

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN LA HISTORIA DEL DERECHO PERUANO

Fernando de Trazegnies Granda*
Miembro del Comité Consultivo de THEMIS

*¿Cómo ha evolucionado la responsabilidad
extracontractual en el Perú?*

Desde su particular estilo y enfoque, el reconocido autor responde a la pregunta a través de la historia del Derecho; la cual, superando una limitada aproximación exegética, le permite revisar la atmósfera intelectual, social y económica en diferentes momentos de nuestra historia y los proyectos, opiniones y normas en las que se traduce. Es que, como fuera señalado por un destacado jurista peruano hace algunos años, "... el tiempo se revuelve contra el Derecho y lo atrapa en sus redes. El tiempo se impone sobre el Derecho y lo modela, le modifica su inspiración, sus funciones, sus contenidos y sus métodos. En otras palabras, el Derecho que pretendía dominar al tiempo, resulta a su vez un producto del tiempo: el Derecho, como todo en la realidad (...) no tiene existencia sino dentro del tiempo; y es por ello que se justifica y se hace indispensable una Historia del Derecho".

Resulta de especial interés la revelación de las ideas-guías que orientaron al autor del artículo, cuando miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil, en la elaboración de la sección de responsabilidad extracontractual del Anteproyecto de Código Civil de 1984; así como –al no haber sido adoptado finalmente por el legislador– las consideraciones sobre lo regulado por éste y la forma como los abogados y jueces lo entienden.

No quiero dejar de expresar, en este importante número de aniversario de THEMIS, mi admiración y reconocimiento como hombre de Derecho a esas generaciones de estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú que desde hace cuarenta años vienen impulsando esta revista y este foro jurídico, no sólo sin desmayo sino aumentando cada vez su vigor intelectual y su magnífica presentación editorial.

En octubre de 1965 aparecía por primera vez una revista jurídica creada y administrada exclusivamente por estudiantes –una verdadera novedad en nuestro medio– con el significativo nombre de THEMIS, la diosa griega, hija de Urano y de Gaia, que representaba el orden divino de las cosas, encarnado en la costumbre y en la ley, a quien los romanos llamarían *Iustitia*. Este primer número era una modesta publicación de apenas 32 páginas de formato pequeño, casi *in octavo*, que comenzaba dirigiéndose de manera muy amigable a sus lectores: “¿Te preguntarás, amigo lector, el por qué de una publicación como ésta que tienes entre manos...?”.

Pero esa publicación era el primer destello de un extraordinario proyecto al que sus fundadores impulsaron con tal fuerza que, atravesando las dificultades usuales en este tipo de empresas, lo han hecho llegar hasta nuestros días con una categoría académica que en ese entonces resultaba impensable. Domingo García Belaunde fue el motor de la idea, quien reunió al grupo y quien puso en práctica el buen deseo común. A su lado se encontraban otros alumnos, hoy importantes abogados, como Luis Arbulú, Jaime Thorne, Luis Stucchi, Baldo Kresalja, Miguel Vega, Enrique Gómez y Augusto Durand. En ese primer número, que trataba de hacerse conocido tocando tímidamente el hombro de sus lectores con esas primeras palabras afables, podía encontrarse las enseñanzas de juristas tan destacados, como el maestro Raúl Ferrero, Jorge Avendaño o Felipe Osterling. Distintas edades entonces, pero hoy todos de renombre académico. La segunda aparición de esta revista bianual, que tuvo lugar puntualmente en el primer semestre de 1966, triplicó el número de páginas. Tengo la satisfacción de haber colaborado en esa ocasión con un artículo sobre “La presencia de John Locke en el Derecho contemporáneo”. El tercer número –nuevamente puntual, porque apareció como debía en el segundo semestre del mismo año– contenía artículos de una colección de juristas notables: el recordado maestro José León Barandiarán, Ulises Montoya Manfredi, Jorge Eugenio Castañeda e incluso un texto de don José Luis Bustamante y Rivero *In Memoriam* de Víctor Andrés Belaunde.

En las siguientes entregas, además de los trabajos de los entonces jóvenes profesores Jorge Avendaño, Felipe Osterling, Fernando Vidal, Luis Pásara, Marcial Rubio,

Ignacio Basombrío, entre otros –en el número 4 publiqué un artículo sobre “Kelsen y la idea aristotélica del Derecho” que incitó a Domingo García Belaunde a escribir uno sobre “La justicia en el pensamiento de Aristóteles”, publicado en el número 5, donde marcaba algunas discrepancias– aparecían también otros trabajos de las celebridades peruanas, José León Barandiarán y Raúl Ferrero, quienes seguían colaborando generosa y entusiastamente con esta ilusión. En el quinto número, los editores ya habían logrado colocar a la Revista en un lugar importante dentro de las publicaciones jurídicas, lo que les permitió conseguir artículos de grandes personalidades extranjeras, como Giorgio Del Vecchio –quien fue incluso entrevistado personalmente por Jaime Thorne León en Roma– y el propio Hans Kelsen, pocos años antes de su muerte.

Después de esa generación que inicia la carrera de THEMIS hacia el futuro, la posta cae de las manos y queda durante algunos años como un reto que espera al valiente que se atreva a asumirlo. Es así como en 1984 comienza una segunda época de THEMIS a cargo de otro entusiasta grupo de estudiantes y hoy consagrados profesionales –José Amado, Fernando Arias-Stella, Eduardo de Rivero, Jacqueline Chappuis y Gustavo López-Ameri– que retoma la posta, reaviva el fuego de la antorcha (que nunca se había apagado, pues en caso de que así hubiera sido se hubiera simplemente creado otra revista) y reinicia esta carrera intelectual con renovados bríos.

