

Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica

Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del *civil law*

Gastón Fernández Cruz

Profesor de derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Profesor visitante en la Università Degli Studi di Bologna, Italia.

1 Debate y crítica sobre el fundamento de la responsabilidad civil: de la "culpa ética" a la "culpa social".

Dentro del sistema comparatístico del *civil law*, existe hasta cierto punto consenso en torno al hecho que, en forma previa a cualquier estudio de algún tópico de responsabilidad civil, en concreto, se debe responder primariamente a dos cuestionamientos: i) el reconocimiento de cuál es la finalidad que se persigue con la tutela resarcitoria; esto es, la finalidad de la responsabilidad civil entendida como forma de protección de los intereses de los sujetos; y, ii) el reconocimiento de cual es la finalidad del juicio de responsabilidad.

La dificultad surge cuando la doctrina comparada del *civil law*, no ha podido ponerse de acuerdo sobre el *nomen*

de estos fenómenos, produciendo una terminología promiscua en el uso de ciertos vocablos. Ello ha sucedido, por ejemplo, con el uso del término "fundamento", el cual es empleado con significados diversos. Así, para algunos, el problema del fundamento de la responsabilidad civil se refiere al motivo o circunstancia que determina el nacimiento del deber de indemnizar⁽¹⁾; mientras que para otros, se refiere "a las razones jurídico-positivas en base a las cuales un sujeto puede ser declarado responsable por un daño provocado⁽²⁾". Hay quienes preferirán afirmar que esta discusión última, sobre "la técnica para conectar a un sujeto un evento dañoso, con el auxilio de un criterio de imputación", está más bien referida a la "naturaleza de la responsabilidad⁽³⁾" o al "problema" de la responsabilidad⁽⁴⁾.

Nosotros, dentro de este caos terminológico, aún bajo el riesgo de incorporar más variables no deseadas

(1) DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid: Editorial Civitas, 1993. p. 52.

(2) DI MAJO, Adolfo. *La Tutela Civile dei Diritti. Collana: Problemi e metodo del diritto civile*. 2da.ed. Vo.III. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1993. p.164.

(3) FRANZONI, Massimo. "Fatti Illeciti". *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca a cura di Francesco Galgano. Libro Quarto: Obbligazioni artículos 2043- 2059*. Roma: Zanichelli Editore – Bologna e Il Foro Italiano, 1993. p. 4.

(4) RODOTA, Stefano. *Il Problema della Responsabilità Civile*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore., 1964; quien afirma que "(...) el problema de la responsabilidad civil no consiste en el descubrimiento del verdadero autor del hecho dañoso (lo cual, a menudo, no es posible de ser alcanzado de ninguna manera), sino en la fijación de un criterio gracias al cual se pueda sustituir la atribución automática del daño con una jurídica (...)". p.74.

a la discusión, somos partidarios de optar por una perspectiva lingüística en el particular. Si etimológicamente “fundamento” significa, ante todo y sobre todo, “principio y cimiento sobre el que se apoya una cosa”; “razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar una cosa”; o, inclusive, “raíz, principio y origen en que estriba y tiene su mayor fuerza una cosa no material⁽⁵⁾”, creemos que hablar del “fundamento de la responsabilidad civil”, no puede significar sino hablar del basamento de la institución misma; esto es, la razón por la cual se otorga -lo que ha venido a llamarse- la tutela resarcitoria.

En este orden de ideas, en la actualidad, un gran sector de la comparatística contemporánea, cree encontrar el fundamento de la responsabilidad civil en la **reparación del daño**: esto es, en el restablecimiento del *status quo* roto por la intromisión del daño; en la necesidad de volver el estado de las cosas a la etapa anterior a la comisión del daño.

Sin embargo, como veremos en el desarrollo de este trabajo, encontrar el fundamento de la responsabilidad civil en la finalidad “reparatoria” del daño, de un lado, es producto de una lenta evolución histórica y del abatimiento de viejos dogmas que creyeron encontrar en “la culpa” el fundamento de la responsabilidad civil toda; y, de otro, aún en términos contemporáneos, atribuir tal calidad a la reparación del daño, puede resultar insuficiente bajo dos argumentos esenciales: i) el primero, derivado de la perspectiva de donde se mire la responsabilidad civil; y, ii) el segundo, derivado de la constatación de la existencia de daños, de naturaleza “irreparables”.

Como se verá, sólo el primero de los argumentos precedentemente señalados podrá significar hoy una crítica aparentemente consistente a la admisión de la reparación del daño como fundamento de la responsabilidad. Ello, por cuanto la responsabilidad civil toda no puede ser vista más desde una óptica que abarque -exclusivamente- a la relación instaurada entre dos sujetos.

Como se sabe, bajo una perspectiva típicamente “ochocentista”, la responsabilidad civil sólo cabía ser enfocada desde una óptica intersubjetiva, en donde, como ha graficado bien en nuestro medio el profesor De Trazegnies, la responsabilidad funcionaba “como un interruptor de corriente, con sólo dos puntos: *off* (el peso económico permanece en la víctima porque no se reconoce responsabilidad en el causante) y *on* (el peso económico se traslada al causante porque se establece la responsabilidad de éste)⁽⁶⁾”. Bajo esta perspectiva, es claro que la discusión sobre el fundamento de la responsabilidad civil sólo podía centrarse en el ámbito de la finalidad de la tutela resarcitoria.

Sin embargo, a partir de la evolución de la responsabilidad civil, de ser concebida como forma única de tutela del denominado “hecho ilícito” a ser entendida como “reacción al daño injusto”, se aprecia también que la responsabilidad civil sirve como instrumento de desarrollo social y, por ende, no cabe ser vista exclusivamente desde una óptica individualista e intersubjetiva. Esta evolución de la cosmovisión de la responsabilidad civil, es propia -bajo diversos argumentos- tanto del *civil law* como del *common law*. En el “derecho continental”, por ejemplo, es importante el aporte que realiza la doctrina italiana, la cual entiende (y no se discute hoy) que la responsabilidad civil debe ser vista desde dos perspectivas: i) una micro-económica, que permite comprobar la forma cómo se manifiestan los elementos de la responsabilidad civil en una vinculación intersubjetiva; y, ii) otra macro-económica, a partir de la cual se persigue analizar las funciones de la responsabilidad civil, según el modelo económico que se tome como referencia⁽⁷⁾.

En el *common law* y, más precisamente, dentro del derecho estadounidense, resulta importante el aporte que realiza Steiner, quien, en vez de las expresiones perspectiva “micro-económica” o “macro-económica”, prefiere utilizar las categorías “diádica” y

(5) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Tomo I. Vigésima Primera Edición, 1992. Madrid: Espasa Calpe, 1999. p.1005.

(6) DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. En: *Biblioteca para Leer el Código Civil*. Vol. 4. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988. p.51.

(7) Véase, por todos: SALVI, Cesare. *Voce: Responsabilità Extracontrattuale (Diritto Vigente)*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXIX. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988. pp.1192-1198; y más recientemente en su obra: *La Responsabilità Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1998. pp.11-23. También: FRANZONI, Massimo. Op.cit.: pp.36- 68.

“sistémica”⁽⁸⁾. Así, la perspectiva diádica, se situará en el análisis de un hecho concreto y particular que relacione “dos unidades individuales, como un par: el responsable (...) y la víctima”. En cambio, la perspectiva sistémica pretenderá analizar un hecho y los participantes en el mismo “como partes interrelacionadas de un esquema más amplio y social: (...) elementos de un contexto de relaciones entretejidas”⁽⁹⁾.

Entendido el concepto de responsabilidad civil bajo una perspectiva “ochocentista”, como una relación típicamente intersubjetiva y de carácter patológico, es claro que toda la estructura jurídica e ideológica de este instituto, en su inicio, estuviera marcada bajo las funciones de sanción y prevención del daño: se debía castigar al causante del daño, pues penalizándolo, no sólo se reprimían conductas antisociales, sino que, con dicha represión, se prevenía la reiteración de estas conductas; tanto aquella del propio sujeto causante del daño, como la de todos aquellos que quisieran imitar su conducta, produciéndose entonces un claro efecto disuasivo. En este contexto, surgen las opiniones que consagran a la culpa como “fundamento” de la responsabilidad civil, propio -sobre todo- de la doctrina francesa de los siglos XVII y XVIII⁽¹⁰⁾.

Esta concepción existente a los orígenes del modelo erigido sobre el *Code* de Napoleón, es producto de la herencia iusnaturalista, el material ofrecido por las fuentes romanas pero, sobretudo, de las ideas individualistas de la revolución francesa. Por esto, ha escrito bien Salvi que “la reconducción a una unidad del material ofrecido por las fuentes romanas y el acoplamiento sobre el mismo de la idea de responsabilidad ético-comportamental que trae y difunde el derecho canónico, conducen a la elaboración de una figura general de ‘delito’ civil, fundado sobre los elementos de reprobabilidad ética del comportamiento (culpa), de la pérdida económica

(*damnum*) y de la lesión de la propiedad ajena (*iniuria*)”, por lo que “de regla, en este modelo, el resarcimiento tiene lugar sólo si al emplazado puede personalmente imputársele una ‘responsabilidad’, por la reprobabilidad de su comportamiento”⁽¹¹⁾.

La noción de una culpa “ética”, marca entonces la historia de la responsabilidad civil en sus orígenes modernos, propia de una cosmovisión individualista y enmarcada en una perspectiva que hemos convenido en llamar “micro-económica”, “micro-sistémica” o “diádica”. Empero, lo que no se repara en dicha época –propiamente el siglo XIX–, es que esta visión diádica de la responsabilidad civil también responde y se enmarca dentro de una visión sistémica del instituto, marcado en nuestro derecho occidental por el modelo económico liberal, en donde la propiedad funciona como eje en torno al cual gravitan todos los demás institutos del derecho y, en este sentido, la responsabilidad civil no es sino un medio de protección de la propiedad⁽¹²⁾ y única forma general de protección de los intereses. De aquí surgen, pues, postulados que alcanzan el rango de “principios generales del derecho”, tales como “ninguna responsabilidad sin culpa”, herencia directa del iusnaturalismo, nutrido de un contenido más ético que jurídico y, aquél de reputar a la culpa como “único criterio de selección de los intereses merecedores de protección, a través de la tutela resarcitoria”. Son ilustrativos, por esto, los comentarios vertidos por Franzoni al respecto, quien, advirtiendo que todos los códigos ochocentistas acogieron el principio que liga la responsabilidad con la culpa, nos recuerda lo siguiente: “la autonomía negocial y la culpa, no representan otra cosa que el momento fisiológico y el momento patológico, respectivamente, de la acción voluntaria del sujeto de derecho, es decir, del propietario. La voluntad era la única vía a través de la cual el ordenamiento jurídico atribuía efectos jurídicos a la acción de un sujeto: la

(8) STEINER, Henry. *Justification and Social Vision in Common law Change. The Case of Modern Accident Law*. Preliminary draft. Harvard, Julio 1983. p.109; citado por: DE TRAZEGNIES, Fernando. Op.cit.; Tomo I. p.58.

(9) DE TRAZEGNIES, Fernando. Ibid.; pp.58-59.

(10) Véase, por todos: LALOU, Henri. *La Responsabilité Civile*. París: Librairie Dalloz, 1932. Numeral 122 y ss. p.64 y ss.; y MAZEAUD, Henri y León - TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo I-II. Traducción de la Quinta Edición francesa por Luis Alcalá - Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962. Numeral 338; p.2 y numerales 374 a 379; pp.32 a 35; con la abundante cita doctrinaria que en dichos libros se realiza de tantísimos autores franceses como Domat, Pothier, Gèny, Planiol, Hauriou, Colin y Capitant, Julliot de la Morandière, Baudry-Lacantinerie, Bettemieux, Demogue, Savatier, Esmein y muchos otros.

(11) SALVI, Cesare. *La Responsabilità Civile...* Op.cit.; p.12.

(12) FRANZONI, Massimo. Op.cit.; pp.39-40. Y esta característica es común tanto en los sistemas del *civil law* como del *common law*.

eficacia del contrato, la responsabilidad aquiliana. Y en lo tocante a este último aspecto, se puede constatar que existía una total coincidencia entre la esfera de la ilicitud y aquella de la culpa: un hecho era ilícito, cuando la conducta culposa de un sujeto ocasionaba la lesión de un derecho absoluto ajeno.

La atribución a la culpa del rol de criterio de selección de los daños resarcibles ha desenvuelto una finalidad importante, desde el punto de vista de la distribución del costo de los daños. Y es a este nivel, propiamente, que se devela el límite de la pretendida función ética de la culpa. En realidad, en el sistema antes delineado, la atención del legislador se dirigía principalmente al comportamiento del agente: era su conducta consciente y voluntaria que, en cuanto ilícita, devenía en fuente del daño. La finalidad predominante de la responsabilidad civil era, entonces, aquella de castigar la acción culpable mediante el resarcimiento; y la indagación sobre la culpa no podía llevarse a cabo sino evidenciando todos los aspectos psicológicos y subjetivos de la acción. En efecto, la represión actuada mediante el resarcimiento no hubiese tenido la menor eficacia, si no se atacaba la voluntad del sujeto, en su manifestación negligente, carente de pericia, o imprudente⁽¹³⁾.

