón del carácter positivo (hacer aquello que se debería haber omitido) de la conducta con que se incumple la obligación (o, si se quiere, se vulnera el derecho de crédito),

fueron denominadas *violaciones positivas del contrato* (*positiven Vertragverletzungen*)⁽³⁴⁾.

A pesar del acogimiento general por parte de la jurisprudencia alemana de este tercer tipo de *Leistungsstörungen*, las críticas no se hicieron esperar. En específico, se observó tanto la falta de claridad conceptual de la categoría, como su carácter engañoso, ya que comprendía hipótesis que no tenían nada en común: dado que ni el tipo del deber lesionado, ni la forma de lesión (acción positiva), ni los efectos de la lesión, otorgan a la categoría consistencia alguna, debemos decirle adiós (*Abschied*)⁽³⁵⁾. De allí que la teoría de los deberes de protección, a decir de su creador⁽³⁶⁾, constituya una construcción que responde de mejor manera a la problemática planteada por Staub⁽³⁷⁾.

- (29) Para una visión general ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Ciudad del Cabo, 1992; pp. 783 y siguientes.
- (30) Fue Mommsen quien estableció a la imposibilidad sobrevenida como la piedra angular de todo el régimen de responsabilidad contractual, planteamiento que habría caído en el olvido de no haber sido por el acogimiento que tuvo por parte del padre de la codificación alemana, Windscheid. Cfr. al respecto, ZIMMERMANN, Reinhard. *Óp. ult. Cit.*; p. 810.
- (31) Luego de la reforma, la institución pasó al § 286 y siguientes del *BGB*. Para más detalles acerca de la reforma de este instituto, véase KINDLER, Peter. *Gli effetti della Schuldrechtsreform sulla mora debitoris*. En: *Rivista di diritto civile*. No.6, 2003; pp. 691 y siguientes.
- (32) STAUB, Hermann. *Le violazioni positive del contratto*. Traducción de Giovanni Varanese. Nápoles, 2001, p. 39.
- (33) STAUB, Hermann. *Óp. cit.*; p. 39.
- (34) Sin embargo, debemos advertir dos cosas: primero, la doctrina ha observado que en realidad el *BGB* no contenía una laguna en su régimen de responsabilidad contractual, ya que estos casos perfectamente podrían haberse reconducido a la figura de la imposibilidad parcial de la obligación (cfr. ZIMMERMANN, Reinhard. *Óp. ult. cit.*; p. 812). Segundo, antes de la elaboración de la teoría de las violaciones positivas del contrato, la jurisprudencia alemana ya resolvía los casos planteados por Staub de manera similar (cfr. ZIMMERMANN, Reinhard. *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*. Traducción de Javier Rodríguez. Bogotá, 2010; p. 118). A pesar de ello, el mérito de esta fue el introducir el concepto de la violación de un deber como fuente de responsabilidad contractual (cfr. RODRÍGUEZ OLMOS, Javier. *Óp. cit.*; p. 310). Idea que más tarde, con la reforma del 2002, será positivizada en el § 280 a tenor del cual la responsabilidad contractual surge por la violación de un deber de la relación obligatoria. Respecto a esto último véase ZIMMERMANN, Reinhard. *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*. Oxford, 2006; pp. 51 y siguientes. RANIERI, Filippo. *Le nuove parti générale du droit des obligations*. En: *Revue internationale de droit compare*. No. 4, 2002; pp. 941 y siguientes. MARKESINIS, Basil; Hannes UNBERATH y Angus JOHNSTON. *Óp. cit.*; pp. 379 y siguientes.
- (35) STOLL, Heinrich. *Óp. cit.*; p. 314.
- (36) Si bien es pacífico atribuir como creador de la teoría de los deberes de protección a Heinrich Stoll, lo cierto es que esta ya se encontraba en la elaboración de Staub. En específico, cuando Staub hacía referencia a los casos de vicios de la cosa vendida, la tipología de los daños ideada por este comprendía tanto el daño vicio, representado por la lesión al interés a la prestación, como el daño consecuencia del vicio, constituido por la lesión del interés a la protección del adquirente. Al respecto, cfr. LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*, *Óp. cit.*; p. 33.
- (37) Tal como resalta Castronovo, con el "*Abschied*" Stoll no pretende de negar la existencia del problema evidenciado por Staub, sino más bien darle una solución más satisfactoria. Cfr. CASTRONOVO, Carlo. *Obblighi di protezione e tutela del terzo*. En: *Jus*. 1976; pp. 131.



César E. Moreno More

Tal como puede apreciarse, los deberes de protección surgen como respuesta concreta a un problema planteado por la (en apariencia) insuficiente regulación del régimen de responsabilidad contractual alemán; no obstante, no es este el que va a determinar el éxito de la teoría. Fueron, en cambio, las particularidades del régimen de responsabilidad aquiliana las que van a jugar un rol importante para este fin⁽³⁸⁾.

Básicamente son dos las características de la regulación de la responsabilidad aquiliana que van a determinar el éxito de la teoría de los deberes de protección. La primera de ellas es el acogimiento de la regla de la tipicidad del ilícito (*Enumerationsprinzip*) por parte del § 823 (I) *BGB*⁽³⁹⁾. En

virtud de esta regla se enumeran una serie de derechos (*Rechte*) o bienes jurídicos (*Rechtsgüter*) -la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad y otro derecho de otra persona (*sonstiges Recht*)⁽⁴⁰⁾- que asumen relevancia a efectos de la tutela brindada por las reglas de la responsabilidad aquiliana. Como lógica consecuencia, todos aquellos intereses que no se encuentren comprendidos en esta lista no podrán ser tutelados por ellas⁽⁴¹⁾. Esto, evidentemente, revela una de las mayores falencias del sistema alemán⁽⁴²⁾, falencias a las que la doctrina y jurisprudencia

