

DE LA CULPA ÉTICA A LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA: ¿EL MITO DE SÍSIFO? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano)

Gastón Fernández Cruz*

Pocos artículos abarcan de manera tan completa y detallada la evolución y el alcance actual de la responsabilidad subjetiva como lo hace el presente artículo. Para ello, el autor realiza un interesante análisis del rol de la culpa tanto en nuestro sistema jurídico como en el Derecho comparado, llegando a un entendimiento general de cómo se encuentra estructurado nuestro sistema de responsabilidad civil.

De esta manera, siempre dentro de una visión crítica, se logra un análisis que no se limita a los aspectos jurídicos de la institución, sino que se encuentra fortalecido con un entendimiento histórico y social, lo cual hace del presente artículo uno de lectura obligatoria para quien desee profundizar en el tema.

* Profesor Ordinario de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Profesor Visitante de la Università Degli Studi di Bologna (1999-2000).

I. EL CONCEPTO TRADICIONAL DE LA CULPA: LA NOCIÓN DE “CULPA ÉTICA”. EL BASAMENTO PSICOLÓGICO

1. Al inicio de la era de la codificación, la propiedad funciona como eje en torno al cual gravitan todos los demás institutos y, en este sentido, la responsabilidad civil no es sino un medio de protección de la propiedad: “... el propietario podía considerarse protegido, ya que nada, sino su propia voluntad, habría podido privarlo del derecho o del poder de goce sobre el bien (...). El negocio jurídico, entonces, funcionalmente concebido como modo de transferencia de la propiedad, estructuralmente modelado según los esquemas de la voluntad de su declarante, podía satisfacer exigencias contrapuestas: garantizar a los propietarios contra el peligro de perder el propio derecho; y proteger a los comerciantes no propietarios, los cuales, depositando su confianza sobre esta voluntad, tenían la seguridad de operar sobre un plano de igualdad formal...”¹. En esta época –fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX– y bajo este contexto, “... la autonomía negocial y la culpa no representan otra cosa que el momento fisiológico y el momento patológico, respectivamente, de la acción voluntaria del sujeto de derecho entendido como ‘propietario’...”². La culpa, como “resultado negativo de la voluntad”, viene a constituir entonces el criterio de selección de los intereses merecedores de la tutela resarcitoria.

Por esto, pues, la culpa –en sentido estricto– será vista como “actitud psíquica” y consistirá “... en

un defecto de la voluntad que impide la diligencia necesaria en las relaciones humanas (...) que hace que se opere imprudentemente (culpa) o que se omitan las precauciones que se debían adoptar (negligencia)...”³.

La noción de una culpa “ética” y “psicológica”, entonces, resulta connatural a la cosmovisión individualista y “ochocentista” de la responsabilidad civil y no es otra cosa que el resultado de un modelo erigido sobre el Code Napoléon, producto de la herencia iusnaturalista, el material ofrecido por las fuentes romanas y, sobre todo, de las ideas individualistas de la revolución francesa. En los orígenes de las codificaciones –bien ha escrito Salvi– se encuentra siempre presente “... la obra de reorganización conceptual desarrollada por los iusnaturalistas y por la doctrina francesa entre los siglos XVII y XVIII. La reconducción a una unidad del material ofrecido por las fuentes romanas y el acoplamiento sobre el mismo de la idea de responsabilidad ético-comportamental que trae y difunde el derecho canónico, conducen a la elaboración de una figura general de ‘delito’ civil, fundado sobre los elementos de reprobabilidad ética del comportamiento (culpa), de la pérdida económica (*damnum*) y de la lesión de la propiedad ajena (*iniuria*) (...)”⁴, por lo que “... de regla, en este modelo, el resarcimiento tiene lugar sólo si al emplazado puede personalmente imputársele una ‘responsabilidad’ por la reprobabilidad de su comportamiento...”⁵, asumiendo la culpa la categoría de “fundamento” de la responsabilidad civil toda⁶.

¹ FRANZONI, Massimo. “Dei Fatti illeciti”. En: “Commentario del codice civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano”. Libro quarto: Obbligazioni. Artículo 2043-2059. Bologna-Roma: Zanichelli Editore S.p.A.-Società Editrice del Foro Italiano. 1993. pp. 39-42.

² *Ibidem*.

³ CORSARO, Luigi. “Tutela del danneggiato e responsabilità civile”. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. 2003. p. 126.

⁴ SALVI, Cesare. “La responsabilità civile”. En: “Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti”. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. 1998. pp. 11-12. Para una reconstrucción histórica del concepto de culpa y la importancia de las fuentes romanas, conviene consultar: ROTONDI, Giovanni. “Dalla ‘Lex Aquilia’ all’Articolo 1151 Cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche”. En: “Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni diretta dagli avvocati A. Sraffa e C. Vivante”. Volumen XIV, primera parte y volumen XV, primera parte. 1916 y 1917, respectivamente. pp. 942-970 y 236-295; y MARTÍNEZ SARRIÁN, Ángel. “Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa”. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A. 1993. pp. 183-400.