Repárese entonces que en esta etapa histórica de la evolución del concepto de responsabilidad civil, se construye la noción de “hecho ilícito” sobre la base de la idea de culpa y desde la perspectiva del agente emisor de voluntad⁽¹⁴⁾.

En este contexto, la atribución a la culpa del rol de criterio de selección de los daños resarcibles, cumplió un papel esencial en la distribución del costo de los daños: se tendió a mantener fuera del área de la responsabilidad civil los daños no vinculables a la actividad o voluntad querida del sujeto⁽¹⁵⁾.

Cuando Ripert, adscrito por ese entonces a la escuela crítica francesa de la culpa, lanza su famosa proclama histórica “de la responsabilidad a la reparación”⁽¹⁶⁾, no hace sino recoger lo que para muchos es -en dicho momento- tan sólo una constatación histórica. Ya Josserand en el año 1926 escribía que “el problema de la responsabilidad es muchísimo más vasto de lo que imaginaron los juriconsultos de Roma o incluso los del Código Civil: la intensidad de la vida moderna, la multiplicidad de las relaciones humanas y de las transacciones jurídicas, la frecuencia de los riesgos, han revelado la insuficiencia de una concepción trazada para pueblos individualistas, cuya vida social estaba relativamente poco desarrollada⁽¹⁷⁾”; y el propio Capitant, en su prefacio a la primera edición del Tratado Mazeaud-Tunc, refiriéndose al hecho que, con el devenir del tiempo, la responsabilidad civil había -contra todos los pronósticos- ganado más terreno que perdido, comentaba: “¿a qué se debe esto? A diversas causas. En primer lugar, al progreso industrial, al empleo de nuevos instrumentos de locomoción: automóviles, aviones, que multiplican los daños causados a terceros; al aumento de los establecimientos industriales cuyas

(13) Ibid.; pp.42-43.

(14) Pues, precisamente, responde a un modelo económico erigido sobre la base de la voluntad. Véase, por ejemplo, que no es casual que en el Perú, el Código Civil peruano de 1852, de un lado, tratara de la responsabilidad extracontractual bajo el título referido a “las obligaciones que nacen de delitos o de cuasidelitos”, recogiendo en ello esa “reconducción a una unidad de los materiales ofrecidos por las fuentes romanísticas” y “los conceptos desenvueltos por los iusnaturalistas”, de los que hablaba SALVI (ver supra, cita a pie de página número 11); entre éstos, principalmente, la noción de culpa en su sentido ético; y, de otro, que el propio Código Civil peruano de 1936 regulara la responsabilidad extracontractual bajo el título “de los actos ilícitos” y dentro del libro dedicado al Acto Jurídico.

(15) Y así, por ejemplo, surgen posiciones doctrinarias interpretativas del Code Napoléon, que, basados en la involuntariedad de los daños, sustentan la institución del estado de necesidad como un supuesto de irresponsabilidad, el cual, increíblemente, aún pretende ser sostenido, *ad portas* del siglo XXI, por el Código Civil peruano de 1984, en su artículo 1971 numeral 3). Lo cierto es que, el principio de vincular la resarcibilidad de los daños a la voluntad del sujeto, trajo como consecuencia la reducción significativa del área del daño resarcible, en términos cuantitativos.

(16) RIPERT, Georges. *Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne*. 2da.ed. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949. pp.327 y ss.; aún cuando es por todos conocido su ulterior cambio y el retorno del autor a los cánones tradicionales de considerar a la culpa como fundamento general de la responsabilidad. Ver al respecto: RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4ta. ed. París: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949. Reimpresión en 1996. Numeral 123; pp.223-224; y RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*. Traducción de la edición en francés de la Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence por Delia García Daireaux. Tomo V. Obligaciones (2da. Parte). Buenos Aires: Editorial La Ley, 1965. Numerales 899 a 910; pp.24 a 33.

(17) JOSSERAND, Louis. *Les Transports en service intérieur et en service international (à l'exclusion des transports maritimes)*. Citado por MAZEAUD, Henri y León – TUNC, André. Op.cit.: Tomo I-II. Numeral 345; p.7.

emanaciones o cuyo ruido provocan reclamaciones de los vecinos; luego, al desenvolvimiento correlativo del seguro de responsabilidad, cuyo resultado consiste en embotar la prudencia del asegurado e incitar a las víctimas a lamentarse⁽¹⁸⁾; por último, de una manera general, a una tendencia actual del individuo a reclamar una indemnización pecuniaria por cualquier perjuicio sufrido por él, de cualquier naturaleza que sea; porque en una sociedad donde la obtención de la ganancia se convierte cada vez más en el fin esencial de la actividad humana, todo atentado infligido a los intereses materiales o morales de una persona constituye la ocasión de una demanda por daños y perjuicios⁽¹⁹⁾”.

Estamos, pues, en los albores de la industrialización.

Una sociedad típicamente individualista que no conoció un progreso económico derivado de los descubrimientos tecnológicos, se ve transformada, de pronto, en una nueva sociedad que debe hacer frente a nuevas ocasiones de daño derivadas del proceso de industrialización naciente⁽²⁰⁾. Sin embargo, aún sin preguntarse si el Derecho y, concretamente, la institución de la responsabilidad civil, ha servido en algo para obtener este cambio. Gran parte de la literatura jurídica de la primera mitad del siglo XX se ve inmersa en un enfrentado debate generador de posiciones antitéticas que defienden y atacan a la “culpa” como el fundamento de la responsabilidad civil, contraponiéndola a un nuevo concepto surgido aparentemente de esta nueva era de industrialización. Este es el “riesgo creado”. Las reacciones se dan en tres direcciones distintas:

i) La primera, que pretende ser fiel a la noción de “culpa ética” y que, ante los cambios que reclama el devenir social, deforma la idea de culpa, creando, por ejemplo, “presunciones absolutas de responsabilidad” basadas en aquel concepto (la culpa), con el único propósito de “ensanchar el campo de la responsabilidad civil, manteniendo siempre la idea de culpa como base de la responsabilidad⁽²¹⁾”. Se habla así entonces de una

culpa *in eligendo* para justificar la responsabilidad por hecho ajeno del patrono en la responsabilidad vicaria; de una culpa *in vigilando* para justificar la responsabilidad por hecho ajeno del responsable del incapaz; y de una culpa *in custodiando*, para justificar la responsabilidad por el daño ocasionado por animales, entre otros supuestos de responsabilidad indirecta.

En visión retrospectiva, ha escrito bien Trimanchi sobre esta posición: “en cuanto a las hipótesis de responsabilidad objetiva ciertamente sancionadas en el derecho positivo, la criticada definición de ‘culpa’ no cumple otra función que aquélla de satisfacer cierto espíritu conservador, el cual, allí inclusive donde está constreñido a sustituir instrumentos superados con instrumentos nuevos, prefiere ocultar de cualquier modo el cambio producido, designando estos últimos todavía con los nombres de los instrumentos antiguos.

Con esta finalidad se recurre frecuentemente a un expediente análogo: el hablar de presunción absoluta de culpa. Empero, esto, se trata de una evidente ficción. ¿Qué cosa es -escribía Josserand- una culpa presunta sin posibilidad de prueba contraria, si no una abstracción, un artificio del cual se sirve el legislador para hacer nacer una obligación?. Cuando se dice a un individuo: ‘te declaro obligado porque supongo que has cometido una culpa, y no te permito demostrar que no la has cometido’, ello construye en realidad una relación jurídica totalmente nueva⁽²²⁾”.

ii) La segunda, que incentiva una abierta y total ruptura con la idea clásica de culpa, que pretende basar el nuevo fundamento de la responsabilidad en el concepto de reparación, en donde aquella noción (culpa), es indiferente y el único concepto de importancia es la mera causalidad.

Los defensores de esta posición, propugnan entonces un giro absoluto y total de las bases de la responsabilidad, como si de golpe se hubieran conseguido todos los resultados esperados por el advenimiento de la industrialización. Lo cierto, sin embargo, es que, como es sabido, la industrialización

(18) Véase en esta afirmación de Capitant, una crítica velada al aparente efecto desincentivador de las conductas de prevención que supuestamente ocasionarían los seguros obligatorios de responsabilidad.

(19) CAPITANT, Henri. *Prefacio de la Primera Edición del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*; de MAZEAUD, Henri y León – TUNC, André. Op.cit.: Tomo I-L. p.XX.

(20) SALVI, Cesare. *La Responsabilità Civile...* Op.cit.: p.12.

(21) RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Op.cit.; Tomo V. Obligaciones (2da. Parte). Numeral 905; p.29.

(22) TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e Responsabilità Oggettiva*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1961. p.21.

se ha desarrollado en el mundo, por etapas y en forma desigual. El descubrimiento de nuevos inventos que mejoran la calidad de vida de los sujetos, dista mucho de asegurar el pleno y total control tecnológico de los mismos desde el mismo instante de su descubrimiento. Baste -a estos efectos- con recordar el origen del aeroplano y compararlo con los modernos aviones de hoy, sobre la base de una simple enciclopedia escolar que describe el primer avión a motor: “el aparato del primer vuelo motorizado había sido fabricado por los hermanos Wright con madera y cañas de bambú, y sus alas eran de cañas y seda. Su peso superaba los 340 Kg. y su capacidad apenas alcanzaba para dos personas. El 17 de diciembre de 1903, en la localidad de Kitty Hawk, en el estado de Carolina del Norte, Estados Unidos, Orville y Wilbur Wright se subieron a un avión de motor con la intención de realizar el primer vuelo de la historia. Aquel día, los hermanos Wright intentaron despegar varias veces en un pequeño avión con dos hélices impulsadas por un motor. Finalmente, lograron elevar el aparato del suelo. Hicieron varios vuelos breves, en los que apenas cubrieron unos pocos metros en el aire, hasta que realizaron el vuelo más grande de todos: duró 59 segundos, durante los cuales recorrieron 260 metros volando sobre un campo llano a 3 metros de altura⁽²³⁾”.

¡Cuánta diferencia podemos encontrar, en menos de cien años, con los modernos boeing de hoy y los aviones supersónicos! Y, obviamente, este desarrollo tecnológico no se produjo de la noche a la mañana. Por esto, es importante entender que la afirmación de un cambio en el fundamento de la responsabilidad, de la culpa a la reparación del daño -si cabe afirmarlo- no puede haberse producido abruptamente como fuera planteado por la escuela crítica de la culpa. Como veremos más adelante -y que, por lo dicho hasta ahora, puede vislumbrarse- el progresivo deterioro del rol de la culpa, que de ser considerado el único criterio de selección, pasará a ser reputado como un factor objetivo más -de naturaleza objetiva- atributivo de responsabilidad a la par de otros, tales como el riesgo, la garantía, la equidad, o el abuso del derecho, tendrá

una directa relación con la evolución del desarrollo tecnológico obtenido en las actividades humanas; lo que, sin embargo, en una visión puramente diádica de la responsabilidad civil, ha sido -históricamente- imposible de ser apreciado.

iii) Por lo dicho precedentemente, una tercera reacción que se da al inicio de la era de la industrialización, pretende precisamente responder -casi intuitivamente- a ese reconocimiento de que dicho proceso se da por etapas, en donde el rol de la culpa no desaparecerá, sino que, solamente, se transformará. Así como en términos económicos, se ha afirmado que la sociedad busca, casi espontáneamente, el desarrollo del mercado⁽²⁴⁾, así también, la historia de la responsabilidad tenderá a demostrar la íntima relación existente entre las nociones de culpa y desarrollo tecnológico, en donde el primero de éstos conceptos estará al servicio del segundo.

Esta transformación del rol de la culpa, de ser concebida como una “culpa ética”, para pasar a ser entendida como una “culpa social”, ha sido perfectamente entendida y expresada por Salvi, de la siguiente forma: “en la fase de la primera industrialización, la solución prevaleciente adoptada, consiste en la confirmación, como regla general de imputación de la responsabilidad, del principio de la culpa, que viene empero progresivamente a asumir un contenido en parte diverso y más adecuado a las nuevas exigencias. La noción de culpa viene progresivamente depurada de los elementos ético-individuales para configurarse en términos objetivos, como disconformidad del comportamiento del agente respecto a parámetros, que manifiestan el grado de tolerabilidad ‘social’ del riesgo introducido por la conducta del agente.

Este proceso, que es común a todas las experiencias jurídicas de la industrialización en el siglo pasado, puede ser apreciado con particular claridad en el derecho de los Estados Unidos, donde la completa elaboración del *tort of negligence* como categoría general (...) se adapta a los problemas generados por la industrialización (...).

(23) THEMA Equipo Editorial S.A. *Programa Educativo Visual A Ver si Sabes ...*. Vol. III. Santa Fe de Bogotá: Panamericana Formas e Impresos S.A. s/a de impresión. p.50.