A partir de entonces, THEMIS ha continuado no sólo sin desfallecimiento sino mejorando con cada nueva generación que recibía la posta y corría el tramo siguiente. El formato de la Revista cambió radicalmente, el tipo de papel empleado fue el que correspondía a una publicación de primer nivel, la carátula –a diferencia de la antigua y sencilla tapa azul con blanco– se hizo muy atractiva con imágenes cuidadosamente escogidas y adecuadas al tema, el diagramado superó la presentación de muchas revistas comerciales sin perder su seriedad y elegancia académica. Pero, sobre todo, convertida ya en un foro que atraía a los juristas más importantes del país y administrada académicamente con un gran rigor y un criterio de excelencia, THEMIS asumió definitivamente el papel de guía del pensamiento jurídico peruano. Por otra parte, su ejemplo pionero sirvió para que otros grupos de estudiantes tanto en la Universidad Católica como en otras universidades del país se atrevieran a tomar el mismo camino. Es así como ahora, gracias a los estudiantes de Derecho, el Perú cuenta con un impresionante conjunto de revistas jurídicas, que han adoptado el formato de THEMIS y que, en general, tienen las mismas exigencias de calidad académica y de interés jurídico.

Algo que no se puede olvidar es que toda esta evolución de las revistas jurídicas en el Perú, promovida indudablemente por THEMIS, nació no de los profesores sino de los estudiantes y ha sido y probablemente será siempre administrada a su vez por los estudiantes, quienes han desarrollado un tipo de asociación juvenil basada en la calidad intelectual y en un entusiasmo ilimitado por el Derecho. Los profesores han colaborado, sin duda; pero impulsados por los alumnos. Por otra parte, hay que destacar también que cada generación de estudiantes no sólo ha puesto todo su empeño para correr el tramo de la posta que le correspondía sino que además ha tenido la generosidad de renunciar a la Revista para dejar paso a las nuevas generaciones, cuando dejaban la universidad. No cabe la menor duda de que hubiera sido una tentación para cualquier grupo de alumnos continuar con la exitosa revista una vez que eran ya profesionales, con lo que la publicación hubiera perdido su carácter estudiantil. Pero todos quienes han pasado por estas revistas han comprendido que la revista debía quedar siempre en manos de alumnos y que mantenerse en ella cuando ya eran abogados o incluso profesores de la Facultad de Derecho, hubiera sido desnaturalizarla.

En un país y en una época en donde todo parece transitorio, provisional, donde todo es marcadamente efímero, donde todo se encuentra a medio construir o a punto de ser destruido, donde cuanto aparece está desde ese mismo momento en proceso de desaparición, THEMIS es un ejemplo de lo que puede hacer nuestra juventud con empeño y con inteligencia y, por tanto, nos brinda un soplo de optimismo dentro de un mundo muchas veces justificadamente pesimista.

* * *

Explicar la evolución de la responsabilidad extracontractual en el Perú ciertamente no es fácil, pues se requiere sintetizar varios siglos de historia jurídica. A ello debemos agregar que la historia del Derecho no es la historia de la legislación ya que las leyes deben estudiarse dentro de una determinada atmósfera intelectual, social y económica, no como simples textos muertos sino como reglas que viven dentro de la sociedad y que interactúan con muchos otros factores que componen la vida social.

Por razones de espacio, dejaré de lado la antigua responsabilidad extracontractual regida por las leyes españolas que, sin embargo, permanecen vigentes durante más de treinta años después de la

Independencia. Estas leyes, conformadas principalmente por el llamado Fuero Juzgo y por las Partidas de Alfonso el Sabio, no trataban la responsabilidad extracontractual como una institución definida; pero recogían muchos de los principios y normas sobre la materia del Derecho Romano.

Recién podemos hablar propiamente de la responsabilidad extracontractual como una institución sistematizada y objeto de un estudio propio a partir del primer Código Civil peruano que entra en vigencia en 1852. Este Código toma como modelo al Código de Napoleón y es así que se refiere a esta institución como la responsabilidad que nace de los delitos y de los cuasi-delitos. Sin embargo, mientras que el Código francés incluía este concepto dentro de un título dedicado a los compromisos que se forman sin convención, el Código peruano lo coloca dentro de la sección que se refiere a las obligaciones que nacen del consentimiento presunto, como si la indemnización por daños y perjuicios surgiera de una suerte de consentimiento tácito del causante para pagar por los daños que ocasione.

Los artículos correspondientes del Código de 1852 siguen bastante de cerca los del Código de Napoleón, aunque la redacción en muchos casos se hace más concisa. Por otra parte, el Código peruano desarrolla mejor los principios de estimación del daño, de participación de varios sujetos en el acto dañino y otros supuestos vinculados a la responsabilidad misma. Como nota curiosa cabe señalar que el Código peruano contiene una norma expresa –ausente en el Derecho francés– sobre la responsabilidad del dueño de un esclavo por los daños causados por éste.

Dentro del espíritu del individualismo napoleónico, el Código de 1852 limita la responsabilidad exclusivamente a los daños causados por dolo o culpa. Si bien la mención a la culpa no es incluida en el primer artículo sobre el tema –como sí lo hace el Código francés– el Código peruano tiene un artículo expreso que prescribe que “El que sin culpa alguna causa un daño, no está obligado a la reparación”¹. Por otra parte, la definición de esta responsabilidad en función del delito y del cuasi-delito no deja lugar a dudas de que la base de atribución de la responsabilidad originariamente prevista en ese cuerpo legal es exclusivamente lo que ahora conocemos como responsabilidad subjetiva o por culpa.