⁵ SALVI, Cesare. *Ibid.* p. 12.

⁶ Véase por todos: CHIRONI, Gian Pietro. “La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale”. Segunda edición. Torino: Fratelli Bocca Editori. 1897. Nota a pie de página 1. pp. 15-16; GIORGI, Giorgio. “Teoría de las obligaciones en el derecho moderno”. Volumen V: “Fuentes de las obligaciones; cuasi-contratos; hechos ilícitos; leyes”. Traducción de la séptima edición italiana por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid: Hijos de Reus, Editores. 1911. Numeral 149. Nota a pie de página 2. p. 227; DEMOGUE, René. “Traité des obligations en général”. Tomo III: “Sources des obligations (suite)”. París: Librairie Arthur Rousseau. 1923. Reimpresión en Bad Feilnbach: Schmidt Periodicals GMBH. 1994. Numeral 223. pp. 365-366; COLIN, Ambrosio y Henri CAPITANT. “Curso elemental de derecho civil francés”. Tomo III: “Teoría general de las obligaciones”. Traducción de la edición francesa anterior a 1924 por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid: Editorial Reus S.A. 1924. Numeral 497. pp. 734-742; PLANIOL, Marcel. “Traité élémentaire de droit civil”. Undécima edición. Tomo II: “Les preuves; théorie générale des obligations; les contrats; les privilèges et les hypothèques”. París: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. 1931. Numerales 863-931, principalmente numerales 863, 927 y 931-14. pp. 302-357; LALOU, Henri. “La responsabilité civile”. París: Librairie Dalloz. 1932. Numeral 122. pp. 64-65; PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. “Tratado práctico de derecho civil francés”. Traducción española de Mario Díaz Cruz. Tomo VI: “Las obligaciones. Primera parte”. La Habana: Editorial Cultural S.A. 1946. Numeral 477. p. 666; RIPERT, Georges. “La règle morale dans les obligations civiles”. Cuarta edición. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1949. Numerales 112 a 123, principalmente numerales 112, 116 y 123. pp. 198-224; JOSSERAND, Louis. “Derecho civil”. Traducción de la tercera edición francesa de “Cours de droit civil positif français” por Santiago Cunchillos y Manterola. Tomo II. Volumen I: “Teoría general de las obligaciones”. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América - Bosch y Compañía Editores. 1950. Numeral 413. p. 295; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon y André TUNC. “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual”. Tomo Primero. Volumen II. Traducción de la quinta edición francesa por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1962. Numerales 338, 378 y 379. pp. 2 y 34-35; RIPERT, Georges y Jean BOULANGER. “Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol”. Tomo V: “Obligaciones (Segunda parte)”. Traducción de la edición francesa de la “Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence” por Delia García Daireaux. Buenos Aires: Editorial La Ley. 1963. Numerales 898 y 903. pp. 23 y 27.

2. Aún en la etapa de la concepción ética y psicológica de la culpa, entendida no bajo criterios “temporales” sino como una etapa en donde no se discute el rol de la culpa como criterio de selección de los intereses merecedores de la tutela resarcitoria y en donde tampoco se discute el papel de aquélla de “fundamento” de la responsabilidad civil toda bajo el principio: “ninguna responsabilidad sin culpa”, el concepto mismo de culpa no presenta un sentido unívoco.

Abarcando los siglos XVII, XVIII (reorganización conceptual), XIX y hasta las primeras cuatro décadas del siglo XX, la doctrina comparada del “civil law” desarrolla variadas nociones y tipos de culpa, lo que puede apreciarse del resumen que presenta Maiorca en Italia, a fines de la década del 40 y aún bajo la vigencia del Código Civil italiano de 1865, retrato fidedigno del Code Napoléon de 1804:

“... Una indagación histórica sobre el empleo de la expresión ‘culpa’ mostraría las oscilaciones en esta materia de excepcional interés que han constituido durante todo el tiempo objeto de amplísima investigación. Aquí no puedo más que resumir los términos del problema y muchas definiciones particulares descuido.

En un sentido, se dice que ‘está obligado’ al resarcimiento quien ‘es responsable’, y es responsable quien está en ‘culpa’. Responsabilidad sería entonces un concepto lógicamente precedente a aquel de obligación de resarcimiento. Empero, puesto que quien está en culpa es responsable y quien es responsable está obligado al resarcimiento (confróntese: Chironi), desde este otro punto de vista que pone como expresiones sinónimas ‘estar en culpa’ y ‘ser responsable’, se dice que quien está en culpa queda obligado al resarcimiento: de aquí es breve el paso a decir que la culpa es la ‘fuente’ de la obligación de resarcimiento.