(24) POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. Traducción del inglés por Eduardo L. Suarez. D.F. México: Fondo de Cultura Económica. 1998. p.18; donde se afirma que uno de los principios básicos de la economía consiste en que los recursos tienden a dirigirse hacia sus usos más valiosos si se permite el intercambio voluntario.

La nueva noción de la culpa (que sustituye a aquella 'subjetiva' fundada sobre el comportamiento psicológico del agente) sirve también para subrayar el carácter 'excepcional' del resarcimiento. La 'regla' es que las pérdidas permanezcan allí donde acontecen, si no existe una razón socialmente válida, que justifique la activación del procedimiento dirigido a transferirlas de la víctima al agente. Y tal razón es, precisamente, por regla, la culpa: sólo la disconformidad de la conducta con la 'norma' justifica el resarcimiento, que funge así de sanción, y de técnica de prevención, de los comportamientos socialmente anómalos⁽²⁵⁾.

En vía conclusiva de lo hasta aquí reseñado, puede verse cómo la responsabilidad civil clásica enfoca el fenómeno de responsabilidad como parte de una relación diádica, intersubjetiva, "que vincula exclusivamente a la causante (responsable individual) y a la víctima, minimizando o ignorando la importancia del contorno social en que se desenvuelve dicho fenómeno⁽²⁶⁾". Aquí, ignorando -en su gran mayoría- la función sistémica que cumple la culpa, la mayor parte de la literatura jurídica continental atribuirá a la culpa un rol de criterio de selección de los intereses merecedores de la tutela resarcitoria y, en donde, dicho concepto (la culpa) cumplirá una función -a la luz de los intérpretes- sancionatoria y preventiva, a nivel diádico.

La mutación de la culpa, de estar integrada de un contenido "ético" para pasar a ser llenada de un contenido "social", no es -a la luz de la literatura jurídica vigente hasta los años 1930-1940- percibida en su gran función macro-sistémica; esto es, la de servir, en un inicio, de financiamiento de la industria en la fase del capitalismo ochocentista⁽²⁷⁾, para pasar después a servir como vehículo de incentivo del desarrollo tecnológico.

En esta época, hablar que el basamento de la tutela resarcitoria, esto es, de lo que ha venido a llamarse difusamente el "fundamento" de la responsabilidad, mutó de la "culpa" a la "reparación del daño", resulta

anticipado y excesivo, pese a la aguda y temprana proclama de Ripert en la fórmula "de la responsabilidad a la reparación⁽²⁸⁾".

En realidad, el inicio de la era de la industrialización y su desarrollo implica -necesariamente- la generación de nuevas ocasiones de daño donde "los intereses típicamente subyacentes bajo los supuestos de hecho dañosos no son más homogéneos: al contrario, la disciplina aquiliana es llamada a mediar en el conflicto suscitado entre la libertad de desenvolvimiento de las actividades productivas y la seguridad individual y propietaria⁽²⁹⁾" en donde, entonces, el contenido ético de la culpa no parece ya suficiente para satisfacer las exigencias del desarrollo industrial.

Repárese, sin embargo, que dentro de la sociedad occidental, la noción de "culpa social" cobra especial prevalencia y significado en sistemas vinculados al *common law* y, particularmente, en el derecho estadounidense, donde -a la par del desarrollo industrial- se desenvuelve la noción de libre mercado como centro de su sistema económico y, el derecho a la libertad de los individuos, como centro de su sistema político-liberal. En efecto, como bien ha hecho notar Di Majo, el concepto de mercado que comienza a formarse a partir de la era de la industrialización, exige que no cuenten las cualidades de los sujetos ni los valores o intereses particulares de éstos, sino, por el contrario, se exige una abstracción de los valores, acorde con las funciones del intercambio. De esta manera, "en presencia de actos y/o de hechos que signifiquen incumplimiento de deberes y/o violaciones de derechos, la línea tendencial es aquélla de imponer al responsable el mero 'costo económico' de dichos comportamientos, buscándose con ello reproducir los mecanismos de mercado alterados⁽³⁰⁾".

En este contexto, el resarcimiento adquiere un carácter "excepcional" desde una perspectiva sistémica, pues, buscando la industrialización el

(25) SALVI, Cesare. *La Responsabilità Civile...* Op.cit.; p.13.

(26) FERNANDEZ CRUZ, Gastón. *Responsabilidad Civil y Derecho de Daños*. En: *El Jurista. Revista Peruana de Derecho*. Lima, Año I. No.4, diciembre 1991. p.79.

(27) Véase: FRANZONI, Massimo. Op.cit.; p.44. También: SALVI, Cesare. *La Responsabilità Civile...* Op.cit.; p.13; quien refiere que "la afirmación del principio de la culpa en el *common law*, en el siglo pasado fue realizada por la exigencia de evitar costos excesivos a las industrias en vía de desarrollo"; y RODOTA, Stefano. Op.cit.; pp. 16 a 25.

(28) Véase: supra, llamada a pie de página No. 16.

(29) SALVI, Cesare. *La Responsabilità Civile*. Op.cit.; p.12.

(30) DI MAJO, Adolfo. Op.cit.; Vol. III. p.156.

desarrollo de una economía liberal basada en un concepto óptimo de mercado donde cada sujeto sea libre de decidir qué tipo de utilidades está dispuesto a sacrificar en términos de “costo económico”, primariamente se debe, justamente, desarrollar el mercado dotándolo de bienes (utilidades) intercambiables socialmente útiles. Por esto, la consecuencia de la responsabilidad en esta etapa, fue la de hacer permanecer las pérdidas -en la medida de lo posible- allí donde suceden, pues con ello se obtenía, desde el punto de vista económico, que las víctimas financiaran la industria en la fase del desarrollo del capitalismo, cumpliendo aquélla (esto es, la responsabilidad civil), el rol de evitar costos excesivos a la industria en vías de desarrollo.

En la perspectiva diádica, el imponer al responsable el “costo económico” que traía su conducta de incumplimiento, significó entonces acudir al recurso de medir la conducta desarrollada por el agente con patrones “objetivos” o “abstractos”, como aquél del “hombre medio”, reafirmando el principio de la responsabilidad por culpa, pero entendida ésta bajo un criterio social y normativo: la apreciación de la culpa debe hacerse analizando la violación de parte de un sujeto, de reglas de conducta, basadas en criterios de prudencia y diligencia medidos en comparación con un patrón; esto es, en función a lo que habría hecho, por ejemplo, una persona reflexiva y consciente conforme al estricto círculo del tráfico de que se

trate⁽³¹⁾; o, inclusive, siguiendo a la experiencia norteamericana contemporánea, en función a la norma del “hombre razonable”.

2 Debate y crítica sobre el fundamento de la responsabilidad civil: de la “culpa social” a la “reparación integral”.

A partir de este momento es que podemos identificar una aparente bifurcación en los destinos de la responsabilidad civil, a la luz de las experiencias contemporáneas del “derecho continental” y del *common law*.

Dentro de la racionalidad de los sistemas más logrados del *civil law*, se comienza a percibir que la subvención al desarrollo industrial en detrimento de las víctimas, no puede ser tolerado más, si es que se ha alcanzado, cuando menos, un grado de desarrollo tecnológico en función a la actividad que se trate. Realidades evidentes de esta constatación se dan, por ejemplo, dentro de los campos de la responsabilidad médica y de la responsabilidad por productos. Se plantea entonces, en función al grado de desarrollo tecnológico de las actividades humanas, un reemplazo de la “función individual” por la “función social” de la responsabilidad civil, afirmándose el principio solidarístico de la reparación integral como regla general de responsabilidad, o, cuando menos, una concepción bipolar de la responsabilidad civil, con la coexistencia de dos grandes principios generales: la culpa y el riesgo, y la construcción del sistema de responsabilidad extracontractual bajo dos cláusulas generales interpretativas: una de responsabilidad subjetiva y otra de responsabilidad objetiva⁽³²⁾.

Esta evolución y tendencia del derecho continental, nos es recordada por Salvi, de la forma siguiente: “la *ratio* del instituto tiende, en efecto, a alejarse de la lógica individual, que sostiene la exigencia de restaurar el equilibrio lesionado por el daño a la víctima, a una razón de interés ‘general’ (aunque identificada con el principio liberal del cual se ha hablado). Se abre así la dialéctica, todavía central, entre la función individual de la responsabilidad civil, como instituto que regula

Los criterios de prevención que se adopten y la decisión que se tome sobre la incentivo o desincentivo de una actividad a nivel macro-sistémico, tendrán incidencia sobre las funciones reparatoria y distributiva de la responsabilidad civil a nivel micro-sistémico.

(31) LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Madrid: Edición española. Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. p.286; noción que, sin embargo, responde a una experiencia occidental del derecho continental, esto es, del *civil law*, recogida inclusive, normativamente, por el artículo 276 del Código Civil alemán.

(32) Ejemplos vívidos de esta tendencia, constituyen los aportes doctrinarios que se dan a partir de los años 1940-1960, por Trimarchi y Rodotà en Italia; Esser en Alemania; y Starck en Francia.

una relación bilateral según criterios privatistas, y su función social, entendida como interés general que justifica (o no) el traslado del daño de la víctima a otro sujeto (...). La reparación del daño, no es más vista como la consecuencia de reglas con finalidades esencialmente preventivas y represivas en función de conductas dañosas opuestas a los parámetros de tolerabilidad social; sino, como función primaria del instituto, que encuentra si acaso un límite, y no su fundamento, en la consideración del hecho del responsable. El principio liberal es derrumbado: no se pregunta ya si hay una buena razón para que el autor de un daño deba responder, sino más bien, por qué podría ser negado el derecho de la víctima al resarcimiento⁽³³⁾.

El principio de la reparación integral -en países del *civil law* en donde la industrialización ha alcanzado ya un grado aceptable de desarrollo tecnológico- permite hacer realidad, con el carácter de principio general y no ya como excepción, la afirmación premonitoria de Ripert “de la responsabilidad a la reparación”. Áreas tradicionalmente aceptadas como de dominio de la culpa como por ejemplo, las de prestaciones profesionales, pasan a ser de dominio en parte de la responsabilidad objetiva, incluyendo aquéllas de tipo médico-quirúrgicas, allí donde el progreso alcanzado por la ciencia y la técnica permitan afirmar que no más las víctimas de daños deban subvencionar el desarrollo tecnológico⁽³⁴⁾.

La calificación de una actividad humana como sujeta a responsabilidad subjetiva u objetiva, dependerá

entonces de la evaluación que se haga de dicha actividad, a la luz del progreso alcanzado en el desarrollo de la misma. Esta es la razón de porqué la responsabilidad del productor, por ejemplo, en su inicio, fue concebida como una actividad típicamente sujeta a la responsabilidad subjetiva y en donde, por lo menos en Europa, con la dación de la Directiva de la C.E.E. No.85/374, ha pasado a ser concebida como una actividad sujeta, en términos generales aunque no absolutos, a responsabilidad objetiva⁽³⁵⁾. Así también, si no fuera por la existencia de los *lobbies* económicos, la actividad aeronáutica debería de haber dejado hace algún tiempo de ser considerada sujeta a la responsabilidad subjetiva, para pasar a ser objeto de responsabilidad estricta. ¿O es que acaso alguien puede ignorar hoy que una de las actividades más seguras, es, sin duda, la actividad aeronáutica?

Como hemos ya señalado en un trabajo anterior⁽³⁶⁾, desde una perspectiva diádica, la actividad de transporte aéreo ha sido siempre la misma desde su inicio; esto es, un sujeto (transportista) que se obliga frente a otro (pasajero) a llevarlo sano y salvo a destino. En este sentido: ¿por qué no responder frente a éste en caso de incumplimiento, por la sola no consecución del resultado, si justamente su obligación consistió en garantizar dicho resultado?. La respuesta la encontramos si recreamos la lectura de la cita de los hermanos Wright⁽³⁷⁾: si entendemos históricamente a la actividad aeronáutica como una actividad altamente riesgosa en sus orígenes justamente por tratarse de una actividad por ese entonces novedosa y en donde no se poseían los

(33) SALVI, Cesare. *La Responsabilità Civile*. Op.cit.; pp.14-15.

(34) Como, por ejemplo, la cirugía estética, la actividad del médico dentista o la cirugía de fácil ejecución (verbigracia: una operación de amigdalitis). Véase al respecto: FRANZONI, Massimo. *La responsabilità nelle obbligazioni di mezzi e nelle obbligazioni di risultato*. En: *Responsabilità. Comunicazione. Impresa*. No.2. Año II. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1997. pp. 325-326.

(35) Ello, por cuanto, si fuera una actividad sujeta pura y exclusivamente a responsabilidad objetiva, el único supuesto de exclusión de responsabilidad que podría invocar el productor sería el caso fortuito y/o la fuerza mayor. En cambio, al productor, para no responder, se le permite también aportar la prueba del denominado “riesgo de desarrollo”; esto es, la prueba de que el producto *se creía* suficientemente seguro al momento en el cual fue puesto en circulación. Por esto, se le permite exonerarse de responsabilidad, probando que:

El defecto que ocasionó el daño *no existía* cuando el fabricante colocó el producto en circulación: o

Si *el estado de los conocimientos científicos y técnicos*, al momento en el cual el fabricante puso en circulación el producto, no permitía considerar todavía el producto como defectuoso.