- (38) Lo resalta LAMBO, Luigi. *Óp. cit.*; p. 33. Concordamos con esta postura porque, a decir verdad, las características del sistema de responsabilidad civil extracontractual que pasaremos a identificar, motivaron diversas soluciones de matriz contractual que tanto jurisprudencia como doctrina crearon para paliar las deficiencias de este sistema. De manera general se podría decir, entonces, que dichas características motivaron la contractualización de la responsabilidad civil, fenómeno que no sólo se manifiesta a través de la aplicación de la teoría en cuestión.
- (39) § 823 (I) *BGB*: "Quien dolosa o negligentemente lesiona antijurídicamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de otra persona, queda obligado frente a esta al resarcimiento del daño que de ello resulta".
- (40) El mismo que ha sido denominado por Medicus una mini cláusula general; la referencia es de MARKESINIS, Basil y Hannes UNBERATH. *The german law of torts. A comparative treatise*. Oxford, 2002; p. 69. En efecto, esta ha sido la puerta de ingreso para la *Rechtsforbildung* alemana de la responsabilidad civil extracontractual, es decir la evolución de esta mediante precedentes elaborados por la jurisprudencia alemana, al respecto véase JAYNE, *Precedente e "Rechtsforbildung" nel sistema tedesco dell'illecito civile. L'influenza del diritto comparato*. En: *Il foro italiano*. Volumen CXI, 1988; capítulos 366 y siguientes.
- (41) Debe adicionarse que como consecuencia del acogimiento de la tipicidad del ilícito, tampoco encontrarán tutela bajo las reglas de la responsabilidad civil extracontractual los daños meramente patrimoniales, factor que también jugará un papel importante para que las cortes decidan contractualizar este tipo de daños, al respecto véase GORDLEY, James. *The rule against recovery in negligence for pure economic loss: an historical accident?*. En: *Pure economic loss in Europe*. Cambridge: Bussani y Palmer, 2003; pp. 25 y siguientes. Y no se podría decir que estos quedan comprendidos bajo la figura de los deberes del tráfico, ya que estas no integran figuras de ilícito autónomas, tutelando únicamente este tipo de daños cuando el sistema de la responsabilidad civil así lo disponga. Afirmar lo contrario, sería pasar por alto el hecho de la incompatibilidad de esta idea con la exclusión por parte del *BGB* de una cláusula general de responsabilidad y una tutela del patrimonio generalizada, así CANARIS, Claus-Wilhelm. *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*. Traducción de M. R. Marella. En: *Rivista critica del diritto privato*. No 4, 1983; p. 800.
- (42) No está demás decir que han sido los propios alemanes quienes han reconocido las insuficiencias propias de esta regulación, así por ejemplo MEDICUS, Dieter. *Culpa in contrahendo*. Traducción de M. R. Marella. En: *Rivista critica del diritto privato*. No. 3, 1984; p. 575. En específico, serían dos las insuficiencias relativas al § 823 (I): primero, la presencia de una cláusula general que prevé únicamente la responsabilidad por culpa; segundo, la tipicidad de los bienes jurídicos tutelados. La primera de ellas ha tratado de ser contrarrestada mediante la creación de los "deberes del tráfico" (*Verkehrspflichten*), categoría que ha logrado trasladar "el centro de gravedad de la tutela del plano del daño a las cosas o a la persona, al plano de la conducta que se define antijurídica, porque es realizada en violación de un deber específico de comportamiento en la situación dada" (DI MAJO, Adolfo. *Una dottrina unitaria della obbligazione civile (a propósito del secondo libro del BGB)*. En: *Europa e diritto privato*. No. 1, 1998; p. 240); la segunda, con la creación de derechos no previstos en el *BGB*, como el derecho general de la personalidad, creado a partir de la interpretación del *sonstiges Recht*. Sobre el derecho general de la personalidad, véase OPOKU, Kwame. *Delictual liability in german law*. En: *International and Comparative Law Quarterly*. Volumen XXI, 1972; pp. 259 y siguientes. DI MAJO, Adolfo. *Profili dei diritti della personalità*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 1962; pp. 69 y siguientes.

Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano

Critical appraisals about the foundation of duties of protection in the Peruvian legal system

alemanas hicieron frente con la remisión al campo contractual de aquellos daños que afectaban intereses ajenos a los enumerados por el § 823.

La segunda de las características señaladas está referida al régimen liberatorio de la responsabilidad extracontractual por hechos del dependiente, régimen que reporta mayores beneficios para el *principal* (dañador), respecto al régimen dispuesto para la responsabilidad contractual por los hechos del dependiente: conforme al tenor del § 831 del *BGB*, si el principal actuó con la diligencia exigida por el tráfico en la elección o vigilancia del dependiente, se exime de responsabilidad. Lo mismo no está previsto en materia contractual, pues el § 278 no establece un régimen liberatorio basado en la *culpa in eligendo* o *in vigilando*, disponiendo en cambio que el principal responde por sus dependientes en la misma extensión que la propia culpa⁽⁴³⁾.

Esta es la razón del por qué el ordenamiento alemán, a causa de la debilidad de su sistema de responsabilidad aquiliana (caracterizado por su tipicidad y su régimen liberatorio en materia de responsabilidad vicaria, aunada, hasta antes de la reforma del 2002, a un plazo prescriptorio demasiado corto en comparación con el plazo prescriptorio de la responsabilidad contractual) tuvo que recurrir necesariamente a la responsabilidad contractual para cubrir las falencias que su regulación generaba⁽⁴⁴⁾, resultando vencedora, de entre las diversas posturas que fundamentaban esta solución, la teoría de los deberes de protección.

Finalmente, con la *Schuldrechtsmodernisierung* la victoria se hizo incuestionable: los deberes de protección pasaron a estar

previstos en el § 241 (2) del *BGB*⁽⁴⁵⁾. Con esta disposición, el deudor deja de encontrarse vinculado únicamente a satisfacer el interés a la prestación y pasa a estar obligado a satisfacer, adicionalmente, el interés a la protección de la contraparte. A pesar de ello, el cambio más relevante -según nuestra opinión- es que ahora la fuente de los deberes de protección no es más la buena fe. Debe resaltarse, además, que no es cierto que tras la positivización de esta figura, la misma ya no deba ser entendida como una mera solución a las deficiencias e insuficiencias del sistema alemán de la responsabilidad civil⁽⁴⁶⁾, pues la reforma no hizo más que positivizar una solución que ya se encontraba en el propio sistema, de modo que la función de los deberes de protección no debería haber cambiado.

4. Tutela de la persona y contrato: el ordenamiento francés

Pasemos rápidamente a analizar un sistema en donde también se le ha brindado tutela contractual a los intereses lesionados con ocasión de la ejecución de un contrato, análisis que nos permitirá demostrar el por qué este tipo de solución, análoga a la desarrollada en Alemania⁽⁴⁷⁾, se explica por las razones sistémicas (aunque coyunturales) del ordenamiento francés.

(43) Para mayores detalles, así como algunas explicaciones del por qué en el sistema alemán se eligió una regla tan distinta a los demás ordenamientos occidentales, véase MARKESINIS, Basil y Hannes UNBERATH. *Óp. cit.*; pp. 693 y siguientes.

(44) DI MAJO, Adolfo. *La protezione del terzo tra contratto e torto*. En: *Europa e diritto privato*. No. 1, 2000; p. 6.

(45) Tal como fue modificado por la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* del 26 de noviembre de 2001: § 241 (2).- La relación obligatoria, de acuerdo con su contenido, puede obligar a cada parte a respetar los derechos, bienes jurídicos e intereses de las partes.

(46) Así LAMBO, Luigi. *Óp. cit.*; p. 64.

(47) Vale la pena resaltar que no es correcto identificar los *deberes de protección* con las *obligaciones de seguridad*, ya que si bien "las *obligations de sécurité*", a las que a menudo hacen referencia doctrina y jurisprudencia francesas, se las suele reportar sobre el mismo plano de las *Schutzpflichten* creadas, como se ha recordado, por la doctrina alemana en base al § 242 *BGB*, no obstante, en realidad, ellas no tienen nada en común. En efecto, se trata de obligaciones que no tienen una causa y contenido genérico como las últimas, las cuales deberían fundarse en el simple *contacto social* representado por la sola existencia de la relación obligatoria (...); por el contrario, presuponen la confianza de la persona o de una cosa del acreedor al deudor, quien, además de la particular prestación que representa el objeto principal de la relación, debe restituir



César E. Moreno More

De manera similar al ordenamiento alemán, hacia finales del siglo XIX y comienzos del siglo pasado, la doctrina y jurisprudencia francesa comenzó a postular la contractualización de determinadas hipótesis en donde a causa de la ejecución de un contrato se dañaba a una de las partes. La hipótesis más relevante de fines de siglo XIX fue la de los daños en las relaciones laborales⁽⁴⁸⁾, a las que posteriormente la legislación francesa, echando mano a la teoría del riesgo de Saleilles⁽⁴⁹⁾, reconduciría a la responsabilidad extracontractual.