La responsabilidad subjetiva o teoría de la culpa coloca el peso económico del daño en quien considera culpable de haber producido tal daño. Esto significa

¹ Código Civil peruano de 1852, artículo 2210.

que, para esa teoría, todo daño tiene un agente provocador, una mano escondida que arrojó la piedra; siempre hay un “delincuente” oculto detrás de la cortina de los hechos. Es verdad que muchas veces no es un delincuente intencional, es decir, con dolo. Pero, aunque su responsabilidad personal sea menor en esos casos porque solamente ha sido negligente o imprudente sin haber tenido la voluntad de causar daño, eso no quita el carácter delictivo del daño por lo que se le considera como un cuasi-delito y, consecuentemente, el causante es un cuasi-delincuente. El Juez tiene, entonces, que desenmascararlo, tiene que establecer la paternidad del daño. Por consiguiente, si el culpable es la propia víctima, ésta se queda sin reparación: lo que equivale a decir que el peso económico del daño lo asume ella misma. Si el culpable es el causante material, el peso económico se traslada a dicho causante por la vía de la obligación de pagar una reparación.

Esta orientación subjetivista primará en el Perú durante todo el siglo XIX. Es así como el Proyecto de Código Civil preparado en 1890 por Juan Luna, Simón Gregorio Paredes y otros juristas importantes de la época², continúa estableciendo la responsabilidad sobre la base de la culpa y considera que el acto dañino siempre es un acto ilícito.

Sin embargo, desde fines del siglo XIX comienza a observarse casos en los que la teoría de la culpa resultaba incómoda y, a pesar de su aparente moralidad y justicia, producía efectos inequitativos. Es así como el mencionado Proyecto de Reforma de 1890 incluye ciertos casos en los que de alguna manera se insinúa una responsabilidad de otro tipo que posteriormente sería conocida como objetiva. Todavía encontramos que aunque el guardador de otra persona –sea que tenga la patria potestad, la curatela o cualquier otra forma de obligación de cuidarlo– es responsable por los daños que cometa quien está a su cargo³, se puede liberar de esta obligación acreditando que no pudo impedir el hecho que causó el daño⁴; por lo que se está asumiendo una culpa *in vigilando* como base de la responsabilidad. En cambio, encontramos también que el dueño de un animal es responsable por el daño que cause aunque en el momento de los hechos hubiera estado no bajo su guarda directa sino de alguno de sus dependientes⁵; lo que distancia notablemente la culpa del dueño del animal respecto de los hechos

causantes del daño. Igualmente, el que vive en una casa es responsable por los daños que causen las cosas que se arrojen de ella, aunque puede repetir contra el causante directo⁶; y los que sufran daños por actos de dependientes o domésticos pueden accionar directamente contra el patrón de estos sin pasar por el autor directo del daño⁷. En estos dos casos se está delineando con trazos cada vez más gruesos una responsabilidad directamente objetiva.

Como puede apreciarse de estos ejemplos, el principio de la culpa comienza a debilitarse a través de varios mecanismos. Uno consistía en invertir la carga de la prueba. Por consiguiente, existe en la base una presunción *iuris tantum* de culpa contra el causante del daño. Otro, más atrevido, consistía en establecer una presunción *iuris et de iure* contra el determinado por la ley como responsable de manera que no pueda escapar a su responsabilidad de ninguna manera, aunque se le permite repetir contra el causante directo.

En realidad, la teoría de la culpa no pudo soportar la inflación de riesgos que es propia del mundo moderno. Ante tal cantidad de víctimas que demandaban una reparación, la teoría de la culpa resultó un expediente engorroso para resolver el problema de la asignación del peso económico del daño. ¿Cómo pedirle a cada accidentado que probara la culpa del causante para tener derecho a reparación? ¿Cómo exigir, por ejemplo, que los parientes de las víctimas de un accidente de aviación que prueben la culpa del piloto, o que la persona que se intoxicó con un determinado producto vendido en el mercado pruebe que hubo culpa, no mera relación de causalidad sino culpa, del fabricante?

La inversión de la carga de la prueba facilitaba la reclamación de quienes habían sufrido un daño y, al mismo tiempo, salvaba la teoría de la culpa. La responsabilidad permanecía dentro del dominio de la culpa, sólo que ésta se presumía *iuris tantum*. De primera intención, el causante era culpable salvo que probara lo contrario. Este era el caso del padre o tutor de un menor de edad causante de daño: no pagaba indemnización si lograba probar que no había podido impedir la ocurrencia del daño y, por tanto, no tenía culpa. En principio, su culpa era *in vigilando*. Pero si demostraba que su vigilancia había sido razonable y que pese a ello el menor cometió el acto dañino, dejaba

² FERNÁNDEZ, Francisco M.; LOAYZA, José Jorge; LUNA, Juan; PAREDES, Simón Gregorio y Manuel Santos PASAPERA. “Proyecto de Código Civil para la República del Perú”. Lima: Imprenta de J. Francisco Solía. 1890.

³ Proyecto de Reforma de 1890, artículo 2872.

⁴ Proyecto de Reforma de 1890, artículo 2873.

⁵ Proyecto de Reforma de 1890, artículo 2875.

⁶ Proyecto de Reforma de 1890, artículo 2884.

⁷ Proyecto de Reforma de 1890, artículo 2893.

de tener culpa y, por tanto, no era responsable ni pagaba indemnización alguna.

Distinto es el caso de quien vive en una casa de donde se arrojan cosas a la calle causando daño a un transeúnte. Aquí, según el Proyecto de Código que estamos reseñando, esa persona paga de todas maneras al dañado. De esta manera, frente a la víctima, el que vive en la casa se presume que tiene culpa *iuris et de iure* porque no puede eludir el pago de la indemnización. Sin embargo, el Derecho reconoce que de alguna manera puede no ser culpable y por eso le otorga acción de repetición contra quien efectivamente arrojó las cosas a la calle. Esta misma es la situación del patrono de quien, estando bajo su dependencia, ha causado un daño a otro: no puede alegar falta de culpa frente al damnificado, pero su falta de culpa le permite reacciones contra el servidor o doméstico que causó el daño. Como puede apreciarse, la doctrina de la culpa se deja de lado en la relación con la víctima, pero sigue presente en la mente del legislador en cuanto que permite una repetición contra el causante directo.