Repárese entonces que el denominado “riesgo de desarrollo”, es uno *ya existente* al momento de la puesta en circulación del producto, pero que no podía ser descubierto dado el nivel de los conocimientos técnicos y científicos imperantes en dicho momento. Véase al respecto: FRANZONI, Massimo. *Fatti Illeciti*. Op.cit.; pp.536-540; y ALPA, Guido -BIN, Marino- CENDON, Paolo. *La Responsabilità del Produttore*. Padova: CEDAM, 1989. pp.136-140; y el artículo 6 de la D.P.R. del 24 mayo de 1988, No.224 que introdujo en Italia, la actuación de la Directiva CEE No.85/374.

(36) FERNANDEZ CRUZ, Gastón. *La Responsabilidad Civil del Gestor de Bases de Datos en la Informática Jurídica*. En: *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, año VIII. No.15. pp.261-262.

(37) Ver supra: cita a pie de página No.23.

conocimientos técnico-científicos que permitieran dominar los riesgos inherentes a esta actividad, el peligro que un aeroplano hecho de “madera y cañas de bambu” cayera a tierra, con probables daños a sus pasajeros y/o carga, era latente y altamente probable. Entonces, si a aquel sujeto que deseara invertir y llevar adelante esta actividad, le hubiésemos dicho “está bien, desarróllala, pero quedas advertido que deberás pagar por todos los daños que ocasiones a los pasajeros y/o carga en caso de accidente”; la respuesta de aquél hubiese sido franca y directa: “no puedo invertir en una actividad donde perderé más de lo que puedo ganar”. Esta respuesta, no de uno sino de todos los empresarios, hubiese determinado que nadie se dedique a la actividad de transporte aéreo, con la consecuente involución de esta actividad⁽³⁸⁾.

Lo dicho precedentemente, revela una de las funciones de la responsabilidad civil que más ha sido esquiva a la apreciación de los juristas clásicos, no acostumbrados a enfocar a la responsabilidad desde su perspectiva sistémica: la de incentivo y desincentivo de actividades.

La responsabilidad civil clásica⁽³⁹⁾ sólo ha podido apreciar -desde una perspectiva diádica- la mutación del eje central de la responsabilidad, de la culpa a la reparación del daño. Inclusive, no todos han podido apreciar que este cambio ha significado también que la culpa haya dejado de ser considerada el único criterio de selección de intereses merecedores de tutela, para ser reemplazada, en dicho rol, por la “injusticia del daño”. Es más, en el caso peruano, por ejemplo, el Código Civil peruano de 1984, tiene el triste privilegio de ser una de las codificaciones que más ha mal entendido la perspectiva sistémica de la responsabilidad civil: el artículo 1969, por ejemplo, luego de haber consagrado en su primer párrafo la

cláusula general interpretativa de responsabilidad subjetiva, sanciona en su segundo párrafo, una inversión de la carga de la prueba de la culpa, señalando lo siguiente: “el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

Dicho precepto, en su origen, fue saludado por la *opinio iuris* nacional, pues compartía “la actitud objetivista de la jurisprudencia peruana” que se adscribió, en esto, a una “tendencia universal”⁽⁴⁰⁾. Ha sido, absolutamente ignorada por otros, manifestando con ello una incapacidad de apreciación de las consecuencias que, sobre el juicio de responsabilidad, genera la prueba por presunciones⁽⁴¹⁾. Lo cierto es que, la doctrina nacional, en general, o ha sido incapaz de apreciar que el recurso a las presunciones de culpa se “inserta en la más general tendencia que se describe como objetivación del intercambio, lo cual induce a la objetivación de la responsabilidad civil⁽⁴²⁾” o, la ha defendido con vehemencia bajo el ropaje de la reparación integral, sustentada en “la necesidad objetiva de la reparación plena del daño⁽⁴³⁾”.

Y esto, precisamente, constituye un grueso error: el hecho incontestable que durante todo el siglo XIX y gran parte del siglo XX, la culpa haya cumplido el rol de criterio de selección de los intereses dignos de tutela, fungiendo de único factor atributivo de responsabilidad, contribuyendo con ello al desarrollo del capitalismo y al auge de la era de la industrialización, no significa -contrariamente a lo que muchos piensan hoy- que en la actualidad carezca ella (la culpa) de sentido y funcionalidad.

El principio de la reparación integral puede ser entendido, en nuestra experiencia continental contemporánea, como “el principio general de responsabilidad” solamente en los países industrializados, esto es, en aquéllos caracterizados por

(38) FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Op.cit.; p.262.

(39) Entendido esta vez el adjetivo calificativo “clásico” no con referencia a una unidad de tiempo pasado, sino a esa corriente de pensamiento intemporal, insuflado de ese “espíritu conservador” del que hablaba TRIMARCHI (ver, al respecto, cita a pie de página No.22).

(40) Véase, al respecto: DE TRAZEGNIES, Fernando. Op.cit.; Tomo I. Numerales 13, 14, 15, 64 y 66; pp.46, 47, 48, 49, 50, 149, 150 y 152.

(41) Véase, por todos: ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *El Nuevo Código Civil del Perú*. En: *Cuadernos de Derecho. Revista del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*. Lima, Año 1. No.1, 1992. p.20; y MERCADO NEUMANN, Edgardo. *Fundamentos del Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual*. En: *Themis. Revista de Derecho. Segunda Epoca*. Lima, No.10, 1988. p.73, quienes creen que el Código Civil peruano de 1984 en materia de responsabilidad extracontractual, ha mantenido el criterio de la responsabilidad subjetiva, como regla general.

(42) FRANZONI, Massimo. *Colpa presunta e responsabilità del Debitore*. Padova: CEDAM, 1988. p.436.

(43) LOAYZA LAZO, Alberto. *Propuestas y Fundamentos de las Normas de Enmienda a la Responsabilidad Civil*. En: *Diez Años del Código Civil Peruano. Balances y Perspectivas. Libro de Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 12 al 16 de setiembre de 1994*. Tomo II. Lima: WG Editor E.I.R.L. para la Universidad de Lima, 1995. p.339.

un notable desarrollo tecnológico; empero, aún en dichos países, no podrá sostenerse como único principio existente, pues, afirmar la responsabilidad objetiva absoluta conllevaría a la aseveración de que el hombre “ha logrado ser Dios”, dominando plenamente todos los campos en los que se desenvuelve. Siempre, la culpa, cumplirá un rol en cualquier sociedad contemporánea dentro de la cual se aplique un sistema de responsabilidad civil: el de incentivar el desarrollo técnico-científico en aquellas áreas aún no dominadas por el hombre.

En este contexto, en países no caracterizados precisamente como industrializados llamados eufemísticamente “países en vías de desarrollo”, la culpa, con su función macro sistémica de incentivo de actividades, estará llamada a seguir cumpliendo un rol muy importante y, a veces, superior al que puedan representar los factores atributivos objetivos de responsabilidad. En el Perú, el sentido común interpretativo de nuestra realidad nacional, debiera, cuando menos, llevarnos a la convicción que los artículos 1969 y 1970, sirven de cláusulas generales interpretativas, de igual rango; esto es, de una concepción bipolar de la responsabilidad civil que comprenda dos principios generales: la culpa, como factor atributivo de responsabilidad subjetiva, de un lado y, el riesgo, del otro, como factor atributivo de responsabilidad objetiva⁽⁴⁴⁾. Pero poco se lograría si no se obtiene la pronta derogatoria del segundo párrafo del artículo 1969 Código Civil nacional.

El haber consagrado una presunción legal en el sistema de responsabilidad civil por culpa -superando inclusive el recurso a las llamadas “presunciones simples”⁽⁴⁵⁾-; conlleva necesariamente una aproximación hacia la responsabilidad objetiva, trayendo como consecuencia -contrariamente a lo que algunos autores nacionales han sostenido⁽⁴⁶⁾- un sistema de responsabilidad civil casi objetivo. Casi objetivo -decimos- por cuanto en un sistema de responsabilidad objetiva, el causante es llamado a responder salvo que pruebe una causa no imputable. En cambio, teóricamente hablando, en un sistema de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba, el causante responderá, salvo que pruebe, o una causa no imputable (caso fortuito y/o fuerza mayor) o su ausencia de culpa, esto es, en este último supuesto, su comportamiento diligente en función a un patrón determinado.

Lo cierto es que, la infeliz fórmula del vigente artículo 1969 del Código Civil peruano, mantenido incluso en los proyectos de reforma que forjara el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima⁽⁴⁷⁾, ha terminado por catapultar a nuestro Código Civil, a la nada envidiable posición de ser uno de los códigos “más creativos” en materia de responsabilidad civil subjetiva y más inorgánico, si comparamos su normatividad en materia de responsabilidad contractual (radicalmente subjetivista bajo cánones ochocentistas), respecto a aquélla en materia de responsabilidad extracontractual

(44) Aún cuando hoy no exista razón válida alguna, en nuestro concepto, que pueda justificar al riesgo como “único” factor atributivo objetivo de la responsabilidad por hecho propio, pudiendo ésta ampliarse para comprender otros factores objetivos de responsabilidad, tales como la garantía, la equidad y el abuso del derecho.

(45) Una presunción legal se diferencia de una presunción simple, en que aquélla forma un todo indisoluble con el supuesto de hecho normativo; esto es, en palabras de Franzoni, que “... no son pruebas, sino que constituyen el modo de ser del supuesto de hecho mismo, indicando al intérprete los sujetos sobre los cuales recae la carga de la prueba de ciertos hechos (...) y explicitan la voluntad del legislador de conceder una tutela particular a algunas categorías de intereses...”.

Una presunción simple, en cambio, constituye una actividad librada al juez, quien, sobre la base de ciertas circunstancias propias de la actividad que desarrolla un sujeto (como, por ejemplo, de contenido tecnológico elevado o, por el contrario, actividades que no requieren la solución de particulares problemas técnicos), invierte la carga de la prueba que normalmente correspondería en una apreciación abstracta de la actividad, con el propósito de efectuar una mejor redistribución de los costos de los daños. Véase: FRANZONI, Massimo. *Colpa presunta ...* Op.cit.; pp.430 y ss.; así como el artículo 2729 del Código Civil italiano. Para una visión rápida y general sobre la problemática de la inversión de la carga de la prueba en el Derecho Civil, véase: CENDON, Paolo -ZIVIZ, Patrizia. *L’Inversione dell’onere della Prova nel Diritto Civile*. En: *La Responsabilità Extracontrattuale (a cura di Paolo Cendon)*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1994. pp.129 y ss.; en especial, pp.160-168.

(46) Ver: supra, llamada a pie de página No.41.

(47) Véase el libro: *Diez Años del Código Civil Peruano...* Op.cit.; Tomo II. p.461 (artículos 36 de la Propuesta de Enmienda de la Comisión de Responsabilidad Civil integrada por los profesores Lizardo Taboada Córdova, Eduardo Seminario Stulpa, Yuri Vega Mere, Ricardo Maguina Pardo, Alberto Loayza Lazo, Germán Barrios y Olenka Woolcot; aún cuando, debemos advertir, en un trabajo reciente, el profesor VEGA MERE, nos advierte de las críticas existentes al respecto, pero sin adherirse por completo a las mismas. Ver: VEGA MERE, Yuri. *Breve Panorámica de la Responsabilidad Civil en el Derecho Peruano*. En: *El Código Civil del Siglo XXI*. Tomo II. Lima: Ediciones Jurídicas, 2000. p.847.

(aparentemente casi objetiva, bajo una presunción de culpa presunta). Lamentablemente, esa “creatividad” del Código Civil peruano; manifestada en el contenido sin precedentes del artículo 1969 del Código Civil, no ha sido compartida por los más ilustres visitantes que han opinado sobre nuestro Código⁽⁴⁸⁾ y más bien pareciera reposar, en opinión que compartimos con Vega Mere, en “razones de política legislativa que consagran la regla *favor victimae* para facilitar el resarcimiento del daño⁽⁴⁹⁾”; regla derivada del principio *favor debilis*, que no es, sino, el principio que sustenta la finalidad tuitiva de la víctima, más conocido como el “principio solidarístico” de la responsabilidad, base de la reparación integral del daño.

El gran problema -ya lo hemos indicado-, radica en la visión miope de la responsabilidad civil que cree que el principio solidarístico que la sustenta se agota en la perspectiva diádica de aquélla, circunscribiendo exclusivamente a este ámbito la afirmación que “la regla de *favor victimae* condice sin dudas con la opinión dominante en el estado actual del pensamiento jurídico”, la cual sustentaría la procedencia de dicha regla bajo una presunción legal de culpa⁽⁵⁰⁾.

En realidad, el principio solidarístico de la responsabilidad civil, desde su perspectiva sistémica, justifica -como excepción- el sacrificio de uno o más individuos en aras del bienestar social: a veces y, sólo cuando es indispensable, el sacrificio de uno (víctima) puede llegar a significar el beneficio de todos, evitando con ello la multiplicación de daños y la generación de nuevas víctimas en el futuro.

