

EL PELIGROSO MITO DE LA OBJETIVIDAD EN LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL* **

Fernando Berckemeyer Olaechea***

Tradicionalmente se ha sostenido que la revolución industrial trajo consigo una serie de nuevas actividades riesgosas, donde era sumamente difícil determinar al autor –si es que existía uno- y probar su autoría. Se dice que la responsabilidad civil, en su afán de proteger a la víctima, se vió forzada a desechar la noción de “culpa” y abrir el camino a la denominada responsabilidad objetiva, dejando sobre el tablero la incómoda pregunta: ¿por qué se responsabiliza al autor si éste no es culpable?

En el presente artículo, el autor no discute ni cuestiona la existencia o aplicación de tales reglas. Discute su sustento.

Luego de un exhaustivo análisis lógico de la institución, Fernando Berckemeyer devela el “mito de la responsabilidad objetiva”, que consiste en la expulsión de la culpa de los fundamentos de la responsabilidad civil. Ella, escondida, permanece como el soporte de sus normas.

Este joven autor saca a la luz una verdad que contemporáneamente parece haber sido olvidada: “En el Derecho se juega más que el Derecho”. Por ello, es fundamental que sea la culpa el pilar último en el que descansan las reglas de la responsabilidad civil, pues sólo ella representa lo que la sociedad aspira y considera correcto. En síntesis, la Justicia.

“!Soy yo, yo quien lo ha hecho!”

Palabras con las que Niso prorrumpie fuera de su escondite cuando ve que Euríalo va a ser muerto por los rutulos por creerlo éstos culpable de la muerte de dos de sus guerreros cuando en realidad ésta había sido obra del primero.

Eneida, libro IX, v.427

Virgilio

A MANERA DE ADVERTENCIA

Este es un escrito curioso. Lo es al menos en cuanto que pretendidamente jurídico, dado que en él no nos centraremos, ni mucho menos, en lo que disponen o deberían disponer determinadas normas positivas. Sucede que no sólo pensamos que el Derecho es mucho más que normas, sino que ni siquiera creemos que éstas sean lo más importante en él. Sostenemos más bien que son sólo la superficie, lo que aflora del Derecho. Lo verdaderamente esencial es lo que está debajo de esta superficie, sosteniéndola. Son las razones filosóficas, económicas, históricas, políticas, éticas, religiosas, sociológicas y demás, que están detrás de una norma, y la explican, lo único que, a nuestro entender, en realidad importa en el Derecho¹. Son también, y para suerte nuestra cuando escribimos estas líneas, las más interesantes.

NOTA INTRODUCTORIA

La responsabilidad civil es uno de los pilares del Derecho Occidental. De hecho, la idea misma de

* A mi tío Manuel, con la seguridad de que volveremos a reír juntos.

** Agradezco la ayuda que en la redacción de este artículo me han prestado mis amigos Andrés Bayly y Enrique Pasquel.

*** Estudiante de octavo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de Contenido de THEMIS – Revista de Derecho.

¹ Es por esto, después de todo, que lo que estudiamos en las facultades universitarias los futuros abogados es Derecho y no tal o cual Código, y que no perdemos nuestro título cuando la normas a las que nos referimos en nuestros estudios son cambiadas por otras.

Derecho implica la de responsabilidad civil. Y es que, ¿qué es el Derecho, después de todo, sino un conjunto de reglas que, mediante la tutela de determinados intereses, establece un orden objetivo en la sociedad y hace así posible la vida en ésta? Y, ¿qué sería de esta tutela y, consiguientemente, del Derecho que la da, si éste no contemplase también el modo de reparar las lesiones que a estos intereses y a este orden infrinjan los hombres? ¿De qué serviría, por ejemplo, que el ordenamiento jurídico reconozca el derecho de Pedro a la propiedad de su casa si luego permanecerá impávido cuando Juan la destruya?

Creo que las preguntas anteriores nos dan una idea de la importancia de la responsabilidad civil en un sistema jurídico cualquiera. Es lo que cierra el círculo del Derecho, permitiendo que éste sea efectivamente norma y rija para establecer en la realidad el orden que propone en el lenguaje. Ésta, garantizar al resto del sistema, es pues la verdadera función de la responsabilidad civil, antes que la de compensar a la víctima, la de internalizar las externalidades, o cualquier otra. Decimos, en suma, que sin responsabilidad civil el Derecho no sería más que una declaración vana; lírica sólo en el mejor de los casos.

De ahí la importancia del estudio de esta figura jurídica y de ahí la motivación de estas líneas que pretenden tratar un aspecto central de aquélla, aspecto este que ha suscitado innumerables veces la atención de los más doctos analistas jurídicos y que ha sido el centro de la discusión doctrinaria sobre la responsabilidad civil en gran parte del último siglo. Me refiero a la supuesta objetividad de los modernos sistemas de responsabilidad civil.

En ese sentido, intentaremos probar en lo que sigue que, contrariamente a lo que sostiene un importante sector de la doctrina, las revoluciones tecnológicas que sustentaron la Revolución Industrial no trajeron consigo la aparición de daños humanos (que son éstos los que interesan al Derecho) en los que no hay culpa (en realidad sustentaremos que esto es en sí una contradicción); y que, consiguientemente, la expulsión de la culpa de los fundamentos de la responsabilidad civil que los juristas hicieron apoyándose de este aparente dato no era necesaria (propondremos mas bien que fue hecha para satisfacer determinados intereses profesionales). Trataremos de demostrar, asimismo, que los juristas fracasaron en el antes mencionado intento - como no podía ser de otra forma puesto

que, según sostendremos, implicaba forzar la naturaleza de las cosas - y que la tan mentada objetividad del sistema a nivel de sus fundamentos - que la de muchas de sus reglas es innegable- no es más que una bien difundida mentira, un mito. Un mito que, por último, tiene graves consecuencias tanto para el Derecho como para la sociedad que éste pretende regir, dado el especial rol del primero en la segunda. Un mito que, en conclusión, resulta peligroso para los dos.