Todavía hay un tercer mecanismo para facilitar la probanza del factor de atribución de responsabilidad constituido por la culpa.

En su origen, la teoría de la culpa, desarrollada por los canonistas medievales, se refería siempre a un acto ilícito; y a su vez, el concepto de acto ilícito estaba construido sobre el concepto de pecado. De esta manera, sólo había culpa cuando el causante actuó con negligencia o imprudencia, es decir, cuando subjetivamente hablando pudo haber evitado el daño pero, pese a ello, incurrió en una falta a la seguridad. Como sabemos bien, desde la perspectiva religiosa del pecado, cabe la posibilidad de que pueda no haber culpa moralmente censurable, pero que exista culpa jurídica. Imaginemos que una persona limpiando un arma escucha que alguien lo llama, se desconcentra y dispara sin querer, con lo que mata a su mejor amigo. No hay responsabilidad moral ni religiosa: este hombre no ha cometido un pecado, porque la acción tuvo lugar dentro de un conjunto de circunstancias que perturbaron su atención y no lo involucró realmente en el resultado ni por acción ni por omisión. Sin embargo, nadie dudaría que esta persona es responsable jurídicamente y está sujeto al pago de una reparación.

¿Cuál es la diferencia entre la falta jurídica que da lugar a indemnización y la falta moral que haría incurrir en pecado al causante? Pues que la falta moral se mide por la subjetividad del actor, por el grado de involucramiento real en la acción defectuosa. En cambio, desde principios del siglo XX la culpa jurídica

se la considera objetiva y se mide no por la comparación de la conducta efectiva del sujeto con su propia acción u omisión sino comparando esa conducta efectiva con un patrón abstracto de conducta que se considera que corresponde al hombre racional.

Es así como se comienza a hablar de una culpa objetiva o *in abstracto* frente a la culpa subjetiva o *in concreto*. No estamos hablando todavía de una teoría objetiva de la responsabilidad, propiamente dicha. De lo que hablamos es que frente a la culpa subjetiva –que implica conocer el estado de ánimo y otras características mentales del causante– aparece una culpa objetiva que ya no se pregunta si ese individuo en esas circunstancias era capaz de evitar el daño: no se define por las posibilidades de conducta del propio individuo sino por patrones referentes a modelos sociales abstractos.

Esta nueva modalidad de la culpa, convertida en un patrón universal e independiente de la conducta específica de cada uno de los involucrados, se afirma por encima de la “inocencia” del causante y objetiviza la responsabilidad a través de lo que se considera conductas aceptables en determinadas situaciones para cualquier hombre racional y avisado, más allá de lo que haya o no haya pasado por la mente del causante al momento del daño.

Notemos también que la creación de presunciones *iuris et de iure* de responsabilidad es una forma intelectual de engañar a quienes quieren ser engañados. Por definición, la presunción *iuris et de iure* no admite discusión en contrario, no admite prueba de que las cosas pudieron haber sido de otro modo: la ley dice que es así y no importa saber si fue así o no en la práctica porque la ley ha definido la situación incontrovertiblemente. En consecuencia, la presunción *iuris et de iure* equivale a echarle la culpa a uno o unos, más allá de que puedan probar o no su descargo.

Por ello, la presunción *iuris et de iure* no es sino una forma vergonzante de salirse de la teoría de la culpa; encubriéndose con doctos latines, todo lo que se quiere decir es que el causante paga en forma irremediable, sea o no culpable moralmente. Esta presunción incuestionable no es sino una mascarada en la que la responsabilidad objetiva concurre al baile disfrazada vergonzosamente de culpa.

Es así como llegamos al período anterior a la dación del Código de 1936.

En la Comisión Reformadora que sesionó en la década del veinte y parte de la del treinta, fue el doctor Manuel Augusto Olaechea quien planteó en forma explícita incluir un principio objetivo de responsabilidad en el nuevo Código que se estaba elaborando. La culpa,

decía Olaechea, "es de suyo insuficiente para resolver una multitud de cuestiones que la vida moderna suscita"⁸. Este notable jurista se refiere específicamente a la responsabilidad por riesgo, dando como ejemplos, entre otros, la responsabilidad ferroviaria, la de los conductores de vehículos, la derivada de los riesgos de la aviación, la del Estado por los errores judiciales y la de las empresas por los daños que causen sus dependientes. Incluso, adelantándose mucho a su tiempo, Olaechea sugiere "la repartición de riesgos dimanantes de la idea de empresa"⁹. Otros miembros de la Comisión, como es el caso de Juan José Calle, comparten esa idea del riesgo creado y sostienen, a mi juicio en forma desmedida, que la idea del riesgo ya está presente en el Código Civil de 1852 en la medida que éste ordena que "El que quiere aprovecharse de un hecho, no puede dejar de someterse a sus consecuencias"¹⁰. En realidad, esta norma había sido introducida en el Código de 1852 dentro del marco de la culpa; pero invocarla constituía una forma táctica de hacer menos escandalosa la novedad de la teoría del riesgo frente a los juristas conservadores. Sin embargo, existe todavía una cierta ambigüedad en la opinión de los juristas que proponen la reforma entre la responsabilidad objetiva y la inversión de la carga de la prueba.