Entrados en el siglo XX, la contractualización de estos daños se realizará de la mano de la creación jurisprudencial⁽⁵⁰⁾ de las obligaciones de seguridad, las cuales serán reconocidas ampliamente en los contratos de transporte de personas⁽⁵¹⁾, de trabajo, de enseñanza, de hospedaje, en el servicio de juegos mecánicos, e incluso se reconocerán obligaciones de seguridad respecto a los bienes del acreedor⁽⁵²⁾.

Es válido preguntarse si al igual que en el ordenamiento alemán, existieron determinadas condiciones sistémicas dentro

de la legislación francesa que contribuyeron a la aparición y éxito de las obligaciones de seguridad. En principio, de manera diametralmente opuesta al caso alemán, el *Code Napoléon* en materia de responsabilidad contractual acoge un concepto general de incumplimiento⁽⁵³⁾; mientras que en materia aquiliana no acoge la regla de la tipicidad del ilícito, estableciendo, por el contrario, una regla general (artículo 1382) en virtud de la cual todo interés que sea vulnerado por una conducta culpable debe ser resarcido. Por lo tanto, de un análisis superficial, se debería concluir que las obligaciones de seguridad no son necesarias en el ordenamiento francés. A pesar de ello, existe una particularidad en este ordenamiento que lo distingue de su par alemán; particularidad en la que radica la razón de ser de las obligaciones de seguridad: la regla del *non-cumu*⁽⁵⁴⁾.

indemne, la una o la otra, al término de la misma (...). Por otra parte, también se requiere que haya una clara conexión entre la seguridad de la persona o de la cosa del acreedor y la ejecución de la obligación principal para que se pueda considerar subsistente una obligación similar”, así NATOLI, Ugo. *L’attuazione del rapporto obbligatorio*. Tomo I. Milán, 1974; p. 15.

- (48) SAUZET, Marc. *De la responsabilité des patrons vis-a-vis des ouvriers dans les accidents industriels*. En: *Revue critique de législation et de jurisprudence*. 1883; pp. 596 y siguientes. Quien encontraba en el contrato de trabajo el fundamento mismo de la responsabilidad contractual del empleador, en tanto que su obligación implica la de tomar todas las medidas apropiadas para salvaguardar la salud y la vida de los trabajadores (p. 615).
- (49) Nota a sentencia. En: *Recueil Dalloz*, 1897; pp. 433 y siguientes. Quien reconducirá su teoría del riesgo a la responsabilidad por el hecho de las cosas contemplado en el artículo 1384 *Code Napoléon*.
- (50) A las que BRUN, André. *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*. París, 1931; p. 369. Denomina obligaciones pretorianas, haciendo alusión precisamente a su origen jurisprudencial.
- (51) Fue la sentencia de casación francesa de fecha 21 de noviembre de 1911. En: *Recueil Dalloz*, 1913; p. 253. La primera en reconocer naturaleza contractual a los daños causados al acreedor con ocasión de la ejecución de un contrato (“el cumplimiento del contrato de transporte implica, efectivamente, para el transportista la obligación de llevar al pasajero sano y salvo a su destino”) apartándose así del precedente establecido por la Casación de fecha 10 de noviembre de 1884, el cual consideraba que el transportista, en aplicación del artículo 1784 del Código Civil Francés, sólo respondía contractualmente por los daños a las cosas del pasajero y que, como consecuencia, la víctima tenía que probar la culpa delictual del transportista. Para una exposición del surgimiento y desarrollo de la figura, véase por todos: FEOLA, María. *Le obbligazioni di sécurité*. Turín, 2012; pp. 35 y siguientes.
- (52) Cfr. MAZEAUD, Henri. *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*. En: *Revue trimestrielle de droit civil*. 1929; pp. 610 y siguientes. FROSSARD, J. *La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*. París, 1965; pp. 7 y siguientes.; 118 y siguientes.; 137 y siguientes.; 152 y siguientes. LALOU, Henri. *Contrats comportant pour l’une des parties l’obligation de rendre le contractant “sain et sauf”*. En: *Recueil Dalloz, Chronique*. 1931; pp. 37 y siguientes.
- (53) CONSTANTINESCO, Leóntin-Jean. *Op. cit.*; p. 32. “El código civil se ocupa escasamente del incumplimiento propiamente dicho. Él emplea este término para designar una noción general, pero sin llegar a definirla, ni precisar su naturaleza, sus variedades o las formas que puede revestir”.
- (54) Respecto a la diferencia entre concurrencia y acumulación de responsabilidades, véase de último FRENDA, Daniela. *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana*. Padua, 2013; p. 19.

Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano

Critical appraisals about the foundation of duties of protection in the Peruvian legal system

Fue a partir de la década de 1930, que la jurisprudencia francesa empezó a elaborar la regla del *non-cumul*⁽⁵⁵⁾, la cual a su vez encuentra explicación en la responsabilidad por el hecho de las cosas⁽⁵⁶⁾. En virtud de esta regla, el damnificado no tiene la opción de elegir accionar contractual o extracontractualmente para el resarcimiento del daño, sino por el contrario, al ser la acción contractual la acción especial, se preferirá esta última en virtud del principio de especialidad⁽⁵⁷⁾. Sin embargo, luego del *arrêt Jand'heur* y de la Ley Francesa de 1985 que regula los accidentes en la circulación de vehículos, se ha postulado la inutilidad del régimen general de la responsabilidad por el hecho de las cosas⁽⁵⁸⁾, con lo cual se pondría fin no sólo a la regla del *non-cumul*⁽⁵⁹⁾ sino también a la inflación artificial del contenido contractual⁽⁶⁰⁾.

El hecho de que en el mismo ordenamiento francés no sólo se rechaza la categoría de las obligaciones de seguridad sino también la de todo intento por contractualizar la responsabilidad

civil⁽⁶¹⁾, debería llamar la atención de aquellos que postulan la contractualización de la responsabilidad civil en sede nacional. A ello debería sumársele el hecho de que en el sistema peruano no se encuentra consagrada la regla del *non-cumul*.

5. Los deberes de protección en el sistema jurídico peruano

De lo dicho en los dos párrafos precedentes, sería lógico concluir que un sistema que no acoge la regla de la tipicidad del ilícito y que, por el contrario, prevé una regla general de responsabilidad aquiliana (lo que implica que cualquier daño, incluso el daño meramente patrimonial, sea resarcido), que no acoge una