DE LA NECESIDAD DE LA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Dice Croce que "toda historia es historia contemporánea". Es esta una manera sin duda poderosa de decir que las cosas son lo que son, porque fueron lo que fueron, y que, por lo tanto, en el desocultamiento de su pasado está la clave de la comprensión de su presente.

La responsabilidad civil, naturalmente, no escapa a lo anterior. Por eso queremos comenzar este trabajo recordando lo más brevemente posible su historia, particularmente desde la perspectiva del problema que nos ocupa. Creemos que en el cómo y para qué nació, y en el cómo y por qué fue cambiando hasta hoy, está la respuesta a la pregunta por lo que la responsabilidad civil es; o mejor, dado que es obra humana, por lo que debe ser.

Fernando de Trazegnies, autor de uno de los poquísimos libros² que en nuestro medio se han escrito sobre el tema de la responsabilidad civil, nos ofrece una reseña histórica sobre el mismo particularmente abarcativa y didáctica, a fuer de representativa de lo que es la visión tradicional de la doctrina respecto de lo que fue el paso de la culpa a la objetividad como sustento del sistema. A ella nos atenderemos en gran parte de lo que sigue.

BREVE HISTORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil, como la mayoría de las instituciones del Derecho de Occidente, nació en Roma. Esto, en tanto que la afamada *lex Aquilia* es la primera norma jurídica de la que tenemos noticia que regulaba el tema de la reparación económica del daño que los hombres se hacían unos a otros.

Ahora bien, lo que los romanos sancionaban era la "*iniuriae*"; esto es, una conducta sin justificación

² DE TRAZEGNIES, Fernando. "La Responsabilidad Civil Extracontractual". En: BIBLIOTECA PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL. Volumen IV. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.

jurídica, conducta injusta en el sentido positivo del término en tanto que quien la realizaba no tenía derecho para hacerlo.

Lo contrario, la represión de cualquier conducta dañosa, por otra parte, hubiera sido – y es- absurdo en tanto que, en un mundo de recursos escasos como el nuestro, los intereses que puedan ser satisfechos (los derechos que puedan ser ejercidos) sin dañar con ello otros intereses, son contados. Como dicen los seguidores del Análisis Económico del Derecho, al que nos referiremos más extensamente en unos párrafos, las funciones de utilidad de la personas son interdependientes³. Por eso tuvo que establecer el Derecho Romano el viejo aforismo: “quien usa su derecho a nadie perjudica”. Se trataba - y se trata-, pues, simplemente, y como ya lo hemos señalado al partir, de que el orden establecido por el Derecho se respete, esté vigente; o, en otras palabras, que los intereses que la norma, sobre la base de determinados valores, ha decidido proteger por encima de otros, sean efectivamente protegidos y satisfechos.

De otro lado, en este sistema de responsabilidad civil, no se entraba a determinar la culpa del agente de la acción dañosa para obligarlo a indemnizar, sino que bastaba para ello con comprobar que no tenía derecho a infringir el daño que infringió. Por ello, la doctrina clásica del Siglo XX -por ejemplo, Josseland⁴- clasificó este sistema como “objetivo”.

Y si “objetivo” fue el Derecho Romano clásico, “objetivos” se habían de mantener durante siglos tanto los diferentes sistemas romanistas como el Derecho Anglosajón.

En este último, la responsabilidad civil encuentra su primer antecedente en el recurso de *trespass* que origina la jurisprudencia inglesa del Siglo XIII; recurso éste que fue la respuesta del espíritu jurídico anglosajón, siempre práctico y abierto a la realidad, a los daños directos y físicos que se causaban a personas y propiedades en el reino.

No sería hasta el Siglo XVII que la idea de culpa –y con ella, la llamada subjetividad- haría su entrada en el mundo de la responsabilidad civil positiva. Fueron la influencia de la cosmovisión liberal, tan en boga en

ese momento, que colocaba en un primer plano al individuo frente a la sociedad y hacía que éste no pueda ser responsabilizado más que por lo que es fruto de su libre elección, y la influencia del Derecho Canónico, que venía tratando el tema desde el medioevo y que veía en el daño injusto una especie de pecado jurídico, los que explicitaron a la culpa como un presupuesto fundamental del sistema de responsabilidad civil.

Un siglo después, el Código Napoleón, con su famosa cláusula general de responsabilidad, uniría de manera aparentemente indisoluble la responsabilidad civil a la culpa en el derecho positivo.

Una concepción completamente estricta de la culpa, sin embargo, planteaba insalvables obstáculos prácticos al sistema de la responsabilidad civil y le impedía satisfacer la que era en lo inmediato su función esencial: reparar a la víctima. A fin de cuentas, como puso de manifiesto la doctrina alemana de la época, cada uno es culpable o no en relación con sus posibilidades. “A nadie puede pedírsele que sea más listo de lo que Dios lo ha hecho” escribió representativamente Brodmann⁵. Y demás está describir las innumerables complicaciones y los consiguientes costos que traía el medir judicialmente las posibilidades intelectuales de un sujeto.

La culpa hubo pues de ser objetivada y se recuperó la antigua ficción romana del “buen padre de familia” (el *reasonable man* del derecho inglés), a fin de constituir un parámetro objetivo que hiciera posible medir la conducta del causante.