Además de esa imprecisión, hay juristas como Solf y Muro que se oponen radicalmente a introducir el principio de la responsabilidad por riesgo en el Código Civil y proponen que, si es indispensable, se incorpore en una ley especial sobre riesgo profesional, pero de ninguna manera en el Código Civil. Por todo ello, la decisión de la Comisión Reformadora va a ser bastante ecléctica, de manera que cada grupo pueda entender la responsabilidad como quiera.

Así, el nuevo Código, promulgado en 1936, incorpora discretamente la responsabilidad objetiva a través de una argucia de redacción. La norma básica expresa que: "Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo"¹¹. En realidad, éste era exactamente el mismo tenor del artículo 2191 del Código de 1852, por lo que parecería que no ha habido ningún cambio en principio. Sin embargo, el Código de 1936 ya no incluye el artículo 2210 del Código anterior que dice: "El que sin culpa alguna causa daño, no está obligado a la reparación". En esta forma, habiéndose suprimido

esa concordancia, los juristas de los años cuarenta interpretan que el artículo 1136 del nuevo Código contiene tres supuestos independientes; el descuido, la imprudencia, pero también los simples hechos. Sin embargo, como se puede apreciar, esta formulación era muy insuficiente porque no precisaba qué hechos podían dar lugar a responsabilidad por sí mismos.

El propio doctor Manuel Augusto Olaechea se encargó de dar a conocer su interpretación progresista del Código recién promulgado. La ocasión en que lo hizo constituye una anécdota simpática dentro de la historia del Derecho peruano.

El entonces Embajador de Colombia en el Perú, Eduardo Zuleta Ángel, era un jurista importante en su país y, ante las novedades que aparecían en el Perú, decide dar su opinión en una conferencia entre abogados. En ella sostiene que las novedades en responsabilidad extracontractual del reciente Código son de la autoría de Manuel Augusto Olaechea y por ese motivo pretende tratar de entender correctamente el pensamiento de este jurista. En ese sentido, opina que Olaechea no ha introducido propiamente una responsabilidad objetiva o por riesgo en el ordenamiento jurídico peruano sino simplemente una inversión de la carga de la prueba.

Olaechea no había podido asistir a la conferencia por razones de salud, pero se enteró por su hijo y le envió al Embajador una tarjeta de felicitación. Este le contesta con una carta en la que insiste en decir que la posición de Olaechea es más bien la de una inversión de la carga de la prueba. Entonces Olaechea contesta con otra carta corrigiendo la visión del Embajador en el sentido de que, si bien la culpa sigue central en el sistema jurídico peruano, se ha establecido también "una responsabilidad de pleno derecho e irreversible mediante la prueba contraria"¹².

Sin embargo, los juristas de entonces permanecieron muy divididos respecto de ese punto, algunos asumiendo la posición de Olaechea y otros insistiendo en el principio, a juicio de ellos irremplazable y excluyente, de la culpa. Por su lado, la jurisprudencia asumió en su mayor parte una posición objetivista, ordenando frecuentemente el pago de una indemnización cuando el accidente se había producido en circunstancias riesgosas. Pero esto no significa que

⁸ CALLE, Juan José. "Código Civil (con notas sobre el Proyecto de Código Civil que se encuentra redactando la Comisión Reformadora nombrada en 1922)". Lima: Librería e Imprenta Gil. 1928. p. 702, nota al artículo 2191 del Código Civil de 1852.

⁹ Ibid. p. 703.

¹⁰ Código Civil de 1852, artículo 2110, inciso 3.

¹¹ Código Civil de 1936, artículo 1136.

¹² OLAECHEA, Manuel Augusto. "Respuesta al Embajador Zuleta del 14 de agosto de 1944". En: Revista de Jurisprudencia Peruana 10. Lima. 1944.

los jueces se adhirieran intelectualmente a la teoría del riesgo creado sino que muchas veces preferían acogerse más cómodamente a la tesis de la inversión de la prueba y luego emplear subterfugios para llegar a un resultado similar al que los hubiera conducido el principio objetivo, pero sin negar el principio de la culpa; argucias tales como ser excesivamente exigentes en la prueba de ausencia de culpa.

Como miembro de la Comisión que redactó el anteproyecto del Código Civil de 1984, me correspondió precisamente la parte relativa a la responsabilidad extracontractual.

En esta tarea, asumí básicamente tres ideas-guías que explicaré a continuación.

La primera de ellas consistía en que la responsabilidad objetiva no podía estar ausente del Derecho peruano y que, por tanto, si bien la culpa es siempre un principio individualizador de responsabilidad, en muchos casos hay circunstancias en las que debemos recurrir a alguna de las formas de objetivación de la responsabilidad debido a que quizá la culpa nunca es clara (como sucede en gran parte de los accidentes de tránsito) o porque la probanza de la culpa es muy difícil y costosa para el hombre común y corriente (como sucede en los accidentes aéreos, en los daños ambientales o en otros casos que exigen pruebas técnicas muy especializadas que quedan fuera del alcance del damnificado). Por consiguiente, al lado de la responsabilidad por culpa debían existir formas de responsabilidad sin culpa.

Pero la presencia de la responsabilidad sin culpa alteraba fundamentalmente el concepto general dentro del cual se enmarcaban estas responsabilidades. Ciertamente, ya no podíamos hablar de actos ilícitos como rubro global, porque la responsabilidad sin culpa no es un acto ilícito, no se juzga al causante por haberse comportado en forma dolosa ni culposa sino que, independientemente de ello, debe reparar los daños que cause. En consecuencia, el título de la sección como "De los actos ilícitos" quedaba obsoleto y habría que cambiarlo porque daba un tinte general de culpa que ya no correspondía a la nueva legislación.

La segunda idea-guía consistía en que la indemnización debía ser entendida como una reparación del daño y no como un castigo contra la culpa del causante.