Por esto, hoy, puede decirse que, desde la perspectiva del “derecho continental” y, desde un punto de vista “micro-económico” o “diádico”, la función esencial de un sistema de responsabilidad civil es la de la reparación del daño (comprendida dentro de la denominada “función satisfactoria del daño”, que incluye tanto la función de reparación del mismo en el daño patrimonial, como la función aflictivo-consolatoria, tratándose del resarcimiento

del daño extrapatrimonial); empero, no es menos cierto que esta función, basada en un principio solidarístico, se entiende subordinada a la función “sistémica” de la responsabilidad civil de incentivo o desincentivo de actividades. Esto es, a diferencia de la perspectiva “ochocentista” de la responsabilidad civil, si bien hoy la pregunta a realizarse no es ya más si hay una buena razón para que el autor de un daño deba responder, sino más bien, si puede encontrarse una razón para negar el derecho de la víctima al resarcimiento. Esta visión solidarística de la responsabilidad estará siempre subordinada a la necesidad de incentivar o no el desarrollo de una actividad. Así, por ejemplo, no existe duda que actividades como la manipulación de gas y su envasado en balones, crea un riesgo connatural e inherente a la realización de dicha actividad; empero, la sociedad debe tolerarla por su utilidad social, lo cual dista mucho de incentivar el desarrollo de la misma. Esta es la razón por la cual dicha actividad será llevada al campo de la responsabilidad objetiva. En cambio, actividades donde es necesario incentivar el desarrollo técnico-científico, como por ejemplo, determinado tipo de prestaciones médico-quirúrgicas, son llevadas al campo de la responsabilidad subjetiva, pues, la culpa, tanto por su concepto eminentemente personal como por su dificultad de probanza, determinará necesariamente como efecto que las víctimas subvencionen, de algún modo, el desarrollo tecnológico que, al mejorar el estado de los conocimientos científicos en determinada actividad, beneficiará en última instancia a la sociedad toda. En este supuesto, no hay duda que el principio solidarístico de la responsabilidad no puede ser apreciado exclusivamente desde un punto de vista individual sino desde un punto de vista colectivo, siendo justamente en esta visión de la responsabilidad civil donde se marca una diferencia de perspectiva notoria entre la doctrina del *civil law*, en relación a la del *common law*.

(48) Véase las relaciones de: VISINTINI, Giovanna. *La Responsabilidad Civil Extracontractual en el Código Peruano. Comparación con los Modelos del Civil law*; CHABAS, François. *Comentario de las Disposiciones del Código Civil Peruano relativas a la Responsabilidad Civil. Comparación con el Derecho Francés*; y DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Reflexiones sobre la Propuesta de Enmienda de la Comisión de Responsabilidad Civil. Aspectos Sistemáticos y de Fondo*. En: *Diez Años del Código Civil Peruano ...* Op.cit.; Tomo II. pp.308-311; 319-320; 372-373.

(49) VEGA MERE, Yuri. Op.cit.: p.847.

(50) ALTERINI, Atilio Aníbal. *La Presunción Legal de Culpa como regla de 'favor victimae'*. En: *Responsabilidad por Daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1990. p.213.

3 El “principio solidarístico” del *civil law* frente al criterio de “eficiencia económica” del *common law*; la problemática de la multiplicidad de funciones atribuidas a la responsabilidad civil.

Y es que al principio solidarístico de la responsabilidad civil defendido por la doctrina del *civil law*, se le han venido a confrontar tesis inspiradas en sistemas del *common law* y, particularmente, en el derecho estadounidense, que -en vía crítica- oponen al solidarismo la idea de “eficiencia económica”. A través de métodos desarrollados desde puntos de vista económicos, se abre una nueva y compleja perspectiva que persigue analizar los efectos optimales acordes con las reglas del mercado. Dentro de estos métodos, constituye un esencial e indiscutido aporte el realizado por el Análisis Económico del Derecho y sus cultores. Es conocida y divulgada, por ejemplo, la afirmación de Posner sobre el rol que debe cumplir la eficiencia económica en relación con la noción de justicia, al postularla como concepto sinónimo de ésta, pues “en un mundo de recursos escasos, el desperdicio debe considerarse inmoral⁽⁵¹⁾” y, de allí, la necesidad del enfoque económico del derecho, porque “la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo (nuestro mundo) donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas⁽⁵²⁾”.

No existe duda -por la trascendencia del aporte- que el Análisis Económico del Derecho ha revolucionado la forma de ver el derecho contemporáneo y ha introducido variantes de perspectiva que han impactado en el contenido tradicional de ciertos conceptos originalmente afirmados en el *civil law*, como por ejemplo, el concepto de “prevención”. Como ya afirmaba Williams en el año 1951, “contra la teoría que considera la sanción del ilícito como factor de orden moral, están quienes creen que aquélla constituye solamente un instrumento de

prevención”, en donde “la acción que deriva del ilícito es una ‘parábola jurídica’ establecida para controlar la conducta futura de cada uno de los componentes de la comunidad⁽⁵³⁾”. Aquí, la idea de prevención tiene un significado diferente a aquél propio de la doctrina clásica de la culpa en el *civil law*, “en cuanto el efecto *deterrence* queda ligado no al peso de la amenaza de la responsabilidad respecto a específicos comportamientos dañosos, sino a la incidencia de las reglas resarcitorias sobre la asignación de los recursos a través del mercado⁽⁵⁴⁾” consagrándose el principio del *cheapest cost avoider* (la parte que evita daños al menor coste), sobre la base del análisis de las capacidades de prevención de los sujetos y la aceptación del método de prevención general de los daños como forma de remoción del coste primario de los accidentes⁽⁵⁵⁾.

En este contexto, pues, se privilegia a la finalidad preventiva como función esencial de la responsabilidad civil en donde la culpa cumplirá un rol vital, “revalorizándose” aparentemente también la idea de “sanción civil” y la función punitiva de la responsabilidad civil que un vasto sector doctrinario del *civil law* ha pretendido negar. Por esto, en la perspectiva de un sistema moderno y por lo menos en la experiencia jurídica norteamericana, se habla de tres funciones desarrolladas por un sistema de responsabilidad civil⁽⁵⁶⁾:

i) Función preventiva (*deterrence*), destinada a inducir a los potenciales causantes de daños a adoptar los medios de seguridad necesarios para evitar la posible renovación de conductas dañosas.

ii) Función compensatoria (*compensation*), destinada a garantizar un adecuado resarcimiento a favor del sujeto damnificado; y

iii) Función punitiva (*punishment*), destinada a penalizar al causante del daño con sanciones civilísticas cuando la conducta del agente ha infringido en modo considerable las reglas de la conciencia social.

De las funciones precedentemente reseñadas, la función punitiva cumple un rol subsidiario al servicio

(51) POSNER, Richard. Op.cit.; p.32.

(52) Ibid.; p.11.

(53) WILLIAMS, Glanville. *The Aims of the Law of Tort*. En: *Current Legal Problems*. 1951. p.138. Citado por: ALPA, Guido – BESSONE, Mario. *Atipicità dell'illecito. Parte Prima: i profili dottrinali*. Milano: Dott. A. Giuffrè. Seconda Edizione. Ristampa, 1981. p.3.

(54) SALVI, Cesare. *La Responsabilità Civile...* Op.cit.; p.20.

(55) Sobre este último tema véase: CALABRESI, Guido. *El Coste de los Accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Traducción de la edición en inglés por Joaquim Bisbal. Barcelona: Ariel, 1984. pp.82 y ss.

(56) PONZANELLI, Giulio. *La Responsabilità Civile. Profili di diritto comparato*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1992. p.25.

de la función preventiva de la responsabilidad civil, desde que la propia sanción impuesta al responsable de un daño cumple también una función de disuasión a la reiteración de la conducta penalizada; rol éste que -en la experiencia del *common law* y, particularmente, en la experiencia estadounidense- ha sido reservada a los denominados “daños punitivos”.

De esta manera, las funciones preventiva y compensatoria de la responsabilidad civil se erigen en “funciones indiscutibles y fundamentales de la responsabilidad civil⁽⁵⁷⁾”; empero, en la experiencia del *common law*, cabrá preguntarse si, acaso, existe aún una prevalencia de la función primera sobre la segunda.

En efecto, como reiteradamente se ha hecho notar en el desarrollo de este trabajo, el rol de la culpa en el Siglo XIX ha estado “en perfecta sintonía con los objetivos declarados del desarrollo económico-industrial del naciente capitalismo”, cumpliendo el rol indiscutible de “subsidio de la emergente industria capitalista⁽⁵⁸⁾”. Pero dicho rol, varió de hecho a partir de mediados del siglo XX, cuando justamente el capitalismo industrial obtuvo como resultado que diversas áreas de las actividades humanas alcancen un grado aceptable de desarrollo tecnológico. Por esto, si el centro de la discusión en la perspectiva “ochocentista” de la responsabilidad civil se situó en el binomio “responsabilidad por culpa vs. no responsabilidad” en el siglo XX, el centro de gravedad de la discusión se trasladó al binomio “responsabilidad objetiva vs. responsabilidad subjetiva⁽⁵⁹⁾”; esto es, a la discusión de la prevalencia de la función compensatoria

de la responsabilidad civil o de la función preventiva de ésta.

Esta discusión bipolar última, propia de la responsabilidad civil contemporánea, tanto en los sistemas del *civil law*, como en los del *common law*, ha tomado, sin embargo, caminos diversos: mientras que en el “Derecho continental” pretende afirmarse la prevalencia de la función compensatoria de la responsabilidad bajo el principio de la “reparación integral”, en los países del *common law* pareciera privilegiarse la función preventiva de la responsabilidad civil.

Así, en el Derecho norteamericano, el conflicto entre los objetivos de *compensation* y *deterrence*, se ha plasmado en la lucha por su prevalencia, entre los regímenes de *negligence (the least cost avoider)* o de *strict liability (the best-place decider)*, desde que es apreciable que el objetivo de *compensation* puede obtenerse mejor y más ampliamente a través de la regla de imputación de la responsabilidad por *strict liability* (responsabilidad objetiva), mientras que el objetivo de *deterrence* (prevención), puede actuarse y obtener mejores resultados a través de la culpa (régimen de *negligence*).

Esta aparente imposibilidad de convivencia de las funciones de *compensation* y de *deterrence* en un mismo régimen de *tort*⁽⁶⁰⁾, ha llevado a la experiencia norteamericana -fiel a sus orígenes capitalistas- a reafirmar la prevalencia de la regla de responsabilidad por culpa como principio general, aún en campos en donde la responsabilidad estricta parecía haber ganado terreno para su aplicación⁽⁶¹⁾.

(57) *Ibid.*; p.26. Véase también: ALPA, Guido. *Trattato di Diritto Civile. Volume IV: La Responsabilità Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè S.A. Milano, 1999. p.134; TUNC, André. *La Responsabilité Civile*. 2da.ed. Paris: Edición Económica, 1989. Numerales 161 y 170; pp.134-135 y 142. Opinión en contra, atribuyendo igualdad de jerarquía en las funciones compensatoria, preventiva y punitiva, puede consultarse en: DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Algunas Previsiones sobre el Futuro de la Responsabilidad Civil*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1995. p.231.

(58) PONZANELLI, Giulio. *Op.cit.*; pp.52-61.

(59) *Ibid.*; p.58.

(60) Esto, pese a las agudas apreciaciones de algunos conspicuos juristas norteamericanos pertenecientes a la escuela del “Análisis Económico del Derecho”, como Posner, quien ha observado con agudeza que constituye un error establecer una dicotomía entre la negligencia y la responsabilidad estricta, toda vez que una siempre tiene en parte un componente de la otra. Véase: POSNER, Richard. *Op.cit.*; p.172.

(61) Al respecto, PONZANELLI, nos señala lo siguiente: “(...) Un ejemplo paradigmático es ofrecido por el sector de la responsabilidad del productor: introducida hace casi treinta años la responsabilidad objetiva del productor por la introducción al mercado de bienes o productos de consumo defectuosos, luego de los repetidos y victoriosos ataques a la fortaleza de la ‘*privity of contract*’, buena parte de la ‘*legal scholarship*’ norteamericana se ha interrogado si tanto empeño en dicho sentido fue necesario. Las reglas de ‘*strict liability*’ parecen no haber conseguido los objetivos que se trazaron y, más bien, haber producido pesadas consecuencias sobre la comunidad económico-social entera. Lo mismo puede ser dicho para lo que respecta al sector de la ‘*medical malpractice*’, como para el sector de los daños producidos por la circulación de vehículos: las soluciones ‘*no-fault*’, introducidas en más de un estado norteamericano, no parecen haber correspondido integralmente a las expectativas y a las atenciones puestas en ellas por sus defensores. La tensión existente es perceptible, pero acontece siempre al interior de un cuadro general que vuelve a potenciar, mas que a disminuir, las capacidades del sistema para ofrecer tutela a nuevas situaciones y a nuevos intereses (...)”. PONZANELLI, Giulio. *Op.cit.*; pp.86-87.