Nuevos problemas traería, empero, el futuro al sistema, y los juristas tuvieron que declarar al criterio de la culpa insuficiente para la realización del fin de la reparación de los daños injustos. Dice Trazegnies que la culpa “podía funcionar dentro de un mundo todavía simple como el de los siglos pasados” pero no después de las revoluciones industriales y tecnológicas que a éstos siguieron. Estas últimas crearon una multiplicación de los riesgos y una variación cualitativa esencial en los mismos. “Los nuevos riesgos – prosigue el jurista- tienen una naturaleza elusiva debido a su complejidad y no permiten identificar con facilidad al culpable, si existe alguno.

³ Así, por ejemplo, Alfredo Bullard, quien explica esta interdependencia mediante el caso del fumador que, al fumar, recibe un beneficio (el placer correspondiente) pero genera una externalidad en quien se encuentra a su lado (que ve incrementadas sus posibilidades de contraer cáncer). Sube de esta forma la función de utilidad (o beneficio) del primero de forma inversamente proporcional a la disminución que experimenta la del segundo (BULLARD, Alfredo. “Causalidad Probabilística: El problema de los costos administrativos en el diseño de un sistema de responsabilidad civil extracontractual”. En : *Ius et Veritas*. N°3. Año II. p.14, nota al pie de página #14)

⁴ JOSSERAND, Louis. “Cours de Droit Positif Français” Tomo II. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933. p. 23

⁵ BRODMANN, citado por DE TRAZEGNIES, Fernando. Op.cit. p.45.

¿Cómo pedirle a los parientes de las víctimas de un accidente de aviación que prueben que el piloto actuó con negligencia (aún cuando ésta sea objetivamente considerada), para tener derecho a una indemnización? ¿Cómo exigir que la persona que se intoxicó con un producto defectuoso pruebe que el fabricante fue negligente o imprudente en su elaboración?⁶. Ello sería muy costoso, si es que se pudiese hacer del todo.

El Derecho tiene entonces que reaccionar, una vez más, para poder cumplir su misión de garantizar los intereses que está hecho para tutelar y realizar así su función de corregir los daños injustos. Y lo hace de dos formas.

La primera respetaba aún la idea de culpa: se invirtió la carga de la prueba. Ahora el causante se presumía culpable, disminuyéndose de esta forma marcadamente los costos de la búsqueda de justicia que hacía la víctima.

Con la segunda los juristas quisieron ir más lejos. Expulsaron así la idea de culpa no sólo de la regla positiva (bastaban ahora la determinación de daño y causante para que éste quedara obligado a indemnizar), sino también de sus fundamentos doctrinarios, declarando que la nueva época tecnológica había traído consigo la aparición de daños en los que no hay culpa y que se hacía entonces necesario fundar el desplazamiento del daño en criterio "objetivos", los cuales, por lo demás, tenían el carisma de ser susceptibles de medición empírica y exacta. Se estableció así, en los dos niveles del Derecho - el de la regla y el de su justificación doctrinaria-, lo que hoy conocemos como sistema de responsabilidad objetiva.

LA PREGUNTA

Quedó, sin embargo, incómoda, una pregunta: ¿por qué el causante sin culpa tenía que convertirse, al pagar el daño, en la nueva víctima del mismo? Una vez desterrada del Derecho la idea de culpa, ¿qué justifica el traslado del daño al causante? No admitir este traslado es golpear a la víctima, pero, como escribe el célebre jurista francés Georges Ripert en un bello clásico⁷ que esperamos poder hacer tema de un futuro trabajo y que citaremos a menudo en lo que sigue: "¿por qué la víctima más bien que el autor?"⁸

"Se necesita entonces - como prosigue Ripert- una razón para la atribución del daño al autor; ¿adónde encontrarla?"⁹

LA RESPUESTA DEL RIESGO

La idea de riesgo, en un primer momento, pareció ofrecer una respuesta: "el que realiza una actividad para beneficio propio está creando un riesgo y debe responder por él", elaboraron los juristas. Ello no obstante, en la enorme mayoría de los casos, tanto el causante (que maneja su auto) como la víctima (que cruza la calle para comprar), han creado un riesgo por su propio provecho.

Se busca entonces abrir un nuevo camino y no intentar ya el desplazamiento de la víctima al causante; sino eliminar la carga de ambos hombres. Se dice así que, dado que la mayoría de accidentes se produce porque la sociedad acepta la realización de determinadas actividades riesgosas al querer obtener ciertas ventajas de ellas (la sociedad permite, por ejemplo, que los autos puedan circular a más de, digamos, 10 kilómetros por hora), la sociedad debe compartir el peso de los daños que como consecuencia se generan.

Este traslado del costo del daño a la sociedad se logra mediante dos formas principales, como enseña Calabresi :

- a) A través del seguro: se trata del seguro obligatorio para aquellos riesgos de carácter rutinario fácilmente identificables y categorizables como los accidentes de automóvil y en los que la carga la llevan todos los asegurados a través de las primas.
- b) A través del sistema de precios: Se da en la llamada "responsabilidad del productor". Se hace a éste responsable porque es la parte que está en mejores condiciones de diluir ese costo en el todo social a través de un incremento en el precio. Todos los que compran el producto están asumiendo el riesgo de un potencial defecto del mismo que haya escapado a todo control.

No obstante esto, la carga del daño no está siendo trasladada en realidad a la sociedad, o al menos no de manera suficiente. En lo más, ésta actúa como una intermediaria, un puente por el que transita el daño

⁶ Ibid. p.47

⁷ RIPERT, Georges. "La Règle Morale dans les Obligations Civiles". Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

⁸ "...pourquoi la victime plutôt que l'auteur?" (Ibid. p.21)

⁹ "Il faut donc une raison d'attribution du dommage à l'auteur; où la trouver?" (Ibidem)

hacia el causante, quien es, a fin de cuentas, quien paga las primas que irán subiendo conforme tenga o no más accidentes, o quien ve disminuidas sus ventas, y con ellas, sus ganancias, por haber tenido que subir sus precios a niveles probablemente no competitivos, a causa de las indemnizaciones que tuvo o pueda tener que pagar.