La base sobre la cual se asentaba esta idea era que el Derecho Civil no se encarga de castigar faltas sociales sino de organizar las relaciones entre personas privadas. Indudablemente, en muchos casos de responsabilidad extracontractual se requiere no solamente de una reparación a la víctima sino también de una sanción a

quien ha faltado a ciertas reglas establecidas en función del orden social. Por ejemplo, una persona que excede los límites de velocidad conduciendo un automóvil y a causa de ello atropella y mata a una persona, no sólo está obligado al pago de daños y perjuicios a los familiares de la víctima que éstos hayan sufrido a consecuencia de la muerte sino que también merece ir a la cárcel. En otras situaciones, aun cuando no le corresponda la cárcel, debe serle retenida su licencia de conducir o debe imponérsele una multa. Sin embargo, estas funciones punitivas ya no corresponden al Derecho Civil sino al Derecho Penal o a los reglamentos administrativos de tránsito. El Derecho Civil se limita a reparar.

En el Derecho moderno, es el Estado quien, en nombre de la sociedad aplica los castigos y percibe las multas a que está obligado el infractor en razón de haber violado una norma de carácter social. Pensar en indemnizaciones punitivas a favor de la parte ofendida es regresar a una visión tribal del Derecho, a una suerte de venganza privada apenas canalizada por el Estado.

Este planteamiento me llevó a descartar totalmente la indemnización punitiva en los casos de accidentes normales de la vida cotidiana y a ser muy prudente –y hasta escéptico– en los casos donde se había presentado una culpa grave y donde la indemnización pudiera tener una connotación intimidatoria y ejemplarizadora, prefiriendo la sanción penal y la administrativa a la indemnización civil.

Por otra parte, esta idea-guía supone también que, dejando aparte la idea de castigo al causante y considerando que lo que busca la responsabilidad extracontractual es una reparación del daño, la indemnización sólo puede comprender lo que es económicamente reparable.

En ese sentido, rechacé la posibilidad de una reparación patrimonial para los daños extrapatrimoniales por cuanto éstos, por su naturaleza misma, no son reparables con dinero. Es por ello que mi anteproyecto no reconocía lo que usualmente se conoce como "daño moral" y tampoco ese otro daño –cuya distinción con el daño moral no es clara– que se ha denominado recientemente "daño a la persona". En principio, los daños extrapatrimoniales se reparan extrapatrimonialmente. El daño al honor de una persona –más allá de las consecuencias económicas calculables que pudieran derivarse de ello– se repara con una retractación pública; no con dinero. El dolor por la pérdida de un familiar en un accidente no se repara con nada: no hay suma alguna que pueda compensar ese dolor, no hay dinero en el mundo que pueda remediar la pena. Personalmente, creo que en una situación así, me negaría a recibir dinero alguno

porque lo consideraría una afrenta que se quiera pagar mi dolor, reembolsarme económicamente la vida de un familiar. He escuchado decir que esa indemnización, aunque no repara el daño moral, sirve cuando menos para calmarlo porque esa persona que ha sufrido tan grave dolor puede cuando menos hacer un viaje a Europa con la indemnización que recibe y distraer su pena. Francamente, me parece que eso es envilecer el dolor moral y me sentiría muy mal viajando a distraerme a costa de la vida de un familiar querido.

El único sentido que le encuentro al daño moral no es precisamente moral sino material. Sucede que muchas veces los accidentes implican daños que son difícilmente calculables a pesar de que son estrictamente materiales. En esos casos, los jueces utilizan muchas veces el daño moral para agregar a la reparación algunas sumas calculadas por equidad para cubrir esos otros daños que no están claramente individualizados. Pero notemos que aquí no estamos indemnizando nada extrapatrimonial sino más bien daños patrimoniales de difícil definición económica. Por consiguiente, hubiera sido más conveniente suprimir el daño moral y otorgar al juez la facultad de usar la equidad para compensar ese tipo de daños materiales indefinidos.

La tercera idea-guía era más audaz y compleja. Recogiendo la intuición sobre la repartición de riesgos de Olaechea y entendiéndola dentro de una sociedad que funciona como un todo, esta tercera idea proponía la distribución social de los costos de los accidentes.

La teoría objetiva de la responsabilidad presenta muchas dificultades de sustentación. En primer lugar, no explica la razón por la que una persona sin haberse probado su culpa debía ser quien soportara el peso económico del daño. Esta teoría pretendió encontrar una justificación en el principio del riesgo creado: se dijo que quien crea un riesgo y se beneficia con él debe soportar su consecuencia. Pero ante cada situación precisa es muy difícil establecer la persona que crea el riesgo: en el caso de un accidente de automóvil lo crean los dos choferes que conducían los vehículos o incluso el peatón que sale a caminar por las calles y que resulta atropellado.

Por otra parte, tanto la teoría subjetiva como la teoría objetiva operan como un interruptor de corriente; no tienen sino dos puntos: o el peso económico permanece en la víctima (cuando no se le reconoce derecho a indemnización) o el peso económico se traslada al causante (creándose así una nueva víctima, esta vez de carácter económico). Sin embargo, en gran parte de los accidentes modernos parecería que la sociedad toda debería de alguna manera ser responsabilizada por los daños.

Tomemos el ejemplo de los accidentes de automóvil. En la mayoría de los casos, los dos choferes consideran honestamente que la culpa es del otro; el Juez tiene muy graves escrúpulos de conciencia para atribuir la culpa a uno u otro y finalmente opta por una responsabilidad compartida. Es que, en realidad, quizá la culpa es de ambos o de ninguno: aun cuando seamos los choferes más diligentes y prudentes del mundo, en muchos momentos tenemos descuidos; y si uno de esos momentos coincide precisamente con el azar de que un automóvil se cruza por delante, tenemos un accidente. Por consiguiente, el accidente resulta ser una combinación de una falla estadísticamente inevitable con el azar. Notemos que si el azar no interviene en el momento del descuido colocando otro automóvil o un peatón delante, ni siquiera la teoría subjetiva sanciona la culpa presente en el descuido que efectivamente existió: si no ha habido daño (es decir, azar), el "culpable" no es sancionado por el Derecho Civil.