-
- (55) VINEY, Geneviève. *Introducción a la responsabilidad civil*. Traducción de Fernando Montoya. Bogotá, 2007; pp. 471 y siguientes. WEILL, Alex y Francois TERRÉ. *Droit civil. Les obligations*. París, 1986; pp. 782-785.
- (56) BORGHETTI, Jean-Sébastien. *Incumplimiento y responsabilidad frente a terceros en el derecho francés ¿Cómo salir del punto muerto?*. Traducción de César Moreno. En: IUS ET VERITAS. No. 44, 2012; p. 94.
- (57) CASTRONOVO, Carlo. *La relación como categoría esencial de la obligación y de la responsabilidad contractual*. Traducción de César Moreno. En: *Revista de derecho privado*. No. 23, 2012; p. 37. VINEY, Geneviève. *Pour une interprétation modérée et raisonnée du refus d'option entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (article 1458, deuxième alinéa du Code civil du Québec)*. En: *McGill law journal*. Volumen XXXIX, 1994; pp. 813 y siguientes. Para una crítica a la concepción común que identifica en la responsabilidad civil extracontractual un carácter de generalidad respecto a la especialidad de la contractual, PONZANELLI, Giulio. *Il concorso di responsabilità. Le esperienze italiana e francese a confronto*. En: *Responsabilità civile e previdenza*. No. 1, 1984; pp. 36 y siguientes.
- (58) BORGHETTI, Jean-Sébastien. *La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps*. En: *Revue trimestrielle de droit civil*. No. 1, 2010; pp. 1 y siguientes.
- (59) Sin embargo, otro sector doctrinal postula que precisamente la regla del *non-cumul* es la que daría sentido a la distinción de la responsabilidad contractual y extracontractual, un argumento que se enmarca dentro de otro más amplio que postula no sólo la muerte de la culpa contractual sino la revaloración del remedio contractual como destinado a hacer obtener al acreedor aquello para lo cual contrató, aunque a título de una prestación por equivalente, así LETURMY, Laurence. *La responsabilité délictuelle du contractant*. En: *Revue trimestrielle de droit civil*. No. 4, 1998; pp. 839 y siguientes.
- (60) REMY, Philippe. *La "responsabilité contractuelle": histoire d'un faux concept*. En: *Revue trimestrielle de droit civil*. No. 2, 1997; p. 342. Debe observarse que ya JOSSERAND, Louis. *L'essor moderne du concept contractuel*. En: *Recueil d'études sur les sources de droit en l'honneur de François Gény*. Tomo II. París, 1934; p. 345. Se mostraba contrario a la teoría de las obligaciones de seguridad.
- (61) Como las teorías de la transferencia de la acción contractual y la cadena de contratos, al respecto véase IZORCHE, M.L. *Les effets des conventions à l'égard des tiers: l'expérience française*. En: *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*. Turín: Vacca, 2001; pp. 71 y siguientes. FEOLA, Maria. *Op. cit.*; pp. 130 y siguientes. BACACHE-GIBELLI, Mireille. *La relativité des conventions et les groupes de contrats*. París, 1996; *passim*. MOSCATI, Enrico. *I rimedi contrattuali a favore di terzi*. En: *Rivista di diritto civile*. No. 4, 2003; pp. 374 y 375. KLESTADOSI, Laurence. *Responsabilità sanitaria e prassi transfusionale: l'esperienza francese (L'affaire du sang contaminé)*. En: *La nuova giurisprudenza civile commentata*. No. 1, 2009; pp. 57 y siguientes.



César E. Moreno More

regla subjetiva de responsabilidad extracontractual vicaria, que no establece únicamente dos formas de violación del derecho de crédito (imposibilidad imputable y mora), que no acoge las violaciones positivas del contrato⁽⁶²⁾ y que, por último, no acoge la regla del *non-cumul*, no tenga por qué verse en la necesidad de recurrir a la figura de los deberes de protección -o a la de las obligaciones de seguridad- para cubrir deficiencias o particularidades que, desde un principio, no existen⁽⁶³⁾.

No obstante lo anteriormente dicho, la doctrina nacional ha mostrado simpatía por esta figura: reconociendo que la relación obligatoria, en la actualidad, es concebida como una complejidad, ha afirmado la presencia de los deberes de protección en el ordenamiento peruano. Para sustentar su postura, esta ha tratado de identificar un fundamento normativo preciso: La Diligencia (artículo 1314), La Ley y La Buena Fe (1362), han sido los fundamentos elegidos. Pasemos entonces, en ese orden, a analizar las posturas en cuestión.

5.1. Posturas doctrinales a favor del acogimiento de la figura: a) La diligencia

La primera postura sobre la cual nos detendremos es desarrollada en un estudio que no toca como tema central la materia de los deberes de protección, pero se topa con ella en el desarrollo de un tema estrechamente vinculado: el fundamento y el límite de la responsabilidad contractual⁽⁶⁴⁾.

Efectivamente, es al construir su teoría sobre la responsabilidad contractual que el autor citado reconduce el ámbito de aplicación de la diligencia, y la disocia totalmente del juicio de la responsabilidad contractual⁽⁶⁵⁾.

Para esta postura la diligencia no puede identificarse (como es entendida tradicionalmente) como medida del cumplimiento del deudor; por el contrario, deberá concebirse como una regla de control de los impedimentos sobrevenidos⁽⁶⁶⁾. De esta forma, la diligencia pasaría a ser un deber accesorio que, dentro de la situación subjetiva compleja de deber⁽⁶⁷⁾, da vida al deber de protección.

Este deber de protección, que encuentra fundamento en la diligencia, es de dos tipos: en primer lugar, están aquellos que coadyuvan al deber central de prestación y que tienen por objetivo evitar que se produzcan vicisitudes en el cumplimiento de la obligación; y, en segundo lugar, aquellos que tienen por objetivo satisfacer el interés de protección, los mismos que, por tanto, tutelan la persona y los bienes de la contraparte⁽⁶⁸⁾.

(62) Cabe resaltar que LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al código civil peruano. Obligaciones*. Tomo II. *Modalidades y efectos*. Buenos Aires, 1956; p. 599. Creía que bajo el código civil de 1936, el sistema jurídico peruano acogía esta institución.

(63) Concordamos en este punto con RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milán, 1969; p. 159. Conclusiones a las que ya habíamos llegado en nuestra nota: *Tengo fe en que si me tocas me pagas... pero no a título contractual. Precisiones en torno al pretendido papel de la buena fe como fuente integradora de la relación obligatoria*, publicada en *IUS360*° [<http://www.ius360.com/>].

(64) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias*. En: *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Prof. Lizardo Taboada Córdova*; pp. 583 y siguientes.

(65) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Óp. cit.*; p. 616. "El fundamento de la responsabilidad contractual es objetivo: se responde porque se debe".

(66) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Óp. cit.*; pp. 604 y 605. En Italia acogen esta postura principalmente: MAJELLO, Ugo. *Custodia e deposito*. Nápoles, 1958; p. 27. DI MAJO, Adolfo. *La responsabilità contrattuale*. Turín, 2002; p. 53. MENGONI, Luigi. voz *Responsabilità contrattuale (Diritto vigente)*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XXXIX. Milán, 1988; p. 1091.

(67) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Óp. cit.*; p. 605.

(68) *Ibidem*. En este punto, es idéntica la posición de MAJELLO, Ugo. *Óp. cit.*; pp. 27 y 28. Quien diferencia la diligencia en la fase previa al cumplimiento (*preadempimento*): "La diligencia, entendida de esta forma, vale decir, como actividad dirigida a evitar la imposibilidad, se caracteriza por tener un objetivo: conservar el estado de posibilidad de la prestación"; de la diligencia en el cumplimiento (p. 138), en donde "el deber de diligencia, indicado por el artículo 1176 del Código Civil Italiano, es un deber genérico de protección para aquellos casos en los que el deudor, en el cumplimiento de la obligación, haya causado con su propio comportamiento daños a los bienes o a la persona del acreedor, independientemente del hecho de que la prestación a ejecutarse haya o no sufrido perjuicios".

Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano

Critical appraisals about the foundation of duties of protection in the Peruvian legal system

Así, la diligencia asumiría dos funciones: la primera, servir de patrón de medición del deber accesorio de colaboración encarnado en los deberes de protección⁽⁶⁹⁾; la segunda, servir de fuente o fundamento de los mismos⁽⁷⁰⁾.

Cabe observar que a esta postura se le ha dirigido una crítica en torno a la coherencia misma de sus postulados. Así, se ha dicho que al designar a la diligencia como deber accesorio de protección y a la vez como patrón de medida de los deberes de protección, se caería en una *contradictio in adiecto*, ya que aquello que mide no puede ser al mismo tiempo lo medido⁽⁷¹⁾. Sin embargo, con dicha crítica meramente formal⁽⁷²⁾ no se logra negar que el fundamento de los deberes de protección sea el deber accesorio de diligencia, ni se llega a evidenciar los problemas sistemáticos que conllevaría aceptar dicha teoría.