La pregunta, pues, permanece: ¿Por qué el causante en lugar de la víctima? ¿Por qué, si una vez eliminada la culpa el daño no puede ser más que el resultado de una cadena de causalidad en la que nada tiene que hacer, o mejor, puede hacer, la voluntad del sujeto?

LA RESPUESTA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO

El Análisis Económico del Derecho nos dará una respuesta, aunque para ello tenga que privar al Derecho de lo que Ripert llama su “savia moral”. Los seguidores de esta corriente, como su nombre lo indica, miden las consecuencias económicas de las diversas normas jurídicas y, en base a esto, analizan su valor. En esa medida, una norma será buena cuando tienda a lograr la más adecuada (“eficiente”, dirían ellos) distribución de recursos (que no otra cosa, a fin de cuentas, contienen los derechos); esto es, cuando asigne los recursos que invariablemente contienen las normas aquellos usos en los que alcanzan su mayor valor. Se impide así cualquier desperdicio de recursos en un mundo que los ofrece limitadamente.

El daño, entonces, desde esta postura, habrá de pasar al causante por razones económicas.

Y así, por ejemplo, el profesor de Oxford Kaldor Hicks, trabajando sobre el famoso Óptimo de Pareto, sostiene que el peso económico del daño deberá caer en el causante porque de esta forma sólo se realizarán acciones dañosas –y por lo tanto, daños- cuando éstos sean eficientes dado que los hombres, como maximizadores racionales que son, solo realizarán dichas acciones cuando, a pesar de la indemnización que tengan que pagar a la víctima, sigan teniendo alguna ventaja¹⁰. De esta forma se satisface la eficiencia en tanto que hay un incremento de la riqueza general. El daño ha dejado más a la sociedad que lo que le ha quitado.

Calabresi, el brillante decano de Yale que ha sido uno de los principales exponentes de esta corriente, por su parte, señala que es el causante y no la víctima el que

tiene que soportar el peso económico del daño porque él es el “*cheapest cost avoider*”, el que tiene las mayores posibilidades económicas (es el que puede hacerlo al menor costo en tanto que normalmente es el mejor informado) de controlar el riesgo. Así, como bien ejemplifica Trazegnies, “es indudable que el propietario de un automóvil puede contribuir más fácilmente y a más bajo costo a evitar daños a peatones, que lo que pueden hacer los peatones mismos: los propietarios tienen un cierto control sobre la potencialidad riesgosa del automóvil ya que están en aptitud de revisar periódicamente sus frenos y su dirección, usar llantas en buen estado, contratar choferes expertos, conducir a baja velocidad, etc”¹¹.

En el Perú, Alfredo Bullard ha sido el más lúcido paladín del *Law and Economics*, el mismo que ha sabido explicar en numerosos artículos (muchos de los cuales han aparecido en estas páginas) con esa claridad que sólo tienen quienes en realidad conocen su tema.

Pues bien, Bullard escribe que la función del Derecho de la responsabilidad, como lo es la del Derecho en general en tanto que asignador de titularidades, es la de “internalizar las externalidades.” Esto, porque que si las personas –quienes van a causar un daño, para el caso que nos interesa- toman en cuenta al actuar todas las consecuencias de sus acciones, tanto las beneficiosas como las dañinas, como si fueran a ser aprovechadas o sufridas, respectivamente, por ellos mismos; entonces sólo actuarán cuando estos beneficios sean mayores a sus costos y, consiguientemente, sólo se producirán daños eficientes. Cosa contraria a la que sucede si el actor logra externalizar (colocar en otro) los costos de su acción, que es eso lo que pasaría si la víctima se queda con los daños que esta acción causa, en cuyo caso el actor únicamente tomaría en cuenta los beneficios de su actuar y realizaría así sin dudas acciones socialmente ineficientes (la sociedad pierde más de lo que gana con ellas).

Estas teorías, y otras aun más sofisticadas, parecen, como ya hemos señalado, responder satisfactoriamente –y, de hecho, desde el punto de vista práctico, del mismo modo que la culpa- a la pregunta por el porqué del traslado del daño. Tienen además, el atractivo adicional de proporcionar a los juristas el “rigor científico” que el viejo Ripert hace ya buenos años los acusaba de ansiar para sus construcciones, al expulsar de sus análisis elementos de conciencia tan difíciles de medir como la culpa.

¹⁰ PEÑA, Carlos. “Sobre los Dilemas Económicos y Éticos de un Sistema de Responsabilidad Civil”. En: BULLARD, Alfredo y FERNANDEZ, Gastón. “Derecho Civil Patrimonial”. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 1997. p.220

¹¹ DE TRAZEGNIES, Op. Cit. p.57.

LAS NUEVAS PREGUNTAS

Quedan, sin embargo, una vez más, varias preguntas y no pocas contradicciones en el ambiente. Ya se puede intuir que algo anda mal desde el momento en que "objetividad" es la palabra omnipresente –y, por cierto, más prestigiosa– en un Derecho que pretende regir sujetos.

Así, y al margen de los cuestionamientos que los presupuestos del Análisis Económico pueden provocar –como la indiferencia del criterio de eficiencia frente a la distribución de recursos¹² (puede ser eficiente que alguien muera de hambre o que muera simplemente¹³) o el que todo pueda ser de alguna manera traducido en términos económicos¹⁴ – nos gustaría centrarnos en dos de las antes aludidas dudas.// Como hemos visto, el Análisis Económico llega, prescindiendo de la culpa, al mismo resultado positivo (la regla acaba siendo la misma) al que se tuvo que llegar en los sistemas que se basaban en la misma. Pero, nos preguntamos: ¿Era necesaria esta desaparición de la culpa como fundamento del traslado del daño? Y, sobre todo, ¿podemos prescindir de ella sin costos o,

en todo caso, sin costos graves? No lo creemos así. Veamos.