Pero hay otro ingrediente más, que contribuye a diluir la idea de una culpa del causante y que pone en cuestión esa solución bilateral que impone tanto la teoría subjetiva como la objetiva. Los accidentes no serían dañinos si la sociedad adoptara ciertas medidas de precaución. Por ejemplo, si se estableciera que no pueden circular automóviles que rueden a más de 10 kilómetros por hora y que no tengan bandas de algodón y jebe que los protejan en todo su contorno, o simplemente si se establece que los automóviles están prohibidos, así se evitarían todas las muertes de accidentes de tránsito. Esta es una comprobación que no podemos eludir. Pero la sociedad quiere tener las ventajas de la velocidad y de la facilidad de transporte, aunque haya accidentes. La sociedad sabe que, por más que los choferes sean prudentes y que la policía ordene debidamente el tránsito, un cierto número de muertes será inevitable cada año; porque son los riesgos inherentes al uso de vehículos automotores. Pese a ello, la sociedad quiere tener esas ventajas aunque se produzcan esas muertes. Para que la sociedad pueda disfrutar de las ventajas de la velocidad y la comodidad del transporte moderno, tiene que estar dispuesta a pagar un precio constituido por la muerte de algunos de sus miembros. ¿Quién crea el riesgo en este caso? ¿El que sale con su auto? Parecería más bien que quien lo crea, lo permite o lo tolera es la sociedad toda. Asimismo, quien se beneficia con este riesgo creado es la sociedad toda. Por tanto, encontramos un tercer actor que está presente solapadamente en todo accidente y es la sociedad toda. Luego, la sociedad toda debe ser también de alguna manera co-responsabilizada.

Este tipo de reflexiones han conducido a la más moderna teoría llamada distribución social de los daños.

Según ella, no se trata ya de buscar al delincuente escondido detrás de la cortina ni de crear una nueva víctima de carácter económico frente a la víctima directa por un supuesto riesgo creado. De lo que se trata, salvo cuando ha mediado dolo o culpa inexcusable, es de reparar a la víctima diluyendo en el todo social el impacto económico del daño para que nadie lo sufra en particular; la sociedad toda es responsable de los daños rutinarios de la vida en común y, consecuentemente, hay que trasladar el pago de la indemnización a la sociedad toda.

¿Cómo lograr este propósito? A través de dos poderosos medios de difusión de los costos económicos que ofrece la sociedad actual: el sistema de precios y la contratación de seguros.

Voy a explicar los medios a través de sendos ejemplos.

Veamos el caso de los daños causados por productos defectuosos: una persona utiliza una crema de afeitar que le causa una grave alergia, la que exige tratamiento médico por varios días, porque la crema fue fabricada defectuosamente. En este caso, la nueva teoría le atribuye automáticamente responsabilidad objetiva al fabricante de la crema, con la sola condición de que se pruebe que la utilización de esa crema fue lo que provocó el daño. No hay un intento de indagar si existió culpa, si se produjo o no una *culpa in vigilando* de la empresa respecto del proceso de fabricación, sino que simplemente se verifica el nexo causal. Pero tampoco se trata de una aplicación de la responsabilidad objetiva porque el fabricante no es responsable por el mero hecho de ser el causante físico sino porque puede calcular un riesgo de productos defectuosos e incluir este costo en el precio del artículo. En otras palabras, el fabricante no es “culpable” en sentido estricto, porque aun con su mejor buena voluntad y diligencia no podría evitar que alguna vez suceda una falla de producción. Tampoco es un chivo expiatorio ciego como en el caso de la responsabilidad objetiva. Es responsable objetivamente, sí; pero lo es porque puede descargar el peso económico del daño, que recibe judicialmente, a través de los precios que cobra al consumidor. De esta forma, el riesgo social de que alguna vez se produzcan artículos defectuosos sin dolo ni culpa inexcusable del fabricante se diluye entre la sociedad toda que consume estos productos y que paga un precio que incluye el monto de las eventuales compensaciones por los daños causados.

El mecanismo del seguro supone la creación de un seguro obligatorio para aquellos riesgos de carácter

rutinario, tales como los accidentes de automóvil; lo que permite una adecuada satisfacción de la víctima y una eficiente difusión del riesgo entre todos los asegurados a través del pago de las primas. Sin embargo, aun cuando este seguro obligatorio no hubiera sido creado, el principio de la difusión del seguro ingresa al razonamiento judicial en base a consideraciones parecidas a las que hemos reseñado respecto del sistema de precios: los jueces hacen recaer el peso económico del daño fundamentalmente en quienes estaban en mejor aptitud de utilizar ese mecanismo difusor contratando cuando menos un seguro voluntario.

Por ejemplo, producido un atropello en el que no existe dolo ni culpa inexcusable del atropellado, la responsabilidad es atribuida solidariamente al chofer del vehículo y a su propietario. ¿Por qué razón el propietario es responsable aunque no fue causante directo ni tuvo culpa del accidente? Por el hecho de que este propietario puede asegurarse y que el seguro diluye el riesgo entre todos los asegurados. A través del seguro, todos los asegurados contribuyen al pago de los daños de ese accidente en particular, ya que el causante no pagó sino la prima correspondiente y de esta forma se diluyó socialmente el costo del daño.