El artículo 1097 del Código Civil, refiriéndose a la tradición del derecho romano, pone como fuentes de la obligación al delito y al cuasi-delito. Delito (y cuasi-delito) –se suele decir– es un particular ‘hecho jurídico al cual la ley le atribuye el nacimiento de una obligación’. Como sinónimo de delito se habla de hecho ilícito, hecho antijurídico, ‘torto’; en general, ‘hecho’ contrario al derecho (confróntese: Bruci, Pacchioni, Invrea). Y, así, se habla inclusive de ‘culpa’ como ‘hecho’ (hecho culpable).

Pero la palabra ‘culpa’ tiene también empleos diferentes. ‘Estar en culpa’ puede significar ser

‘autor de un determinado hecho’ antijurídico; pero también estar en una particular ‘condición subjetiva’ en relación a un determinado hecho. En efecto, no todo ‘autor’ de un hecho del cual se postula la antijuridicidad es responsable o igualmente responsable.

Se transporta sobre el sujeto agente la búsqueda de las condiciones de responsabilidad y, de aquello, se dice que está en culpa.

Esta misma consideración subjetiva a los fines de la responsabilidad puede tener, empero, una dirección diversa, según se considere el ‘hecho’ presupuesto de responsabilidad como una entidad (evento) relevante del agente, o bien como la ‘conducta’ misma del agente, como actividad subjetiva, esto es, como acto de voluntad y de pensamiento, respecto al cual se puede agotar toda consideración y búsqueda relativa al presupuesto de la responsabilidad.

Culpa puede ser, entonces, sinónimo de delito o ‘torto’ o hecho ilícito o antijurídico, o como se quiera decir (confróntese: Planiol, Capitant, Crouzel, Castellari, Mandrioli), o bien puede ser –según diversas formulaciones doctrinarias– un ‘elemento o momento del delito’ civil y más precisamente el así llamado ‘elemento subjetivo’ (confróntese Dusi: la culpa presupuesto y medida de la imputabilidad). La doctrina por lo demás confunde, bajo este relieve, las nociones de ‘culpa’ y de ‘imputabilidad’. Pero aun la definición de este momento subjetivo no es unívoca.

Hay quienes distinguen la noción de ‘imputabilidad’, cual condición general de responsabilidad, de la ‘culpa’ propiamente dicha, que se refiere a una condición subjetiva consistente en imprudencia, negligencia, impericia (doctrina dominante, por ejemplo, Giorgi, Chironi, Crome, Sourdat, Colin y Capitant).

De otros se agrega –como comprendido en el concepto de negligencia, o bien distinto de aquella no previsión de consecuencias previsibles (confróntese: Mosca, Polacco, Colmet de Santerre, Sourdat). Y hay quien dice que la culpa implica la ‘posibilidad de prever’ y de evitar (por ejemplo: Demogue); quien dice que la culpa consiste en la ‘negligencia en el prever’ (Brugui) y quien define a la culpa como ‘ausencia de reflexión’ (Deschamps).

Pero hay también quien no define la culpa sólo como negligencia, esto es, como un acto de voluntad defectuoso (y, podemos agregar, materialmente tal), sino como ‘falta a un deber de

atención, variadamente entendido: deber de ser diligentes, atentos, previsores, que se cree es sancionado en el ordenamiento jurídico (por ejemplo: Labré, Bosc, Beudant; confróntese: Planiol, Crome, Pacchioni). Y, bajo este perfil, la culpa es ya conducta ilícita (ofensa a la norma que instituye aquel deber), distinta de la imputabilidad (entendida o como condición general de responsabilidad o como condición de culpabilidad; condición objetiva, esto es, reclamada para que una determinada conducta pueda llamarse culpable, es decir, como falta a un deber de diligencia).

Más se agrega luego a todo esto la valoración del 'hecho' que sigue a la culpa: hecho del cual se dice que puede ser 'objetivamente injusto (lesión de un derecho subjetivo)'. Aquí sería así la culpa (iniuria subjetiva) distinta de la iniuria objetiva (confróntese: Pernice, Chironi).

Quien, en cambio, no hace tal distinción y reconduce el deber de diligencia y la lesión del derecho subjetivo bajo un único concepto de injusticia, distingue bien siempre 'iniuria' de culpa; pero reserva este último término para designar la imputabilidad, vale decir, las condiciones puramente subjetivas de la responsabilidad (confróntese: Colin y Capitant, Neagu).

Sin embargo, la historia casi increíble de la terminología en examen, no está toda aquí.

Distinto de la culpa (como valoración de la conducta del sujeto agente), así como de la 'iniuria' objetiva y cual causa determinante ésta, se individualiza por la doctrina el 'hecho', bajo el doble aspecto de hecho positivo y negativo (por ejemplo: Chironi, Baudry-Lacantinerie, Crome).