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA: EL MITO

Dice Trazegnies –y con él el discurso clásico de la doctrina respecto de la historia de la responsabilidad extracontractual y el nacimiento de la objetividad en el sistema¹⁵ – que la objetivación de la responsabilidad civil hubo de darse porque la revolución industrial creó riesgos elusivos que "no permiten encontrar con facilidad al causante **si es que existe alguno** (las negritas son nuestras)". Insinúa con esto último que el desarrollo tecnológico posibilitó la creación de daños (humanos se entiende) en los que no habría culpa alguna. Incluso Calabresi va en la misma línea cuando, por ejemplo, refiere a daños "en los que no exista culpable"¹⁶.

Pero, ¿es esto realmente así? ¿No es acaso la tecnología, a fin de cuentas, un instrumento? Los motores, las máquinas en general, no hacen otra cosa que potenciar las capacidades (de comunicación, de movilización, de construcción y demás) del hombre cuando

¹² Es justo señalar acá que algunos autores del Análisis Económico del Derecho, conscientes de lo que hemos señalado, tienen la humildad y la honestidad intelectual necesarias para reconocer que la postura que ellos representan es una herramienta más de análisis de la norma; herramienta que es sin duda útil en la creación e interpretación de la misma pero que no debe de pretender en modo alguno ser totalizante. En esta línea, Calabresi es firme al criticar el uso que del Análisis Económico hacen Posner y sus seguidores por el endiosamiento que éste hace del valor "eficiencia" y su consecuente ignorar los efectos distributivos de la normas (CALABRESI, Guido. "Seguro de primera persona, de tercera persona y responsabilidad por productos: Puede el Análisis Económico del Derecho decirnos algo al respecto". En *Ius et Veritas*. N°4. Lima, 1992. p.90); así como al señalar el carácter instrumental del Análisis que "nos da la estructura analítica que nos permite ver mejor cuáles son los alcances de cada uno de los sistemas [de normas] entre los que podemos escoger" (Ibid, p.100).

Similar caso es el de Bullard, quien responde a las críticas de inmoralidad y, particularmente, injusticia, hechas al *Law & Economics* afirmando que éste "no pretende remplazar al análisis jurídico ni excluir a otras disciplinas de poder vincularse con el Derecho. La idea es complementar todo otro elemento de análisis con aquel vinculado con el no desperdicio de los recursos escasos" (BULLARD, Alfredo. "¿Al fondo hay sitio! ¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del transporte público?" En: *Themis*, N°21. 1992. p.142). Además, como con ingenio agrega Bullard, "en un mundo en el que los recursos son escasos, desperdiciar es injusto" (Ibidem).

Ahora bien, tampoco podemos dejar de señalar acá en defensa del juez Posner y, por cierto, de la crítica que nos hemos permitido hacer al Análisis Económico del Derecho, que el teorema de Coase en el que en gran parte se funda esta corriente es, como lo reconoce el propio Bullard (BULLARD, Alfredo. "Ronald Coase y el sistema jurídico. Sobre el Premio Nobel de Economía 1991" En: *Apuntes, Revista de Ciencias Sociales del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico*, N°28, 1991. p.30) indiferente en lo que respecta a los efectos distributivos de las normas jurídicas.

¹³ Me viene a la memoria, por ejemplo, el famoso caso de los automóviles Pinto de la jurisprudencia norteamericana. Ocurre que la Ford había fabricado estos automoviles con un defecto de diseño: el tanque de la gasolina quedaba en la parte posterior del vehículo de tal manera que, cuando éste era chocado por ahí, explosionaba. Noticiosa de ello, la compañía, sin embargo, no retiró el vehículo del mercado porque vio, aplicando la famosa fórmula del juez Hand (el agente del daño, según esta fórmula que encaja perfectamente en los postulados del Análisis Económico del Derecho, no actuó con negligencia y, por lo tanto, no tendrá que indemnizar, si los costos de las precauciones que hubiera tenido que tomar para no dañar a la víctima exceden al del daño esperado; esto es, al resultado de multiplicar la posibilidad de que ocurra el accidente por el monto del daño causado) que le iba a ser más caro retirar el vehículo que lo que costarían los daños que estadísticamente habrían de ocurrir. No era pues "racional" (al menos no económicamente) sacar los autos del mercado y salvar las consiguientes vidas. La Corte falló en contra de la Ford pero no porque ésta no hubiese retirado el producto al enterarse de su defecto mortal, sino porque sostuvo que la compañía dio un valor equivocado, por lo bajo, a la variable "vida humana" en su fórmula. No discutió así la Corte el principio de que hubiera podido ser "eficiente", si la fórmula lo hubiese arrojado, dejar morir a esas personas y que en ese caso la fabricante no hubiera tenido que indemnizar.

¹⁴ Verbigracia, los analistas económicos del Derecho explican a la indemnización como una restitución de la función de utilidad de la víctima a la misma curva de indiferencia en la que se encontraba antes de producirse el daño. En otras palabras, como representativamente explican Cooter y Ulen, "la compensación perfecta significa una suma de dinero suficiente para que la víctima de un perjuicio se encuentre igualmente bien con el dinero y el perjuicio que sin el dinero y sin el perjuicio" (COOTER, Robert y ULEN, Thomas. "Law and Economics". Harper Collins, 1988).