La influencia de estos nuevos conceptos desarrollados a partir de la experiencia de sistemas pertenecientes al *common law*, en sistemas del *civil law*, ha sido diversa y de magnitud variable. No hay duda, sin embargo, que el nuevo concepto de prevención, que persigue descubrir al sujeto que presuntamente está en mejor posición para reducir la probabilidad de que acontezcan sucesos dañosos, sobre la base del análisis económico de la asignación de los recursos a través del mercado, de manera tal que se produzca una repartición o distribución óptima interna de los riesgos. Internalización, es el concepto que más hondo ha calado en cultores contemporáneos del *civil law*, principalmente italianos, alemanes y franceses, que acogen hoy a la función preventiva como una de las funciones fundamentales de todo sistema de responsabilidad civil⁽⁶²⁾.

Empero, debe verse con particular reserva la recepción por parte de sistemas del derecho continental, de algunos conceptos exportados por los sistemas del *common law*, tales como aquél de los “daños punitivos”. Es más, también debe verse con particular reserva la recepción acrítica del propio método del Análisis Económico del Derecho y la pretensión de algunos “despistados” receptores de dicho método, al pretender poner en “un mismo saco”, a todos sus cultores⁽⁶³⁾.

A los fines de este trabajo, apreciaremos críticamente, solamente dos de los conceptos recepcionados -como dogmas- por algunos juristas del *civil law*:

i) La defensa de una función punitiva de la responsabilidad civil y la pretendida recepción y admisión de los denominados “daños punitivos”.

ii) La admisión -como si fuera una regla matemática- del principio del *cheapest cost avoider*, como base de la función preventiva de la responsabilidad civil.



Paralela a la evolución -dentro de los sistemas del *civil law*- que significó el abandono de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil y el progresivo deterioro del rol que aquella cumplió, de ser considerado el único criterio de selección de los intereses merecedores de tutela, a pasar a ser reputado un factor atributivo de responsabilidad, a la par de otros; se produce también el abandono de una noción puramente ética de la culpa y, por ende, de una función punitiva de la responsabilidad.

Es pacífico hoy el entendimiento que, dentro de los sistemas del *civil law*, la lógica que importa una función sancionatoria de la responsabilidad civil es “extraña a la mayor parte de los países de derecho continental, los cuales, entre otras cosas, no conocen

(62) Además de los autores citados en el presente trabajo, conviene revisar la amplísima bibliografía citada por ALPA, Guido. *Trattato di Diritto Civile. Volume IV: La Responsabilità Civile*. Op.cit.; p.131. Nota a pie de página No.88; y, particularmente: MONATERI, Pier Giuseppe. *La Responsabilità Civile*. En: *Trattato di Diritto Civile diretto da Rodolfo Sacco. Le Fonti delle Obbligazioni. Vol. III*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese-UTET, 1998. pp.19 y ss. Para revisar el escepticismo de la doctrina española a la admisión -cuando menos legislativa- de la función preventiva de la responsabilidad civil, ver: DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1999. pp.47-48; y DE ANGEL YAGÚEZ, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Op.cit.; pp.60 y ss.

(63) Es sabido, por ejemplo, que el método aplicado por Posner no persigue solamente la simple aplicación de las categorías económicas a los fenómenos jurídicos, sino que la esencia de su método reside en la constatación que los individuos “se comportan como racionales maximizadores de sus propias satisfacciones”, principio base de las teorías utilitarias que difieren de la tesis desarrollada por Calabresi, según los esquemas de la “economía del bienestar”. Para una revisión crítica de estas teorías, desde la perspectiva del *civil law*, conviene consultar: ALPA, Guido. *Trattato di Diritto Civile. Volume IV: La Responsabilità Civile*. Op.cit.; pp.146-156.

formas de daños punitivos de derivación anglo-americana⁽⁶⁴⁾". Más allá de algunas opiniones de características generales y tradicionales de las cuales se puede extraer la idea del resarcimiento como equivalente de "sanción civil"⁽⁶⁵⁾, toda vez que aquél es, en última instancia; la sanción que el orden jurídico prevé para las violaciones de las normas jurídicas⁽⁶⁶⁾. Lo cierto es que hoy, la opinión dominante en el *civil law*, es de negar la admisibilidad y pertinencia de una función punitiva o penal de la responsabilidad civil, que es más bien propia del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador.

A esta perspectiva, se opone la mentalidad jurídica de corte anglosajón, que ha propugnado la aplicabilidad de los *punitive damages* o "daños punitivos", que conllevan una clara función de "castigo y disuasión del culpable" que harían de esta institución, una figura "intermedia entre el Derecho Civil y el Derecho Penal⁽⁶⁷⁾".

Los "daños punitivos" cumplen, pues, una primaria función sancionatoria, pues están dirigidos a castigar al causante o responsable de un daño injusto y, por ende, cumplen una verdadera función de "sanción civil"; y, una evidente función secundaria destinada a obtener un efecto *deterrence*, pues, al castigar a los responsables que han infringido las reglas básicas de convivencia pacífica (reglas de la conciencia social), se les disuade (a dichos culpables) de la posible intención de reiterar en el futuro sus conductas y se les advierte, además, a los demás integrantes de la comunidad que se sintieran tentados a imitar esas conductas, de sus graves consecuencias; disuadiéndolos también de su realización en el futuro.

Son emblemáticos los casos desarrollados en Cortes de los Estados Unidos de Norteamérica, tales como el de Grimshaw vs. Ford Motor Co. (1981) y el de Liebeck

vs. Mc. Donald's (1994). En el primero de los nombrados, se resolvió sobre un asunto que involucró daños generados a un conductor de vehículo (muerte) y a un pasajero del mismo (quemadura de tercer grado), cuya fabricación fue defectuosa. Ford Motor Co., en la fabricación de su modelo de automóvil "Pinto", incurrió en un defecto de producción que determinaba que, ante un impacto trasero ocasionado por otro vehículo a cierta velocidad, se producía una explosión en el tanque de gasolina del auto impactado⁽⁶⁸⁾.

En el proceso, se llegó a determinar que Ford Motor Co. llegó a conocer el defecto de su producción luego de poner sus productos en circulación y que, pese a ello, no los retiró del mercado por la simple y sencilla razón que, luego de un estudio estadístico de los fallos de las cortes norteamericanas, era más costoso retirar toda la producción de los vehículos defectuosos y reemplazarlos por autos nuevos y sin defectos para cada adquirente, que pagar a cada eventual perjudicado una indemnización compensatoria por sus daños, la cual, inclusive, podía verse reducida vía transacción.

En el caso, el Jurado falló en favor del demandante, otorgándole daños punitivos ascendentes a US\$ 125'000,000.00 (ciento veinticinco millones y 00/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), que posteriormente fueron reducidos por la Corte de Apelaciones a US\$ 3'500,000.00 (tres millones quinientos mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica).

En el segundo de los casos nombrados, la señora Liebeck demandó a Mc. Donald's por quemaduras de tercer grado sufridas en la ingle, la parte interna de los muslos y los glúteos, en circunstancias que, comprando una taza de café desde su automóvil, ésta se le derramó cuando pretendía desprender la tapa de la taza para añadir crema y azúcar, ocasionándole las heridas antes

(64) FRANZONI, Massimo. *Il Danno al Patrimonio*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore S.A., 1996. p.715. En igual sentido: ALPA, Guido. *Trattato di Diritto Civile. Volume IV: La Responsabilità Civile...* Op.cit.; p.133; DÍEZ-PICAZO, Luis. Op.cit.; p.44; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *¿Conviene la introducción de los llamados 'daños punitivos' en el Derecho Argentino?*. En: *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. Segunda Epoca. No.31. pp.5 y ss.

(65) A veces se utiliza, en forma indistinta, las nociones de "resarcimiento", "pena privada" y "sanción civil". Para una diferenciación de estos conceptos conviene revisar: FRANZONI, Massimo. *Colpa Presunta...* Op.cit.; pp.45-51; y, más recientemente, en la obra del mismo autor: *Il Danno al Patrimonio*. Op.cit.; pp.719-723.

(66) Véase al respecto: DE CUPIS, Adriano. *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Traducción de la 2ª edición italiana por Martínez Sarrion, Angel. Barcelona: Bosch, 1975. pp.580 y ss.; y, las críticas vertidas a esta posición que recoge la idea de la "sanción resarcitoria", en nuestro trabajo: *Responsabilidad Civil y Derecho de Daños...* Op.cit.; pp.96 y ss.

(67) DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Algunas Previsiones ...* Op.cit.; p.69.

(68) Referencias a este caso en nuestro medio y a muchos más relacionados a "daños punitivos" sancionados por Cortes Norteamericanas pueden encontrarse en: PAYET, José Antonio. *La Responsabilidad por Productos Defectuosos*. En: *Biblioteca para Leer el Código Civil*. Vol. VIII. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990. p.170.

indicadas. La temperatura del café superaba los 82° grados centígrados.

Pese a la defensa de Mc. Donald's sobre el gusto del público norteamericano de consumir el café a altas temperaturas y a la demostración "técnica" que es solamente a temperaturas altas que el contenido aromático y gustativo del café se mantienen en condiciones óptimas, quedó demostrado en juicio que Mc. Donald's conocía -por casos anteriores acontecidos- de los riesgos de causar quemaduras graves a los consumidores y que no había hecho nada, ni pretendía hacer nada, para revertir o atenuar dichos riesgos.

En el caso, en última instancia, se amparó la pretensión de la demandante, concediéndole daños compensatorios ascendentes a US\$ 160,000.00 (ciento sesenta mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) y US\$ 2'700,000.00 (dos millones setecientos mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), como daños punitivos⁽⁶⁹⁾.

Como puede apreciarse de los casos precedentemente reseñados, las pretensiones indemnizatorias de los demandantes fueron amparadas en ambos; empero, se les concedió una cobertura adicional que excedió largamente la compensación de los daños realmente ocasionados, bajo el justificativo de sancionar la conducta realizada por los agentes y desalentar la repetición de las mismas en el futuro. En este contexto, los daños punitivos representan en el *common law*, un pago concedido por encima de la indemnización que compensa los daños realmente sufridos por la víctima y, en donde "su monto busca sancionar al causante por considerar que su conducta, a la vez de ocasionar daños, es inaceptable y debe ser modificada"⁽⁷⁰⁾.

Y en esto radica precisamente la gran debilidad de su sustentación y un gran defecto de los sistemas del *common law*:

i) Primero, porque al otorgar una indemnización a una víctima por encima del menoscabo económico que ha sufrido ésta realmente, se altera el principio del resarcimiento integral de la damnificada, generándose,

por el contrario, un lucro por el daño con la consecuente incentivo de conductas dañosas (repetitivas) y de ocasiones de daño. No es por esto casual que la aplicación de "daños punitivos" por parte de la jurisprudencia norteamericana haya generado la institucionalización de las famosas *Gold-digging actions* (demandas en busca de riqueza), en donde se produce el incremento de "víctimas" a partir de un mismo hecho; esto es, sujetos que, ante un precedente que ha consagrado daños punitivos, se auto-infringen daños con la pretensión de acceder a indemnizaciones millonarias.

Por esto, ha escrito bien Díez-Picazo al respecto: "si se quiere castigar y se está autorizado para castigar, no parece justo ni equitativo proporcionar a quien sufrió un daño sumas que sean superiores a este daño, porque en tal caso se le está enriqueciendo. Si se considera justo obtener del autor de un hecho ilícito exacciones, multas o cosa parecida, más allá del importe del daño efectivamente causado, lo justo es que estas sumas vayan a parar a manos del común o lo que es lo mismo al Tesoro Público⁽⁷¹⁾".

Justamente la alteración de lo que pretende erigirse como basamento de la responsabilidad civil contemporánea, que es el restablecimiento del *status quo* roto por la intromisión del daño, se constituye en la crítica paradójica del sistema del *common law*: pretendiéndose, a través de los daños punitivos, producir un efecto desincentivador de conductas dañosas en los agentes, se obtiene, precisamente, el efecto contrario en las víctimas, incentivándose las ocasiones de daño (lo que se conoce como incentivo perverso).

ii) Y es que el efecto no deseado de incentivo de ocasiones de daño, no es sino, el efecto natural del segundo gran defecto de los sistemas del *common law*: la imposibilidad de discernir y distinguir entre las visiones "diádica" y "sistémica" de la responsabilidad civil y el nivel en que se desenvuelven ciertas funciones de ésta. Ya en un trabajo anterior⁽⁷²⁾, hemos afirmado que, en realidad, la negación de una función punitiva a la responsabilidad civil, en nada afecta a la función de prevención que ésta pueda desempeñar.

(69) Para un análisis más detallado y completo del caso, revisar, en nuestro medio: BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Responsabilidad Civil: Café, un tema caliente después del caso Mc. Donald's*. Traducción realizada del artículo en inglés publicado por Gerlin, Andrés, en el *Wall Street Journal*, el día 02 de setiembre de 1994. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año I. No.1. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1995. pp.253 y ss.