Por nuestra parte, podemos dirigir dos observaciones a la postura bajo análisis. En primer lugar, al aceptar que el deber de diligencia, entendido como deber de protección de la esfera jurídica ajena, está comprendido únicamente en la situación compleja de deber, se desconoce un carácter esencial que la doctrina reconoce a los deberes de protección: su reciprocidad⁽⁷³⁾. Dicho desconocimiento no deja de tener implicancias en su aplicación, pues si de un lado los daños que el deudor causa al acreedor se calificarían como contractuales, los daños que este último cause al primero deberían ser resarcidos mediante las reglas de la responsabilidad extracontractual, con lo cual, por lo tanto, se le quitaría funcionalidad a la teoría⁽⁷⁴⁾.

En segundo lugar, para demostrar que efectivamente el artículo 1314 (cláusula general de diligencia) es el patrón de medida del deber de protección, se debería reconocer como fuente de este último un dispositivo distinto, ya que el patrón de medida se aplica una vez que la obligación se haya completamente configurada y deducida en obligación⁽⁷⁵⁾. De allí que el error de esta teoría sea el asignar dos funciones contradictorias al artículo 1314, es decir, patrón de medida del deber de protección y fuente del mismo.

Por último, y asumiendo que las observaciones realizadas sean erróneas, para demostrar la plausibilidad de esta teoría se debería comprobar fehacientemente que la diligencia, tal cual está configurada en nuestro ordenamiento, se encuentra efectivamente desligada por completo del juicio de responsabilidad contractual. Para ello se debería pasar por alto dispositivos como el artículo 1321, que establece la responsabilidad del deudor si no ejecuta sus obligaciones con dolo, culpa grave o culpa leve; o el propio 1314, que establece a la diligencia como patrón determinante para establecer el cumplimiento/incumplimiento de la obligación⁽⁷⁶⁾.

(69) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Óp. cit.*; p. 609.

(70) *Ídem.*; p. 614.

(71) Es la crítica de ZAMUDIO ESPINAL, Carlos. *Responsabilidad por incumplimiento de deberes de protección. A propósito de un caso de transfusión sanguínea*. En: *Revista jurídica del Perú*. No. 77, 2007; p. 202.

(72) Pues, si hemos comprendido bien la postura del autor, este utiliza el concepto de diligencia refiriéndose a entidades conceptuales distintas: por un lado, al patrón de medida de los deberes de protección; y por el otro, al deber de protección mismo. Lo cual no quiere decir que la diligencia sea al mismo tiempo lo que mide y lo medido, sino que simplemente se utiliza de manera distinta el concepto de diligencia.

(73) Reciprocidad que se deriva, en la teoría que se remonta a STOLL, Heinrich. *Óp. cit.*; p. 288. De la identificación de la buena fe como fuente de los deberes de protección: "*Treu und Glauben ist der beherrschende Grundsatz, der für das Verhalten beider Parteien, des Schuldners wie des Gläubigers massgebend ist*".

(74) En honor a la verdad, esta es la crítica que en su momento le hiciera BENATTI, Fabio. *Ossevizioni in tema di "doveri di protezione"*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960; p. 1351. A la postura de Majello que, en este punto en específico, se identifica a la teoría de Fernández Cruz.

(75) "La diligencia es un criterio de responsabilidad en relación a una prestación ya determinada en su conjunto; presupone, por tanto, un contenido íntegramente establecido", así RODOTÀ, Stefano. *Óp. cit.*; p. 160.

(76) Ciertamente el tenor del artículo 1314 hace pensar algo totalmente distinto. Sin embargo, si se lo reconduce a sistema, no se puede afirmar que quien actúa con la diligencia ordinaria se libera de responsabilidad. Lamentablemente, este no es el



César E. Moreno More

Por tanto, podemos decir que la diligencia, en el sistema peruano y según el dato positivo, representa el criterio de evaluación del comportamiento del deudor⁽⁷⁷⁾ a fin de determinar no sólo el cumplimiento/incumplimiento de la obligación, sino también la responsabilidad del deudor⁽⁷⁸⁾. Lo cual, por otra parte, no implica negar que la diligencia comprende a su vez una regla de control de los impedimentos sobrevenidos, más aún en un ordenamiento como el nuestro que no basa su sistema de responsabilidad contractual en la imposibilidad sobrevenida imputable, sino en la figura general de incumplimiento⁽⁷⁹⁾.

5.2. b) La ley

Si bien es discutible que el acuerdo contractual sea fuente de deberes de protección, ya que cuando las partes establecen determinados deberes que tienen por objetivo la protección de las mismas, estos asumen la categoría de verdaderos deberes de prestación (en tanto exigibles como cualquier otra obligación)⁽⁸⁰⁾; no ocurre lo mismo con la ley. De hecho, es incuestionable considerar a la ley como fuente de obligaciones⁽⁸¹⁾. De allí que la segunda de las posturas analizadas reconduzca el fundamento de los deberes de protección a la ley.

Pero, al acoger esta postura se debería negar, a su vez, que los deberes de protección tengan una aplicación general o, en otras palabras, que la obligación sea siempre una relación compleja, ya que habrá casos en los que la relación obligatoria acoja, además del deber de prestación, deberes de protección

(condicionando dicho acogimiento a su imposición mediante ley), y otros en los que simplemente se agote en el primero. Por ello, coherentemente con esta premisa, se niega a la buena fe (artículo 1362 Código Civil) el papel de fuente de estos deberes⁽⁸²⁾.

Por consiguiente, será necesario identificar todas aquellas hipótesis en las que la ley impone este tipo de deberes. Es así que León Hilario identifica en el artículo 36 de la Ley General de Salud (Ley N° 26842) la fuente de los deberes de protección presentes en la relación obligatoria que se establece entre médico y paciente. En esencia, este dispositivo establece que los profesionales médicos son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades.

Sin embargo, creemos que este dispositivo no constituye una fuente de deberes, sino más bien una regla de responsabilidad, que como tal presupone el establecimiento previo de aquellos deberes cuyo incumplimiento (asumiendo que con el mismo se ocasionen daños al paciente) dará vida a la responsabilidad del profesional⁽⁸³⁾. Esto quiere decir que, dado

lugar apropiado para tocar el problema fundamental de la responsabilidad contractual en el sistema peruano: la coordinación entre las normas que se pueden derivar de los dispositivos establecidos en el artículo 1314, por un lado, y los artículos 1315 y 1316, por el otro.

(77) CANNATA, Carlo. *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 1981; p. 1012.

(78) Resalta la necesaria implicancia de estos dos aspectos NATOLI, Ugo. *L'attuazione del rapporto obbligatorio*. Tomo II. *Óp. cit.*; p. 53.

(79) NATOLI, Ugo. *Óp. ult. cit.*; pp. 46 y 47. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*. En: *Trattato di diritto privato*. Milán: Ludica y Zatti, 1991; p. 469.

(80) CARNEIRO DA FRADA, Manuel. *Contrato e deveres de proteção*. Coímbra, 1994; p. 57. *Idem*. *Os deveres (ditos) "acessórios" e o arrendamento*. *Cit.*; p. 273.

(81) El artículo 1219 del Código Civil de 1852 disponía: "Las obligaciones provienen o de la ley o de un hecho del hombre"; disposición que no se acogió en los códigos sucesivos. A pesar de ello, la regla es inmanente al ordenamiento, lo cual puede ser revelado por un proceso de interpretación.