¹⁵ En ese sentido, y sólo por citar algunos ejemplos elegidos entre los clásicos franceses (los primeros que tuvieron que enfrentarse al tema), JOSSERAND, Louis. *Op.Cit.* p. 215; MAZEAUD, Henry y Jean. "Lecciones de Derecho Civil". Parte II. Volumen II. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1960. p. 17. "Droit Civil". Tomo VI. París, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1930. pp 661 y ss. y PLANIOL, Marcel y Ripert, Georges.

¹⁶ "..."

éste los emplea. Potenciar lo que el hombre ya podía hacer, y potenciarlo hasta niveles antes insospechados, eso es lo que ha hecho la revolución tecnológica, y nada más, si bien tampoco nada menos. Significa sencillamente que lo que antes podía hacer el hombre puede hacerlo ahora más, más rápido, y mejor. Para bien y para mal, claro está; y así, es indiscutible que es mucho más difícil atropellar a alguien montando en un burro que manejando un Corvette, para ilustrar con extremos. O cortarle la mano a alguien con un serrucho que con una sierra eléctrica. Se requiere de descuidos mucho, muchísimo en gran cantidad de casos, menores. Lo que no equivale a decir que no se requiera de descuido alguno y que no estemos siempre frente a un hombre haciendo algo.

Con esto, podemos empezar a intuir con Hariou que “la vida moral de los hombres y, por consiguiente su vida social, no está sujeta a tantas novedades, que por el contrario permanece singularmente idéntica a sí misma, que reposa sobre un pequeño número de teorías que en el fondo no varían”¹⁷.

Si un hombre daña a otro, en Roma o en la sociedad tecnologizada del siglo XXI, o lo hace porque quiere, o lo hace sin querer - alguna otra opción, después de Aristóteles, es imposible. Y si lo hace a pesar de no quererlo será porque no tomó las precauciones suficientes para no hacerlo. Y nada más. Si las tomó y “lo daño igual”, entonces quiere decir que, en realidad, la víctima fue dañada por una fuerza externa, que escapaba al control y resistencia del “causante”, lo que equivale a decir que no fue él quien la dañó sino un poder proveniente de lo que en Derecho se conoce como “caso fortuito”, “fuerza mayor”, “hecho determinante de un tercero” o “imprudencia de la víctima”. Pero daño humano (causado por el hombre en tanto que hombre, esto es) sin culpa (dolo o culpa, en otras palabras) supone una contradicción en los términos. Y no olvidemos que son éstas, las conductas propiamente humanas, fruto de un albedrío, las que al Derecho le interesa regular, incentivándolas, a fin de dirigir las en el futuro en el sentido que la sociedad quiere lograr. Intentar incentivar las otras –mediante castigos o indemnizaciones- y cargar, por ejemplo, con el peso económico del daño al causante material, cuando éste no coincide con el causante moral, es un sinsentido en tanto que el mismo –u otro- hombre, bajo iguales circunstancias, no podría escoger no hacer el mismo daño (de hecho, ni siquiera podría escoger, como tampoco lo pudo la primera vez).

Lo único que los siglos liberales (XVII y XVIII por antonomasia) hicieron fue explicitar lo anterior, a nivel de la norma positiva, exigiendo la prueba de la culpa por la necesidad que les imponía la ideología imperante de hacer al individuo el claro responsable de aquello que cabe dentro de su autonomía y sólo de eso; además, claro está, de la influencia del Cristianismo que ya había hecho lo propio en el Derecho Canónico Medieval.

¿Por qué entonces después de la Revolución Industrial los juristas fueron más allá y expulsaron a la culpa también de los fundamentos de la responsabilidad civil? ¿Por qué, si esta expulsión, como creemos haber probado, no era ni necesaria ni una consecuencia lógica en tanto que detrás de cada daño, como no podía ser de otra forma, seguía habiendo culpa? ¿Por qué entonces forzar las cosas y, trascendiendo los códigos, expulsar a la culpa también del Derecho?

La respuesta la hemos dejado entrever ya. A los juristas, poseídos de ese viejo complejo de las llamadas “ciencias sociales” de no ser tan científicas como las naturales y exactas, complejo que Ripert los acusaba de tener ya en la primera mitad siglo pasado, la situación les representaba una oportunidad inmejorable, imposible de desaprovechar, para vaciar la responsabilidad civil de sus contenidos morales y matematizarla; lo que por otra parte les aseguraba su añorada calidad de “científicos”. Más de un siglo después, la corriente de moda en el Derecho es la del Análisis Económico y sus reputados autores llenan páginas enteras de doctrina jurídica con diagramas cartesianos y todo otro tipo de hermosos gráficos matemáticos.

EL MITO PATENTE

La anterior contradicción – esa que suponía el hablar de daño humano causado sin culpa- y la consiguiente posibilidad de expulsar a ésta a todo nivel de la responsabilidad civil, por otra parte, no deja de aflorar, como no podía ser de otra forma, tanto en la más objetivista doctrina moderna (muy a pesar de sus intentos de volver exactas y numéricas las relaciones sociales) como en el derecho positivo comparado.

Lo primero se ve con claridad en los trabajos de los seguidores del Análisis Económico del Derecho en los que se mueve, inevitable, como telón de fondo, la idea de culpa. Y es que, ¿de qué sirve la internalización de la externalidades de su acción a la que se somete

¹⁷ HARIOU citado por RIPERT. Op.cit. p. 91.

al causante si esta acción escapa a su control y, por lo tanto, el daño a su culpa? Si los conductores no pudiesen manejar más despacio y más atentos, ¿de que serviría que sean en ellos en quienes caiga el daño que hicieron a su víctima? Ello no serviría ni para reducir los “costos primarios” (el número y la gravedad de los accidente) en palabras de Calabressi; ni para “internalizar las externalidades de las acciones dañosas” en las de Bullard.