(70) *Ibid.*: Nota a pie de página No.2. p.257.

(71) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op.cit.*: p.46.

(72) FERNANDEZ CRUZ, Gastón. *La Responsabilidad Civil del Gestor ... Op.cit.*: Nota a pie de página No.10. p.261.

Un claro ejemplo de esto puede encontrarse en la aplicación de indemnizaciones por *class action* dentro del *civil law*: si una víctima de un daño -por ejemplo- como consecuencia de la utilización de un producto defectuoso, reclama una indemnización por el daño sufrido, comprobándose que todos los demás adquirentes del mismo producto se encuentran potencialmente expuestos a sufrir el mismo tipo de daño, nada obsta para considerar como “víctimas del daño” al individuo que realmente lo ha sufrido (perspectiva diádica) conjuntamente con la sociedad toda (perspectiva sistémica), quien se ha visto perjudicada por la sola introducción en ella de bienes con defecto que han generado riesgos de daños a nivel individual. Esto es que, el sólo riesgo de sufrir daños a nivel individual constituye en sí mismo un daño a nivel social, por lo que, desde la perspectiva sistémica de la responsabilidad civil, la sociedad toda es una víctima del daño consistente en la introducción de bienes peligrosos en la colectividad.

Este razonamiento, aplicado al caso *Grimshaw vs. Ford Motor Co.* reseñado precedentemente, hubiese determinado un fallo que igualmente ordenara pagar al responsable un monto indemnizatorio de una envergadura tal, que hubiese cumplido también con producir el efecto *deterrence* deseado de disuadir, tanto al agente como a otros potenciales causantes de daños, de repetir conductas del tipo que motivaron el fallo. Empero, en la medida que el monto indemnizatorio ordenado pagar cumpliría una función compensatoria, de un lado -a nivel diádico- dirigido a resarcir a la víctima individual del daño (quien recibiría siempre no más de aquello indispensable para borrar las huellas de la lesión); y, del otro -a nivel sistémico-, dirigido a resarcir a la víctima social del daño (la colectividad), se evitaría el efecto del incentivo perverso que significa la generación de expectativas en las víctimas de lucrar con su propio daño.

Así, si el productor que ha introducido un producto defectuoso en el mercado, es obligado a responder por

el mecanismo de la tutela resarcitoria a través del pago de una indemnización que no sólo -a nivel diádico- persiga indemnizar a la víctima, sino también -a nivel sistémico- a la sociedad toda; en dicha indemnización estará incluida no sólo la reparación del daño de la víctima individual, sino también la reparación del daño a la colectividad, cuyo monto -para el caso de daños ocasionados por la circulación de vehículos automotores- podrá ser destinado a efectuar mejoras en la red vial; siendo este razonamiento aplicable al desarrollo de cualquier actividad humana⁽⁷³⁾.

El abandono de la idea de resarcimiento como equivalente de sanción en el *civil law* no ha significado, sin embargo, la superación de la discusión que, en determinadas áreas del daño resarcible, aún pueda sustentarse -por algunos- la aplicación de una función punitiva de la responsabilidad civil. Ello sucede, por ejemplo, dentro del área del resarcimiento del daño extrapatrimonial en donde se sostiene -por parte de la doctrina comparada contemporánea- que puede atribuirse una función sancionatoria a las normas de responsabilidad civil, toda vez que el rol de la indemnización en esta área no consiste en la reintegración de la esfera patrimonial afectada por el daño. Así, la discusión sobre la función del resarcimiento del daño no patrimonial se centra en atribuirle, o una función punitiva; o una función reparatoria; o una función aflictivo-consolatoria⁽⁷⁴⁾.

Aún cuando el presente trabajo no tiene por objeto el estudio de la función del resarcimiento del daño extrapatrimonial, sirva esta breve referencia para dejar sentada nuestra posición en el sentido que no creemos en la existencia de diversas categorías del daño resarcible⁽⁷⁵⁾, pues éste es uno solo que, para ser calificado como tal, debe cumplir con ciertos requisitos: el de su certeza (fáctica y lógica); el de no haber sido resarcido al momento de invocar la tutela resarcitoria; el de su especialidad (que afecte el interés de un sujeto o de un ente colectivo que han merecido

(73) Por ejemplo, en casos de daños al ambiente: para el caso de la actividad minera, se lograría -verbigracia- el mismo efecto “*deterrence*”, para la no reiteración de conductas dañosas en esta actividad, fallándose montos indemnizatorios que no sólo tengan como destinatarios a las víctimas individuales (perspectiva diádica), sino también a la sociedad toda (perspectiva sistémica), fallándose dentro del monto indemnizatorio sumas destinadas a resarcir a la sociedad por el daño ambiental (a emplearse, por ejemplo, en la reforestación de bosques; en estudios de impacto ambiental; o en combatir la contaminación del medio ambiente), produciéndose el efecto de prevención deseado, sin recurrir a la idea de sanción, ajena al Derecho Civil.

(74) Consúltese al respecto el excelente libro de FRANZONI, Massimo. *Il Danno alla Persona*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1995. pp.723 y ss.

(75) Posición compartida, por ejemplo, por SALVI, Cesare. *Il Danno Extracontrattuale. Modelli e Funzioni*. Napoli: Jovene Editore, 1985. pp.283 y ss.

juridicidad por el orden); y, por supuesto, que se trate de un daño injusto.

La circunstancia que la denominada función satisfactoria del daño –desde una perspectiva diádica– se materialice de diversas maneras ante la existencia comprobable de daños reparables, de un lado e irreparables, de otro (como por ejemplo, la muerte de un ser querido), no afecta la unidad del daño resarcible, sino que, simplemente, constata una limitación de hecho. Si desde el punto de vista diádico se ha priorizado la función resarcitoria y el principio solidarístico de la reparación integral, la constatación de la existencia de daños irreparables, en el sentido que, fácticamente se comprueba la imposibilidad de poder restablecer el *status quo* roto por la intromisión del daño (la muerte, verbigracia, no puede ser “reparada”), no puede llevar a negar la tutela resarcitoria a la víctima, quien, ante la imposibilidad de ser “reparada”, tendrá que conformarse con una tutela aflictivo-consolatoria que, al no poder desenvolver una función reparadora del daño, cumplirá una función de mitigación del mismo. Esta limitación, impuesta por los hechos, se presenta también en áreas ajenas al daño extrapatrimonial, como por ejemplo, en el área de protección de intereses lesionados por el incumplimiento, en donde se puede constatar la existencia de otra limitación de similares características: cuando se otorga al acreedor lesionado por el daño –como consecuencia de un incumplimiento obligacional– el derecho potestativo a optar entre la ejecución forzada de la obligación o la tutela del daño compensatorio, aún cuando aquél (sobre la base de su interés y la posibilidad de la prestación) pudiera optar por la ejecución forzada y la tutela de su interés en el cumplimiento de la obligación; a veces tendrá que

conformarse con la tutela del resarcimiento del daño compensatorio, cuando, por ejemplo, para obtener la tutela del interés creditorio hubiese que ejercer violencia en la persona del deudor (verbigracia: en las obligaciones de hacer y de no hacer). En este caso, se trata también de la constatación de una limitación impuesta por la naturaleza de los hechos tan igual como la constatación de la limitación impuesta por la existencia de ciertos daños de naturaleza irreparables, en el resarcimiento del daño extrapatrimonial.

Por estas y otras razones, bien se ha afirmado que “parece difícil admitir la idea de que el resarcimiento del daño moral pueda constituir una modalidad del restablecimiento de la situación anterior, alterada por el dolor o las turbaciones. Estos, bien vistas las cosas, no pueden ser anulados; empero, a través del resarcimiento del daño, se pueden crear condiciones alternativas, capaces de mitigar la lesión sufrida⁽⁷⁶⁾”.

La función eminentemente aflictivo-consolatoria del resarcimiento del daño extrapatrimonial queda así configurada como una manifestación de la función satisfactoria de la responsabilidad civil desde una perspectiva diádica⁽⁷⁷⁾, en detrimento de la afirmación de una función reparatoria de aquél⁽⁷⁸⁾.

Bajo una perspectiva de Análisis Económico del Derecho, se ha resaltado también que, básicamente, un sistema de responsabilidad civil extracontractual cumple tres funciones esenciales⁽⁷⁹⁾: i) la desincentivo de actividades que aumenten el número y gravedad de los accidentes; ii) la compensación de las víctimas; y, iii) la reducción de los costos administrativos inherentes a todo sistema de responsabilidad civil.

Dentro de esta perspectiva, la reducción de los costes se transforma en la función principal de la responsabilidad civil⁽⁸⁰⁾ y ello por cuanto ésta es vista

(76) FRANZONI, Massimo. *Il Danno alla Persona...* Op.cit.: p.726.

(77) Para el análisis de la perspectiva diádica de las funciones de la responsabilidad civil y, particularmente, del desenvolvimiento de la denominada “función satisfactoria” de la responsabilidad, consultar: FERNANDEZ CRUZ, Gastón. *Responsabilidad Civil y Derecho de Daños*. Op.cit.: principalmente numerales 10 y 11, pp.88-92; y, sobre todo: FERNANDEZ CRUZ, Gastón. *Los Supuestos Dogmáticos de la Responsabilidad Contractual: La División de Sistemas y la Previsibilidad*. En: *Derecho Civil Patrimonial* (Alfredo Bullard y Gastón Fernández, Editores). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. Numeral 6; pp.267-276.

(78) En contra, en nuestro medio: FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Hacia una nueva Sistematización del Daño a la Persona*. En: *Cuadernos de Derecho*. Revista del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Año 2. No.3. Lima, 1993. p.33; quien, sobre la base de criterios ontológicos, pretende sustentar una distinción entre “reparación” y “resarcimiento”, reservando el primer vocablo para la indemnización del “daño a la persona”. Consúltese también sus demás obras citadas en la nota a pie de página No.13 del artículo reseñado.

(79) Véase: CALABRESI, Guido. Op.cit.: pp.42 y ss. En nuestro medio: BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *¿Cómo vestir a un santo sin desvestir a otro?. La responsabilidad limitada de las sociedades y los accidentes*. En: *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. Lima: ARA Editores, 1996. pp.371 a 378.

(80) CALABRESI, Guido. *Ibid.*: p.44.

esencialmente como “un mecanismo social para la traslación de los costos”, en donde la decisión sobre donde dejamos permanecer y a quien hacemos soportar las consecuencias económicas del daño “tiene, en realidad, un evidente aspecto preventivo⁽⁸¹⁾”.

Vistas las reglas de la responsabilidad civil como instrumento de prevención general de los sucesos dañosos, enseña el Análisis Económico del Derecho que uno de los criterios básicos que debe conducir a adoptar reglas de responsabilidad objetiva (*strict liability*) o reglas de responsabilidad subjetiva (*negligence*) radica en el análisis de las capacidades de prevención de los sujetos. Así, el que está en mejor posición de prever e impedir los daños, debe adoptar las medidas idóneas destinadas a evitarlos y, de no hacerlo, deberá responder.

De esta manera, se consagra el principio denominado *cheapest cost avoider* (la parte que evita daños al menor coste) como base de un sistema de prevenciones, afirmándose que la responsabilidad civil debe usar:

- a) El criterio de la culpa, en casos de prevención bilateral; o,
- b) La responsabilidad objetiva, en casos de prevención unilateral.

Este principio, de indudable trascendencia en la responsabilidad civil contemporánea, puede estar en capacidad de generar problemas en juristas del *civil law*, si éstos pretenden aplicarlo de manera general y absoluta en todos los casos bajo análisis. Un jurista del *civil law*, por su propia formación y manera de pensar el Derecho, tiende a razonar bajo categorías y a formular generalidades. Expresión clara de este pensamiento, lo constituye la existencia de cláusulas generales interpretativas de responsabilidad destinadas a ser usadas y completadas en sede jurisdiccional. Ejemplo de ello, en el Código Civil peruano, lo constituyen los artículos 1969 y 1970, que no son sino, justamente, cláusulas generales interpretativas de responsabilidad subjetiva y de responsabilidad objetiva, respectivamente.

Un juez, un abogado o un jurista peruano -al igual que cualquier otro del *civil law*- se sentirá tentado de generalizar situaciones, partiendo de un supuesto

particular: si cree que un accidente de circulación vial merece ser analizado bajo los criterios de responsabilidad objetiva, concluirá en que todos los accidentes de tránsito deberán verse bajo la misma óptica; si cree que los daños originados en la praxis médica merecen ser evaluados bajo los criterios de responsabilidad subjetiva pues la responsabilidad médica toda deberá ser vista y medida bajo el mismo criterio; si, finalmente, cree que la responsabilidad por productos debe ser merituada bajo las reglas de la responsabilidad estricta, pues aplicará esta regla para todos los casos de daños existentes en la relación productor-consumidor.

Esta óptica constituye -sin duda- una “tara conceptual”, como tara conceptual constituye también el raciocinio de la regla *cheapest cost avoider* como si se tratara de una fórmula matemática.