(82) LEÓN HILARIO, Leysser. *La responsabilidad civil "autónoma" de los establecimientos de salud (Y de los equívocos de ayer y hoy en el enfoque de la obligación resarcitoria solidaria)*. *Cit.*; p. 227.

(83) Responsabilidad que se afirmará con el juicio de responsabilidad, el cual es, al mismo tiempo, condición de la relevancia jurídica del evento dañoso y presupuesto para su vinculación con un sujeto determinado responsable, cfr. RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milán, 1964; p. 77.

Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano

Critical appraisals about the foundation of duties of protection in the Peruvian legal system

que estamos dentro del ámbito de un contrato de prestación de servicios médicos⁽⁸⁴⁾, debe ser el contrato o la ley aquello que establezca dichos deberes cuyo incumplimiento (y su relativa responsabilidad) se encarga de regular el artículo 36 de la citada ley.

Asimismo, es cuestionable que dentro de las relaciones sanitarias existan verdaderos deberes de protección (sean estos de información⁽⁸⁵⁾ o conservación): en aquellos casos en donde la prestación médica recaiga sobre la persona del paciente, el presunto interés a la protección se ensimisma en el interés del paciente al exacto cumplimiento de la prestación médica⁽⁸⁶⁾, restando cualquier autonomía al primero.

5.3. c) La buena fe

La construcción de la teoría de los deberes de protección sólo fue posible gracias al cambio de perspectiva en la concepción de la buena fe como fuente de los mismos⁽⁸⁷⁾. De allí que no cause sorpresa que la tercera postura invoque el artículo 1362

del Código Civil como su fuente. Sin embargo, es de vital trascendencia comprender que el significado y función que la buena fe asume en el ordenamiento alemán⁽⁸⁸⁾ se explica y justifica por un proceso de desarrollo dogmático-argumentativo propio⁽⁸⁹⁾, condicionado a su vez por las características sistémicas propias de dicho ordenamiento⁽⁹⁰⁾.

Por tanto, contrario al parecer de esta postura⁽⁹¹⁾, no es suficiente con simplemente afirmar la función integradora de la buena fe para fundamentar la presencia y acogimiento de los deberes de protección en nuestro ordenamiento, sin precisar el proceso argumentativo para llegar a dicha conclusión⁽⁹²⁾. Un proceder de este tipo no es ajeno a las arbitrariedades⁽⁹³⁾, las mismas que no son más que el resultado del efecto

-
- (84) Para disipar las dudas sobre si la relación entre el ente sanitario público y el paciente se reconduce o no a una relación contractual, véase por todos, en sentido afirmativo: GALGANO, Francesco. *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. No. 3, 1984; pp. 710 y siguientes.
- (85) Obligación legal impuesta por el artículo 27 de la Ley General de Salud, a todo profesional médico; la misma que se resuelve en un simple deber de prestación.
- (86) PARADISO, M. *La responsabilità medica: dal torto al contratto*. En: *Rivista di diritto civile*. No. 3, 2001; p. 331. MENGONI, Luigi. *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico)*. En: *Rivista del diritto commerciale*. No. 9 y 10, 1954; pp. 371 y 372. CATTANEO, Giovanni. *La responsabilità del professionista*. Milán, 1958; p. 298.
- (87) Sin embargo, no se debe vincular el cambio de concepción de la relación obligatoria, de simple a compleja, con el cambio de concepción de la función de la buena fe, ya que en un inicio estas dos se encontraban disociadas. Al respecto, cfr. MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra, 2013; p. 589.
- (88) La cual llegó a constituir un subsistema que ha complementado, integrado y hasta modificado el entero derecho de obligaciones alemán, así BENATTI, Fabio. *La clausola generale di buona fede*. En: *Banca borsa e titoli di credito*. No. 3, 2009; p. 245. RESCIGNO, Pietro. *Lo "Schuldrecht" del codice civile tedesco: l'esperienza di un secolo*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. No. 3, 1998; p. 774. MARKESINIS, Basil; Hannes UNBERATH y Angus JOHNSTON. *Óp. cit.*; p. 121. "El régimen del código ha sido modificado, ampliado e incluso revolucionado por los propios tribunales, recurriendo a las cláusulas generales de las que el § 242 BGB es, podría decirse, la más famosa".
- (89) Se explican así también las diversas soluciones propuestas en Alemania en base a la buena fe, las mismas que se remontan a la *exceptio doli generalis* del derecho romano común. Cfr. al respecto, RANIERI, Filippo. *Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law*. En: *Revue internationale de droit compare*. No. 4, 1998; pp. 1055 y siguientes.
- (90) A las que habría que añadir las circunstancias político-económicas que tuvieron que afrontar a lo largo de la primera mitad siglo XX, circunstancias que son remarcadas para observar el modo de empleo de las cláusulas generales por parte de los tribunales alemanes. Al respecto, cfr. MARKESINIS, Basil; Hannes UNBERATH y Angus JOHNSTON. *Óp. cit.*; p. 122.
- (91) Cfr. ZAMUDIO ESPINAL, Carlos. *Óp. cit.*; p. 202.
- (92) Las cláusulas generales, al igual que cualquier otro dispositivo, necesitan de la interpretación para concretizar sus disposiciones, así PATTI, Salvatore. *L'interpretazione delle clausole generali*. En: *Rivista di diritto civile*. No. 2, 2010; p. 266.
- (93) Lo resalta correctamente BENATTI, Fabio. *Norme aperte e limiti ai poteri del giudice*. En: *Europa e diritto privato*. No. 1, 2013; p. 19.



César E. Moreno More

tentador que tienen las cláusulas generales⁽⁹⁴⁾. Así, esta postura pasa por alto el hecho de que existe la necesidad de concretizar las cláusulas generales⁽⁹⁵⁾ en términos coherentes con la racionalidad del sistema⁽⁹⁶⁾, de modo que no se pueden invocar doctrinas u opiniones particulares que no pertenezcan al bagaje compartido por nuestra experiencia jurídica⁽⁹⁷⁾.

Consciente de ello, Morales Hervías ha creído encontrar en el artículo 1 de la Constitución la norma que reconstruiría el contenido de la cláusula general de la buena fe⁽⁹⁸⁾: "los deberes de protección no sólo forman parte de los deberes legales emanados de la cláusula general de la buena fe, sino del deber de protección de la dignidad de los sujetos del principio que emana de la norma constitucional"⁽⁹⁹⁾.

Es innegable que el derecho constitucional asume relevancia en el derecho privado. En efecto, este no sólo cumple determinadas funciones de garantía, orientación e impulso⁽¹⁰⁰⁾; constituye también un medio para su desarrollo⁽¹⁰¹⁾. Esto es así desde que se reconoce que los derechos fundamentales

no sólo cobran efectos frente a los poderes públicos, sino también frente a particulares⁽¹⁰²⁾; ello en virtud de su función como imperativos de tutela⁽¹⁰³⁾.