Lo segundo, por su parte, se evidencia con gran claridad en las antes mencionadas figuras de “caso fortuito”, “fuerza mayor”, “hecho determinante de un tercero” o “imprudencia de la víctima”.

Y es que detrás de todas estas figuras se mueve, fundamentándolas, la idea de culpa. Los tres primeros son, en el fondo, casos de “*vis maior*” en los que el causante (material) no responde, a pesar de serlo, porque no tiene culpa, por que actuó no como fruto de su albedrío, sino como movido por una fuerza que le era imposible prever o resistir. Es, por lo demás, muy sintomático que el artículo que trata de estos casos en nuestro Código Civil (artículo 1972) comience diciendo “En los casos del artículo 1970...” para establecer luego como excepción a lo que dispone ese artículo (que el causante objetivo indemnice) estas tres figuras, porque lo que nos está diciendo con ello en realidad es que el causante objetivo no debe indemnizar cuando no tiene culpa, con lo cual demuestra que ésta permanece como el fundamento de la regla objetiva, que lo único que está haciendo es presumirla.

El caso de la imprudencia de la víctima al que se refiere el mismo artículo 1972 del Código Civil es aún

más elocuente. Desde el comienzo. Desde que el legislador, sin poder evitarlo, dijo “imprudencia”. ¿Por qué? ¿Por qué imprudencia si la responsabilidad es objetiva? ¿Por qué la imprudencia de uno ha de librar a otro de lo que son las consecuencias objetivas de el hecho que éste realizó? Muy sencillo, porque este “autor” no tuvo culpa y no es entonces el autor moral del acto. No es el responsable propiamente dicho, para devolver a las palabras el sentido que les corresponde.

Otro ejemplo particularmente ilustrativo es el de la responsabilidad por productos, supuestamente el paradigma de la responsabilidad objetiva que creó la Revolución Industrial. Y es que, curiosamente, no se trata de una responsabilidad objetiva en tanto que el factor de atribución es un defecto del producto; es decir, la responsabilidad sólo recaerá en el productor cuando este haya producido un bien defectuoso que, como consecuencia de su defecto, daña a su consumidor.

De esta forma, creemos haber probado que las Revolución Industrial no sólo no supuso la aparición de accidentes provocados sin culpa por el hombre - lo que, por lo demás, y como ya hemos dicho, es un imposible lógico-; sino que, y muy a pesar de los esmerados esfuerzos de los juristas científicos, los diversos sistemas objetivistas de responsabilidad civil no pudieron dejar de estar fundamentados, si bien con diferentes niveles de camuflaje, en la vieja idea moral de culpa que, echada por la puerta de la responsabilidad civil regresó, como por obra de la gravedad, por la ventana¹⁸.

No deja pues de ser un mito alrededor del que se ha alcanzado consenso, el de la objetividad que regiría el

¹⁸ Consciente de esto José León Barandiarán escribió que “...la presunción de culpa debe ser *iure de iure*; el lesionado no puede demostrar su excusabilidad por el caso fortuito” (BARANDIARÁN, José León. “Comentarios al Código Civil Peruano (Derecho de Obligaciones). Tomo I. Segunda Edición. Buenos Aires, Ediar, 1954. p. 409) Barandiarán plantea así la expulsión del caso fortuito para salvar la objetividad del nuevo sistema. Incurre con ello, sin embargo, en una contradicción, porque si se reconoce, como el mismo jurista lo hace, que lo que hay detrás de la regla objetiva es una “presunción de culpa” (lo que es otra manera de decir que es ésta la que sigue fundamentando el sistema); entonces es incoherente sostener que se concede también la indemnización cuando haya habido un caso fortuito y, por lo tanto, ausencia de culpa. Trazegnies, por su parte, intenta solucionar el problema de una manera diferente al señalar que entre los diferentes casos de culpa y los de ausencia de ella por causa de una de estas mencionadas fuerzas que escapan a las posibilidades de control del causante, hay una delgada franja formada por casos en los que, sin que exista ninguno de estos eximentes de responsabilidad, no existe tampoco culpa. Cosa esta última que, en la línea de lo que arriba hemos señalado, resulta, para nosotros, un imposible lógico; y cosa de la que, por lo demás, ya se habían percatado los glosadores que no dudaron en afirmar que: “*Intra levissiman culpam et casum fortuitum nihil est mediam*” (“Entre la culpa levísima y el caso fortuito no hay un término medio”. Glosa que cita TRAZEGNIS. Op.cit., p. 308). De hecho, pensamos que los ejemplos que usa Trazegnies para probar la existencia de esa franja intermedia en la que los glosadores no creen, no resultan exitosos en su intento. Verbigracia, Trazegnies cita un caso de la jurisprudencia nacional que se ocasionó por un camión cuya llanta reventó, lo que ocasionó el desprendimiento “de la rueda misma, la que fue a golpear violentamente al menor Valenzuela que se encontraba cerca de la carretera, hiriéndolo mortalmente”. Dice Trazegnies que acá no hay caso fortuito porque no se trata de un “evento extraordinario” sino mas bien de un riesgo típico de la cosa generadora del daño -el camión o, en todo caso, la actividad de manejarlo. Nosotros, pensamos que, efectivamente, no estamos ante un caso fortuito, pero no por la razón que esgrime Trazegnies, sino mas bien porque creemos que no se trata de un hecho que hubiese escapado a la previsión y diligencia del agente del daño si este la hubiese tenido; en otras palabras, pensamos que no es caso fortuito porque hay culpa. Y es que, como sabemos, el universo está sometido a leyes físicas inmutables que, por medio de inexorables cadenas de causalidad, rigen todo lo que en el mundo material ocurre. Así, nada sucede en éste sin una causa que lo explique; ciertamente no la explosión de una llanta como la que nos ocupa, la misma que o reventó por vieja, gastada y/o ser de mala calidad (en cuyo caso hay culpa); o lo hizo porque fue reventada por un clavo -o algún otro elemento semejante- suficientemente grande y extraordinario como para volar una buena -que estamos suponiendo que no hay culpa- llanta de camión.