Al respecto, Monateri, en Italia, en una reciente obra⁽⁸²⁾, ha examinado la eficiencia de la regla *cheapest cost avoider* en casos límite, demostrando que -a veces- la culpa puede resultar siendo una solución superior a la responsabilidad objetiva, pese a tratarse de situaciones de prevención unilateral. Para esto, examina un caso de responsabilidad del productor:

Cuando es solo el productor quien puede proyectar un producto seguro, fabricarlo sin defectos y advertir al consumidor de riesgos potenciales, estamos hablando de un solo sujeto, el fabricante, que estaría en mejor posición de prever los daños.

Este sería, entonces, un típico caso de prevención unilateral, en donde deberían adoptarse los criterios de responsabilidad objetiva.

De otro lado, puede suceder que sea necesario que el consumidor que usa el producto tenga también que realizar acciones de prevención: debe usar el producto con cautela y con arreglo a las instrucciones adjuntas, por ejemplo. En este caso, se tendría entonces que no sólo el productor, sino el consumidor del producto, estarían en posición de tomar precauciones para prever ocasiones de daño. Cabría hablar aquí, en consecuencia, de la existencia de prevenciones bilaterales, resultando la culpa el criterio más eficiente para la asignación de responsabilidades.

(81) MONATERI, Pier Giuseppe. Op.cit.: pp.19 y 20.

(82) Ibid.: pp.45 a 48. Véase también el extracto de esta obra publicado en: *Análisis Económica del Derecho Privado* (a cura di Guido Alpa - Pierluigi Chiassoni - Andrea Pericu - Francesco Pulitini - Stefano Rodotà - Francesco Romani). Milano: Dott. A. Giuffrè Editore S.A., 1998. pp.280-298; en especial, pp.294-296.

El destacado comparatista italiano, realiza entonces un análisis, partiendo de supuestos “errores que derivan de una elección errónea de esquemas de responsabilidad”, señalando lo siguiente: “supongamos, en primer lugar, que adoptemos la responsabilidad objetiva en situaciones de prevención bilateral. Como hemos ya visto, esto libera a las víctimas potenciales de cualquier deber de atención, volviendo los incidentes dañosos potencialmente más frecuentes y más graves. Ahora cometamos el ‘error’ opuesto y utilicemos la culpa en casos de prevención unilateral. Como hemos visto, las prevenciones del potencial causante de daños alcanzarían de cualquier modo el nivel eficiente que minimiza el costo social esperado, esto es, el nivel de prevención eficiente: el mismo nivel(...)que sería alcanzado inclusive en presencia de una responsabilidad objetiva. Como quiera que estamos utilizando la culpa, la víctima estará sujeta a una responsabilidad complementaria, debiendo soportar todos los daños derivados del comportamiento diligente de la otra parte, o derivados de su culpa absorbente. Puesto que, por hipótesis, estamos ante una situación de prevención unilateral, no hay nada que la víctima pueda hacer para reducir la propia responsabilidad complementaria; a ella le toca sólo soportar los daños vinculados a la culpa de la otra parte. Por tanto, no se verifica ninguna ineficiencia en prevención, ya que el potencial causante de daños alcanza de cualquier modo el nivel óptimo de prevención, en la medida que traslade sobre la víctima el costo de los accidentes no debidos a su culpa (del causante).

En base a estas consideraciones, se puede concluir que la culpa es superior a la responsabilidad objetiva en situaciones que se prestan a dudas, puesto que no se corre el riesgo de aumentar la frecuencia y la gravedad de los accidentes. Usar la responsabilidad objetiva en lugar de la culpa puede inducir a las víctimas a no asumir prevenciones justificadas por un análisis racional de costos y beneficios, conduciendo en cambio a los potenciales causantes de daños a ser muy cautelosos en sus actividades, más allá de poder causar accidentes más frecuentes y más graves.

Viceversa, usar la culpa en lugar de la responsabilidad objetiva, no tiene efectos sobre el

plano de la prevención, pero sí efectos distributivos sobre las víctimas potenciales⁽⁸³⁾”.

La virtud de la afirmación precedentemente citada radica en la demostración que el análisis de las capacidades de prevención de los sujetos y sus reglas de aplicación, no pueden ser tomados bajo supuesto dogmáticos, lo que aparentemente realizan en nuestro medio algunos jóvenes cultores del Análisis Económico del Derecho. Además, tiene la virtud de demostrar la íntima vinculación existente entre las visiones diádica y sistémica de la responsabilidad civil: los criterios de prevención que se adopten y, sobre todo, la decisión que se tome sobre la incentivo o desincentivo de una actividad a nivel macro-sistémico, tendrán incidencia sobre las funciones reparatoria y distributiva de la responsabilidad civil a nivel micro-sistémico.

Como bien ha señalado Monateri, si utilizamos la culpa en casos de prevención unilateral, no hay nada que la víctima pueda hacer para reducir los supuestos de responsabilidad: “a ella le toca sólo soportar los daños vinculados a la culpa de la otra parte”.

Lógicamente, algunos pretenderán decir aquí que se entra a una situación de ineficiencia puesto que el causante del daño, al hacerlo responder por culpa, dejaría de adoptar las medidas de prevención que originalmente habría adoptado en los supuesto de responsabilidad objetiva.

Nada más falso cuando se trata de utilizar la culpa al servicio de la función macro-sistémica de incentivo de actividades:

Cuando, por ejemplo, se intenta incentivar una actividad (la cual, inclusive, por naturaleza, podría esta en aptitud de generar peligro), puesto que no ha alcanzado el grado de desarrollo tecnológico o científico deseado, se sabe que “es el sujeto que reviste la calidad de potencial causante de daños(...)el que tiene la competencia tecnológica para reducir los incidentes causados por su actividad⁽⁸⁴⁾” o, de no tenerla, es el que desea adquirirla, para desarrollar más eficientemente su actividad, pues, a mayor tecnología, menores riesgos y mayores ganancias.

En el ejemplo que pusieramos de la actividad de transporte aéreo⁽⁸⁵⁾, es obvio que desde las épocas de los hermanos Wright, las prevenciones han sido siempre

(83) Ibid.; pp.45-46.

(84) Ibid.; p.44.

(85) Ver: supra, numeral 3) y nota a pie de página No.23.

unilaterales pues ayer, hoy y siempre, los pasajeros podrán hacer poco o nada para evitar que los aviones se caigan. ¿Por qué entonces la responsabilidad civil ha optado históricamente, en un inicio, por establecer a la culpa como factor atributivo de responsabilidad, pese a tratarse de un caso de prevención unilateral?

Porque de esta manera, se lograba la incentivo del desarrollo de esta actividad y la consecuente obtención de mejoras tecnológicas, sin que ello vaya necesariamente en desmedro de soluciones óptimas de prevención: es obvio, por ejemplo, que el transportista no desea que se le caigan o se le sigan cayendo los aviones con los que realiza una actividad lucrativa y que representan su capital de trabajo, por lo que el “ahorro” que obtendrá al disminuir las ocasiones de reparación (cuando no se le pueda probar culpa, por ejemplo), lo invertirá en investigación y tecnología hasta alcanzar, cuando menos, un grado de desarrollo medianamente aceptable. Lo dicho es aplicable a la realización de cualquier actividad humana.

En realidad, entonces, no se verifica ninguna situación de ineficiencia en prevención cuando las ocasiones de reparación disminuyen en beneficio del incremento de tecnología: lo que un productor o, en general, cualquier potencial causante de daños que realiza una actividad “ahorra” al pagar menos indemnizaciones (principalmente por la dificultad en la probanza de su culpa), no determina que disminuya su nivel de prevención, pues invertirá en la tecnología necesaria para preservar o mejorar su capital de trabajo.

Obviamente, si ya se ha alcanzado ese grado de desarrollo tecnológico medianamente aceptable, aplicando la función sistémica de incentivo de actividades de la responsabilidad civil utilizando la culpa, aun en casos de prevención unilateral, la persistencia en la aplicación de esta situación límite, aparentemente contraria a la regla del *cheapest cost avoider*, sí produciría una situación de ineficiencia en los niveles de prevención de quien está en mejor posición de prever los daños: en este caso, el “ahorro” en los costes indemnizatorios sí irían a parar a los bolsillos de los productores o de los potenciales causante de daños. De lo dicho, se extrae, pues, una conclusión inevitable:

Invertir la regla del *cheapest cost avoider* en los casos de prevención unilateral, aplicando la responsabilidad subjetiva (el criterio de la culpa), sólo producirá una situación de ineficiencia en el supuesto de existir ya un grado de desarrollo tecnológico socialmente aceptado.

4 Notas conclusivas.

En la historia de la humanidad, cuando el conocimiento tecnológico era inexistente o escaso, la responsabilidad civil sirvió de instrumento para el desarrollo tecnológico y científico por medio de la culpa. Allí nace el principio de “ninguna responsabilidad sin culpa” y el rol de ésta como único criterio de selección de tutela de los intereses lesionados por el daño. En esta etapa, se prioriza la función sistémica de incentivo de actividades aún en desmedro de la reparación de daños a las víctimas, permitiendo que éstas financiaran el desarrollo tecnológico, principalmente de la industria, en la fase del capitalismo ochocentista.

Obtenido luego, en ciertas área del quehacer humano un grado de desarrollo medianamente adecuado, insurge el criterio de la responsabilidad objetiva bajo los estandartes de la reparación integral del daño y el principio solidarístico de la responsabilidad civil, rompiendo en gran medida con el subsidio que las víctimas realizaban a los industriales. Aquí, el rol de la culpa, es reorientado: de ser el único criterio de selección de los intereses mercedores de la tutela resarcitoria, pasa a ser un factor atributivo de responsabilidad, a la par de otros, de naturaleza objetiva.

Hoy, pues, puede decirse, a inicios del siglo XXI, que la responsabilidad civil cumple funciones diversas, pero todas orientadas bajo perspectivas complementarias:

Desde una perspectiva diádica o micro-sistémica, la responsabilidad civil cumplirá, básicamente, una triple función:

a) Satisfactoria; como garantía de consecución de los intereses que merecieron juridicidad por el orden jurídico, incluida la reparación del daño, cuando éste se ha hecho presente, en su carácter de fenómeno exógeno al interés.

b) De equivalencia; que explica el por qué la responsabilidad civil representa siempre una afectación patrimonial, en donde “alguien” deberá siempre soportar las consecuencias económicas de la garantía asumida para la satisfacción de intereses dignos de tutela. Presente el fenómeno exógeno del daño, se deberá decidir si esta afectación patrimonial se deja allí donde se ha producido o, si por el contrario, conviene trasladarla a otro sujeto.

c) Distributiva; presente sólo cuando el daño ha afectado un interés tutelado, cuya función consistirá -

como su propio nombre lo indica- en distribuir entre determinados sujetos el costo de su actividad, induciendo de esta manera a una regulación espontánea acorde con los lineamientos macro-económicos perseguidos. De esta manera, esta función servirá para la aplicación de los justificativos teóricos del traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable, a través de los denominados “factores atributivos de responsabilidad”.

Desde una perspectiva *sistémica* o *macro-económica*, la responsabilidad civil cumplirá, básicamente, dos funciones esenciales, con sujeción al modelo económico que se tome como referencia:

- i) Una función de incentivo o desincentivo de actividades; y,
- ii) Una función preventiva.

El presente trabajo ha pretendido demostrar la forma en que deben desenvolverse estas funciones, desde la perspectiva macro-sistémica de la responsabilidad civil, en sistemas del *civil law* y bajo el modelo solidarístico que se propugna, opuesto (en parte) al modelo económico-liberal. No ha pretendido este trabajo erigirse en una defensa del rol de la culpa en épocas contemporáneas. Su pretensión ha sido mucho más modesta: explicar el diferente rol que aquella cumple, a inicios del siglo XXI, en oposición a aquél que cumplió en la época ochocentista.

Además, ha tenido también otra pretensión modesta: demostrar que desde siempre, economía y derecho han estado ligados y que el análisis de esta íntima vinculación no es privatista de métodos importados del *common law*, como el Análisis Económico del Derecho.

Ignorar, sin embargo, los valiosos y trascendentales aportes realizados al Derecho en general y, a la responsabilidad civil en particular, por dicho método, sería ingenuo e imperdonable en alguien con vocación de jurista en la familia del *civil law*. Es importante, sin embargo, recepcionar las valiosas experiencias de sistemas distintos al nuestro, en forma crítica; máxime, si responden normalmente a modelos “puros”, cuya inserción a sistemas como el nuestro pareciera (en esta época y, en nuestro medio), haber sido realizada con *fórceps*.

En suma, la íntima vinculación entre economía y derecho existente desde siempre. Aun en sistemas como el del *civil law*, regidos por el principio solidarístico, no parece significar -en nuestro concepto- un triunfo de la eficiencia económica como crítica del solidarismo. Aún el más insigne cultor de las corrientes utilitaristas del Análisis Económico del Derecho, como es Posner, ha admitido (con una oración poco citada por sus seguidores nacionales) que “la justicia es algo más que economía⁽⁸⁶⁾”.

No seamos, pues, más papistas que el Papa. 

(86) POSNER, Richard. Op.cit.; p.33.