Sin embargo, a decir verdad, la referencia a los principios constitucionales para usarlos como parámetros interpretativos de la cláusula general de la buena fe tiene un valor más retórico-persuasivo que una función argumentativa fundante⁽¹⁰⁴⁾. Efectivamente, el artículo 1 de la Constitución hace referencia al concepto de dignidad de la persona humana, el cual como todo concepto indeterminado necesita también ser individualizado analíticamente y, por tanto, no puede ser invocado de manera general⁽¹⁰⁵⁾. Si es que se procediera de tal forma se caería en el "absurdo de leer una cláusula general (artículo 1362 Código Civil) a través de otra cláusula

-
- (94) Lo sugiere DAWSON, John. *The general clauses, viewed from a distance*. En: *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Volumen XLI, 1977; p. 445.
- (95) "Las cláusulas generales no describen una hipótesis y carecen de un ámbito operativo propio" (MENGONI, Luigi. *Spunti per una teoria delle clausole generali*. En: *Rivista critica del diritto privato*. No. 1, 1986; p. 17), "por su propia estructura, las cláusulas generales sólo representan la expresión gramatical de los principios normativos paralelos; no brindan al juzgador conceptos aptos para la inmediata subsunción lógico-formal, sino simples criterios valorativos" (ALMEIDA COSTA, Mario. *Óp. cit.*; p. 120).
- (96) "El dictamen de la buena fe no se presenta listo para una ejecución formal e inmediata, *self-executing*. Debido a que se encuentra consagrado mediante una cláusula general, carece también de una mediación concretizadora", así ALMEIDA COSTA, Mario. *Óp. cit.*; p. 122.
- (97) BENATTI, Fabio. *Norme aperte e limiti ai poteri del giudice*. Cit.; p. 25.
- (98) MORALES HERVÍAS, Rómulo. *Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil*. En: *Derecho PUCP*. No. 71, 2013; p. 65.
- (99) MORALES HERVÍAS, Rómulo. *Óp. cit.*; p. 75.
- (100) HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Traducción de Ignacio Gutiérrez. Madrid, 1995; p. 83.
- (101) HESSE, Konrad. *Óp. cit.*; p. 85.
- (102) Respecto a la evolución de esta forma de concebir a los derechos fundamentales, véase GRABER, Christoph Beat y Gunther TEUBNER. *Art and money: Constitutional rights in the private sphere?*. En: *Oxford Journal of Legal Studies*. Volumen XVIII. 1998; pp. 61 y siguientes.
- (103) CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Traducción de Ingo Wolfgang Sarlet y Paulo Mota Pinto. Coimbra, 2009; p. 131.
- (104) Así, magistralmente, MENGONI, Luigi. *Autonomia privata e costituzione*. En: *Banca borsa e titoli di credito*. No. 1, 1997; p. 9.
- (105) Denuncia esta forma de proceder, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo, 2013; p. 126. "El riesgo reside precisamente en que la fuerza ética y jurídica de la cual es portadora la idea de dignidad humana, identificada con la propia condición de persona, impide una selección prudente de los intereses merecedores de tutela, declarando resarcible cualquier perjuicio o menoscabo que, a falta de la posibilidad de un análisis preciso, afecte supuestamente la personalidad del ofendido".

Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano

Critical appraisals about the foundation of duties of protection in the Peruvian legal system

general o concepto indeterminado: estaríamos en presencia, por consiguiente, de una no-fundamentación⁽¹⁰⁶⁾.

Cuando se pretenda hacer incidir sobre el derecho privado, el derecho constitucional, el intérprete deberá encontrar la vía adecuada para ello. Por ejemplo, es a través de las disposiciones constitucionales que se puede llegar a identificar los intereses que ameritan tutela resarcitoria o inhibitoria, pero de ninguna forma podemos afirmar que a partir de una disposición constitucional se impone la vía para hacer efectiva de dicha tutela, más aún cuando se reconoce que el imperativo de tutela de los derechos fundamentales carece, en principio, para su realización, de la transposición por parte del derecho infraconstitucional⁽¹⁰⁷⁾.

El artículo 1 de la Constitución peruana sirve para ampliar los intereses tutelados por el ordenamiento jurídico al fungir de fuente para aquellos otros derechos que se fundamentan en la dignidad de la persona humana, de conformidad con el artículo 3 de la Constitución. De modo que, no se ve alguna relación axiológica que permita al artículo 1 concretizar la cláusula general de la buena fe, pues ni siquiera el ámbito aplicativo de esta última es claro en nuestro ordenamiento, y esto se debe en gran medida a la poca atención que le prestan los tribunales⁽¹⁰⁸⁾.

Por último, el hecho de que el artículo 1 de la Constitución cree nuevos intereses que deban ser respetados, en tanto su defensa es el fin supremo de la sociedad y del Estado peruano, muestra una necesidad de tutela, pero para que estos nuevos intereses deban reconducirse a la buena fe debería primero aclararse la función que cumple esta última. Sólo si se estableciese que la buena fe puede integrar el contenido de la obligación mediante deberes que tengan por objeto la tutela de la persona y el patrimonio de las partes

de la relación⁽¹⁰⁹⁾, cabría la posibilidad de aceptar que los intereses que encuentran fundamento en la dignidad humana quedan comprendidos dentro del ámbito de protección de las reglas contractuales; pero el proceso inverso que intenta el planteamiento analizado no es aceptable, ya que el mismo consiste en comprender bajo el manto protector del contrato (o mejor, de la relación obligatoria) aquellos intereses, sin haber fundamentado la función integradora de la buena fe.

6. *Abschied von der Lehre von die Schutzpflichten*

Como se ha podido apreciar a lo largo del párrafo precedente, la doctrina peruana no ha logrado identificar el fundamento normativo de los deberes de protección (y justificar así su acogimiento) y menos aún ha logrado identificar una necesidad concreta para su acogimiento. Es precisamente en esto último que radica -creemos- su mayor falencia.

Si se pretende acoger (o negar) los deberes de protección en sede nacional, no se debe pasar por alto la premisa de la que estos parten: la necesidad de brindar tutela contractual a la persona y los bienes de las partes afectadas por el riesgo inherente constituido por la relación especial instaurada entre ellas. Es precisamente esta cercanía, este estar *vis-à-vis*, lo que determina dicho riesgo y, en última instancia, su contractualización⁽¹¹⁰⁾. Sin embargo, esta *necesidad* (y su resultado lógico,

(106) BENATTI, Fabio. *La clausola generale di buona fede*. *Óp. cit.*; p. 252.

(107) CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*; *Óp. cit.*; p. 138.

(108) Contrariamente a lo que ocurre en Brasil, en donde se hace uso, en ocasiones, descontrolado de la buena fe, como bien advierte, una vez más, SCHREIBER, Anderson. *Óp. cit.*; p. 128. "La alusión inflexible a la dignidad humana corre el riesgo de resultar, por el contrario, en la banalización precisamente de aquello que más se pretende proteger, de forma similar a lo que ocurre en el derecho brasileño con la buena fe objetiva".

(109) Sin embargo, hay quien tras afirmar la función integradora de la buena fe, niega que los deberes de protección se reconduzcan a esta: BIANCA, C.M. *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*. En: *Rivista di diritto civile*. 1983; pp. 205 y siguientes.

(110) CASTRONOVO, Carlo. *Óp. ult. cit.*; p. 45.



César E. Moreno More

vale decir, la complejidad de la obligación⁽¹¹¹⁾ es más aparente que real, ya que la reconducción de determinada hipótesis a determinado régimen de responsabilidad (contractual o extracontractual) no depende de la determinabilidad (que en este caso se traduce en dicho estar *vis-à-vis* a priori de los sujetos del conflicto, sino de la función que están llamadas a desarrollar las predicaciones normativas que el ordenamiento vincula a los comportamientos relativos⁽¹¹²⁾.