Aparentemente, nos encontramos frente a una responsabilidad objetiva a ultranza: porque incluso la responsabilidad objetiva, salvo en sus manifestaciones extremistas, ha excluido a quien no fue causante directo. Sin embargo, no es así; porque el fundamento de la responsabilidad y el traslado del peso económico del daño al propietario no se deben a un hecho ciego sino a la capacidad de éste de diluir ese costo a través del seguro.

Frente a todas estas propuestas un tanto extravagantes, ¿qué es lo que fue acogido finalmente en el Código de 1984? Muy poco.

Cuando menos, se logró que la sección correspondiente del Código no fuera llamada en adelante “De los actos ilícitos” sino que se utilizara el apelativo más genérico “De la responsabilidad extracontractual” que se adecua mejor a la realidad normativa ya que ésta contiene aparentemente tanto el principio de la culpa¹³ como el principio del riesgo creado¹⁴.

Sin embargo, no cabe duda de que la redacción final de esta sección corresponde a una persona que tenía claras convicciones subjetivistas. Así, estamos frente a la coexistencia de dos principios contrarios, sin que se haya

¹³ Código Civil de 1984, artículo 1169.

¹⁴ Código Civil de 1984, artículo 1170.

trazado una teoría que los englobe a ambos. La situación es aún más grave si se tiene en cuenta que el legislador subjetivista tuvo en último momento un escrúpulo respecto de la responsabilidad objetiva que había también creado. Así, dos artículos después de aquel en que introduce la responsabilidad por riesgo, parece que lo atemoriza la dirección que ha tomado y da un paso atrás frente a lo que considera el abismo. Así establece que el que creó el riesgo no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia del caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño. Pero, ¿qué otros casos quedan, entonces? Claramente aquellos en los que ha intervenido la culpa. De modo que si realizamos una lectura de este artículo y lo concordamos con el artículo 1970, parecería que no existe responsabilidad objetiva alguna y que sólo se responde, aún en daños producidos por cosas o actividades peligrosas, cuando media dolo o culpa. En realidad, la única forma de salvar el carácter objetivo de la responsabilidad en estos casos es interpretar caso fortuito en el sentido más estricto, como circunstancias de carácter general y objetivo, y no simplemente como ausencia de culpa.

Por otra parte, el Código de 1984 incorporó el daño moral y el daño a la persona y estableció así un sistema de indemnizaciones que, a mi juicio, responde más al principio de venganza o de punición civil antes que al de reparación del daño.

En cuanto a la distribución social del daño a través de seguros obligatorios de accidentes, se levantó una oposición muy fuerte que provenía –paradójicamente– de las compañías privadas de seguros que hubieran debido beneficiarse con la obligación de todo propietario de automóviles de acercarse a ellas para tomar el seguro obligatorio. Estas empresas sostenían que un seguro obligatorio adquiriría un carácter social que podía distorsionar la contabilidad comercial de la actividad de aseguración; por eso, preferían no hacerse cargo de este tipo de seguros. Las empresas de seguros adujeron que este seguro era una singularidad peligrosa. Cuando se les hizo ver que más del 80% de los países del mundo contaban con seguro obligatorio de automóviles, respondieron que el Perú es un país *sui generis* y que no estaba preparado para manejar un sistema de ese tipo. Ante esta situación, el Código de 1984 se limitó a incluir un artículo que perfectamente pudo haberse ahorrado, porque se limita a disponer que la ley –es decir, otra ley– determina el daño sujeto al régimen de seguro obligatorio, las personas que deben contratar las pólizas y la naturaleza, límites y demás características de tal seguro.

¿Cómo vemos el panorama de la responsabilidad extracontractual después de transcurridos veinte años de la vigencia de este Código?

La verdad es que, a pesar de la intensa discusión jurídica e ideológica que se produjo con motivo del Código Civil de 1984, no ha cambiado mucho la práctica de la responsabilidad extracontractual con relación al periodo en que estuvo vigente el anterior Código de 1936.

Los jueces siguen utilizando generalmente el principio de la culpa con la carga de la prueba invertida y sólo esporádicamente hacen uso de la responsabilidad derivada de bienes o actividades riesgosas o peligrosas. Incluso, muchas veces, aun cuando usan la responsabilidad por riesgo, agregan que también existen una serie de indicios de culpa, como para reforzar una posición que creen poco sólida sobre la base únicamente de la teoría objetiva.

Por otra parte, la jurisprudencia no distingue mayormente entre daño moral y daño a la persona, con lo que esta última institución aparece como inútil o como un mero refuerzo del daño moral. Por su parte, el daño moral es entendido como un concepto vago de justicia pretoriana, en el que coexisten daños materiales imprecisos, romanticismos conceptuales y sentimientos indeterminados de piedad por las víctimas.

En lo que se refiere a los seguros obligatorios, se ha creado finalmente el Seguro Obligatorio de Automóviles (SOAT). Paradójicamente, una vez que se impuso casi veinte años después de la discusión anterior, esta vez las empresas de seguros apoyaron vehementemente la iniciativa y se disputaron los clientes con una publicidad muy intensa. En cambio, quienes protestaron fueron los dueños de buses y microbuses en forma tan agresiva y callejera que en algún momento se llegó a pensar –cosa que no sucedió– que el famoso SOAT sería derogado.

La moraleja que podemos extraer de esta historia es que las discusiones y polémicas entre juristas son muy enriquecedoras... para los propios juristas. Pero éstas no se traducirán en cambios efectivos en las relaciones sociales mientras no cambie la mentalidad de los legisladores, de los jueces y del ciudadano en general. Todo lo demás se queda en el papel, y el Derecho no es un papel bien escrito sino el conjunto de prácticas que buscan soluciones concretas para problemas sociales que están en la realidad misma.