traslado del daño al causante en los modernos sistemas de responsabilidad civil. Ello, a pesar de que reconozcamos que en estos sistemas ya no se requiera la prueba de la culpa por una u otra parte para conceder la indemnización ya que es innegable que la Revolución Industrial, si bien no anuló la culpa del hombre cuando este daña a su prójimo, sí le hizo más fácil hacerlo y, en esa medida, posibilitó la causación de daños con una culpa más pequeña, más tenue, y, por lo tanto, más difícil de encontrar. Pero ello, repetimos, no equivale a afirmar que la culpa no sigue siendo fundamental, en el sentido más puro del término, en el sistema, y convertir así en un problema de fondo uno que sólo lo era de prueba. Que fue eso lo que hizo la doctrina del siglo XX, lo que nos lleva a nuestra segunda pregunta.

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA: EL PELIGRO EN EL MITO

Esta anulación de la culpa en la responsabilidad civil, ¿Tiene costos? Y, si los tiene, ¿Son altos?

Dado que la anulación que acá pretendemos discutir es la del nivel doctrinario, la del nivel de la explicación del porqué de la regla objetiva, bien se puede pensar que no, que no se pierde nada con ello, que carece de consecuencias prácticas y que todos los párrafos anteriores son, consiguientemente, bizantinos.

Nosotros, por nuestra parte, pensamos que sí los tiene y muy altos; de hecho, inaceptables. Y es que creemos, con Ripert, que la regla de Derecho, para ser verdaderamente obedecida, más que temida, requiere de ser respetada. "Aprobada por la consciencia" son la palabras exactas del jurista¹⁹. Y no creemos que

la idea de eficiencia motive verdaderamente la conciencia de nadie, sino que más bien, y puesto que conlleva ideas como la de "daños deseables" (por ser eficientes), puede y debe llegar a repugnar a más de una. De ahí el peligro de la objetividad cuando sostenida también a nivel de la justificación de la regla: de que prive a la responsabilidad civil de "la idea moral que es la única que puede justificar la responsabilidad" porque, como prosigue Ripert, "el hombre se siente responsable de los daños que causa por su culpa, pero no de aquellos que causa de hecho sin haberlos podido prever o detener, o más exactamente, dice que él no los ha causado..."²⁰. Esto era verdad cuando Virgilio escribía la Eneida y lo es hoy, alrededor de 2100 años después.

Creemos que a pesar de los magníficos avances técnicos a los que hemos llegado y podemos llegar en el campo del Derecho, a pesar del cientificismo con el que nos gustaría - y a veces logramos- recubrir su formación y estudio, no debemos perder de vista que el Derecho es, por sobretodo, por sobre su ser un sistema de normas positivas, un deber ser creado por seres humanos dotados de conciencia y para seres humanos dotados de conciencia; es el orden social al que aspiramos puesto en blanco y negro; es la declaración oficial de la sociedad de lo que ella considera correcto. Que en el Derecho, en fin, se juega mucho más que el Derecho. No en vano, y no obstante la sociedad tan diversa y posmoderna en que vivimos, en la que no parece haber unidad de doctrina ni de creencia alguna, hay una palabra clave que permanece como tal en el lenguaje ordinario y, desde los tiempos en los que Ulpiano²¹ esculpía sus definiciones para la posteridad, como una aspiración irrenunciable del Derecho. No es eficiencia. Es Justicia.

Lo anterior, por lo demás, fue intuído a nuestro parecer por el fiscal del caso (a pesar de que éste se apoya también, contradiciéndose, en el discurso objetivista al hablar del riesgo que crearon los propietarios del vehículo cuando lo usaron para una "labor provechosa para sus conveniencias económicas"), quien escribió que "los elementos constitutivos del vehículo debieron de ser controlados con la mayor escrupulosidad y cuidado por los dueños".

Trazegnies sostiene que el fiscal se tambalea de esta forma entre uno y otro sistema porque se da cuenta de que el caso no es uno de culpa ni de caso fortuito, pero, como no es conciente de la zona intermedia que habría ente ellos y ve al mismo tiempo que debe atribuir responsabilidad, se agarra, desconcertado, de ambos.

Nosotros, por nuestra parte, pensamos que la confusión del fiscal no se debe a que el caso no corresponda a una u otra opción sino más bien a que, dado las doctrinas objetivistas entonces tan en boga y puesto que el daño había sido causado por un bien riesgoso, éste se siente obligado a fundar su opinión en la razón objetiva del riesgo, pero percibe que, no obstante esto, no deja de haber culpa y, una vez noticioso de ello, no puede dejar de mencionarlo.

¹⁹ "...approuvée par la conscience" (RIPERT, Op.cit).

²⁰ La cita completa es: "Quand la théorie du risque entend faire décoller la règle de responsabilité de la loi de causalité, elle détruit l'idée morale qui, seule, peut justifier la responsabilité. L'homme se sent responsable des dommages qu'il cause par sa faute, mais non de ceux qu'il cause par son fait sans avoir pu les prévoir ou les empêcher, ou plus exactement il dit qu'il ne les cause pas..." (RIPERT, Op.Cit. p. 211).

²¹ Pienso concretamente en aquella que nos dice que "Derecho es el arte de lo bueno y justo" (Digesto, libro I, Título I, ley primera).