Tampoco se debe pasar por alto el objetivo que esta teoría persigue: preservar la incolumidad de las partes, mediante la extensión de la tutela contractual. Objetivo que nos permite cuestionar, una vez más, su acogimiento, ya que este entra en conflicto con la función que el ordenamiento asigna a la responsabilidad contractual⁽¹¹³⁾, y se identifica, por el contrario, con la función propia de la responsabilidad extracontractual: la función conservativa, la cual supone que la riqueza deba permanecer precisamente allí en donde ya se encuentra⁽¹¹⁴⁾. De esta forma, la naturaleza propia de dichos deberes es incuestionable: son deberes aquilianos⁽¹¹⁵⁾, respecto a los cuales el contrato (o, más en general, la relación obligatoria) no es más que un *elemento accidental*⁽¹¹⁶⁾.

Asimismo, el solo hecho de que esta relación *especial* se encuentre regida (presuntamente) por la buena fe, no da

pie a que automáticamente el régimen a ser aplicado sea el contractual⁽¹¹⁷⁾, ya que en principio la buena fe (al menos en lo que respecta a los sistemas latinos) no es reconocida como fuente de obligaciones⁽¹¹⁸⁾.

De esta forma, si pasamos por alto tanto su premisa como su objetivo, y lo disociamos de su ubicación histórico-dogmática propia, no sólo no se podrá comprender el fenómeno, sino que, peor aún, se podría correr el riesgo de realizar transposiciones precipitadas e impropias, resultando su reconocimiento en una duplicación inútil en un sistema en donde el mismo resultado práctico se obtendría recurriendo a las reglas de la responsabilidad aquiliana⁽¹¹⁹⁾.

De allí que inclusive no sólo la diligencia y la buena fe⁽¹²⁰⁾, sino que tampoco la propia ley sean capaces de dar fundamento a estos deberes, ya que cuando esta última establezca un deber dirigido a la (presunta) protección de las partes de la relación obligatoria, o bien dicho deber se reconducirá a uno aquiliano,

-
- (111) Complejidad que “en su nacimiento y en buena parte de su evolución, obedeció más a imperativos de oportunidad teórica que a verdaderas necesidades sistémicas establecidas por fenómenos jurídicos reales”, así MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Óp. cit.*; pp. 594 y 595.
- (112) BARCELLONA, M. *Strutture della responsabilità e “ingiustizia” del danno*. En: *Europa e diritto privato*. No. 2, 2000; p. 465.
- (113) BARCELLONA, M. *Óp. cit.*; p. 465: “La responsabilidad contractual se sitúa en un circuito adquisitivo, en donde el resarcimiento es llamado a subrogar un resultado modificativo/incrementador programado por un acto de circulación de la riqueza”.
- (114) BARCELLONA, M. *Óp. cit.*; p. 465.
- (115) Es sólo así que se puede encontrar sentido a la menospreciada teoría de MAJELLO, Ugo. *Óp. cit.*; p. 60. Quien afirmaba: “mientras la responsabilidad aquiliana se funda generalmente en la violación de un *deber de protección*, la contractual se basa, en cambio, en la violación de un *deber de prestación*”. El pensamiento del autor se aleja de los demás autores de su época, pues este llega a comprender el verdadero sentido y función de los deberes de protección, no obstante, el desarrollo, fundamento y resultado de su teoría no se comparte por las razones ya expuestas en el § 5.1.
- (116) BARCELLONA, M. *Óp. cit.*; p. 465, nota 124.
- (117) BARCELLONA, M. *Trattato del danno e della responsabilità civile*. Turín, 2011; p. 90. “La preordinación del criterio de la buena fe a la activación de la tutela resarcitoria no permite que su utilización (...) sea funcional a la creación de una relación obligatoria en sentido estricto”.
- (118) LEÓN HILARIO, Leysser. *La buena fe en la negociación de los contratos: Apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del código civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual*. En: *Thémis*. No. 49, 2004; p. 151. Habla de la indiscutible esterilidad de la cláusula de la buena fe.
- (119) MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Óp. cit.*; pp. 636 y 637.
- (120) Véase *supra* § 5.1 y 5.3.

Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano
Critical appraisals about the foundation of duties of protection in the Peruvian legal system

o bien asumirá la función de una verdadera obligación (de prestación) exigible en cuanto tal⁽¹²¹⁾.

De modo que, a falta no sólo de necesidad sino también de fundamentación en sede nacional, no queda más que negar carta de ciudadanía a los deberes de protección; no queda más que -emulando el título de la obra de su sistematizador- decirles adiós (*Abschied*). Pero, ¿esto significa que el contrato (o, mejor, la relación obligatoria) no es capaz de tutelar el interés a no ser dañado por la contraparte?

A decir verdad, la tutela contractual del interés del acreedor a no ser dañado por la actividad del deudor sólo se manifestará en determinadas hipótesis en donde la posibilidad de afectación a la esfera jurídica ajena (persona y patrimonio) esté comprendida

dentro de la prestación deducida en obligación⁽¹²²⁾. Así, todos aquellos deberes identificados por la doctrina como *accessorios*, no serán más que especificaciones, momentos particulares de la obligación, cuyo contenido unitario se determina en relación a la naturaleza de la prestación y a las modalidades de su ejecución⁽¹²³⁾. Pero, entonces, ¿cuál sería el fundamento de lo afirmado?

Pues bien, aquellos presuntos deberes *accessorios*, tales como los referidos por los artículos 1133 y 1134 (conservación y aviso), se reconducen al deber principal de prestación en base al principio lógico-formal de no contradicción⁽¹²⁴⁾, en virtud del cual el deudor se encuentra obligado a realizar todo aquello que sea necesario para satisfacer el interés del acreedor, necesidad que deberá ser evaluada a la luz de la buena fe⁽¹²⁵⁾. Fuera de aquellas hipótesis en donde la posibilidad de afectación a la esfera jurídica ajena no esté comprendida dentro de la prestación deducida en obligación, todo esfuerzo por convertir el daño aquiliano en contractual no tendrá si no consecuencias forzadas e insostenibles⁽¹²⁶⁾. 

(121) Al respecto debemos advertir que “no es el carácter relativo o absoluto del sentido del deber de un comportamiento, sino la función traslativa o conservativa, a la cual dicho sentido se encuentra preordinado, lo que da sentido a su calificación en términos de obligación o de deber, respectivamente”, así BARCELLONA, M. *Strutture della responsabilità e “ingiustizia” del danno*. Cit.; p. 466. En sentido contrario, CASTRONOVO, Carlo. *Op. ult. cit.*; pp. 47 y siguientes., para quien la obligatoriedad de una relación se determina por su carácter relacional.

(122) En esta línea ya DALMARTELLO, Arturo. *Danni morali contrattuali*. En: *Rivista di diritto civile*. 1933; p. 57.

(123) NATOLI, Ugo. *L’attuazione del rapporto obbligatorio*. Tomo I. Cit.; p. 19. BIGLIAZZI GERI, Lina. voz *Buona fede nel diritto civile*. En: *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*. Volumen II. Turín, 1988; p. 171. BRECCIA, Umberto. *Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio*. Milán, 1968; p. 73.

(124) MAJELLO, Ugo. *Op. cit.*; p. 50: “Hacer todo aquello que es necesario para la obtención del resultado útil de la prestación equivale a no hacer todo aquello que sea contrario a la obtención del mismo, de modo que quien no hace lo que es necesario para la obtención de dicho resultado actúa evidentemente en contra de la realización de la prestación, y viceversa”.

(125) NATOLI, Ugo. *Op. ult. cit.*; pp 4 y 5. BIGLIAZZI GERI, Lina. *Op. cit.*; p. 172.

(126) BRECCIA, Umberto. *Op. ult. cit.*; p. 76.