Por esto, resumiendo, se arriba a distinguir: el hecho (comisivo u omisivo), la culpa (distinta o no de la imputabilidad) la iniuria objetiva...⁷.

Y en esta visión de resumen del estado de la discusión sobre la noción de culpa podrá apreciarse las características de la definición inicial:

La culpa consiste necesariamente en un error de conducta⁸ y, por ende, es siempre un obrar humano, que atribuye un hecho ilícito a su autor, con lo que normalmente se reconoce en la culpa, de un lado, un componente "objetivo", que no es sino la herencia romana de la "lex aquilia" y del elemento "iniuria", cuyo efecto central sería el de determinar la unión indisoluble de las nociones de "culpa" y "hecho ilícito"; y, de otro, un componente "subjetivo" que es el "... elemento psicológico que distingue el acto ilícito de la simple violación del derecho ajeno..."⁹ y, como tal, expresa "... un estado particular del ánimo en relación con un hecho injurioso..."¹⁰.

De lo indicado precedentemente, surge entonces también una inequívoca conclusión: no puede existir culpa si no hay imputabilidad¹¹ pues, como lo indicara Giorgi "... no puede hablarse de culpa donde falta la voluntad racional, o la libertad de elección..."¹², consagrándose el principio clásico de la irresponsabilidad de los sujetos faltos de discernimiento¹³ y en donde el concepto de imputabilidad es reputado una "condición" de la responsabilidad por hecho propio, significando más que una simple "atribución" de una consecuencia a un responsable: capacidad de discernimiento en el agente. "... Quien no es amo de dirigir su actividad no puede reportar los riesgos del daño causado por esa actividad. El riesgo de la actividad no puede equitativamente imponerse sino a una persona libre y razonable. Lo más que puede admitirse, en ciertos casos, es una obligación moral, o un deber de caridad para indemnizar a la víctima, pero no hay obligación jurídica sancionada por el derecho..."¹⁴; lo cual, en una visión tradicional de la responsabilidad civil, en donde sólo se explica ésta, como consecuencia, derivada de un hecho culposo, no puede sino corresponder a una noción de culpa "in concreto": aquella que reclama el análisis del comportamiento del agente atendiendo a la "naturaleza de éste", esto es, a sus capacidades y cualidades.

Más allá de algunas contradicciones evidentes en las que incurren algunos autores clásicos, lo cierto es que al concepto de imputabilidad —entendido

⁷ MAIORCA, Carlo. "Problemi della responsabilità civile". Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. 1936. pp. 36-38.

⁸ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon y André TUNC. Op. Cit. Tomo Primero. Volumen II. Numerales 395 y 439. pp. 52 y 85.

⁹ DEMOGUE, René. Op. Cit. Tomo III. Numeral 242. p. 409.

¹⁰ HIRONI, Gian Pietro. Op. Cit. p. 6.

¹¹ ORSARO, Luigi. Op. Cit. p. 128.

¹² GIORGI, Giorgio. Op. Cit. Volumen V. Numeral 145. p. 220.

¹³ Véase por todos: COLIN, Ambrosio y Henri CAPITANT. Op. Cit. Tomo III. Numeral 500. p. 745; PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. Op. Cit. Tomo VI. Numeral 497. pp. 697-698; POTHIER, Robert Joseph. "Tratado de las obligaciones". Versión directa en castellano del "Traité des obligations", según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M.C. de las Cuevas. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L. 1978. Numeral 118. pp. 72-73; y GAUDEMET, Eugène. "Teoría general de las obligaciones". Traducción de la edición francesa de 1937 de "Théorie générale des obligations" por Pablo Macedo. Segunda edición. México D.F.: Editorial Porrúa S.A. 1984. pp. 329-331.

¹⁴ GAUDEMET, Eugène. Op. Cit. p. 331.

como capacidad de discernimiento— debe corresponderle en esta etapa histórica una noción de “culpa in concreto”, pues es lógico que, si sólo se va a responder por culpa, se excluya a los sujetos faltos de discernimiento: la culpa ética y psicológica —que intenta reprobar un acto de voluntad defectuoso, un “error de conducta”— exige que los agentes, en forma previa, sean conscientes de las consecuencias negativas de su obrar.

De la misma manera, si la culpa es ante todo un “acto de voluntad defectuoso”, se afirma la existencia de dos tipos de culpa: “... como ‘negligencia’, caso en el cual el sujeto omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso, hace menos de lo que debe; y como ‘imprudencia’, caso en el cual el sujeto obra precipitadamente o sin prever por entero las consecuencias en las que podía desembocar su proceder irreflexivo, hace más de lo que debe...”¹⁵.

II. LA EVOLUCIÓN DE LA NOCIÓN DE CULPA: DE LA “CULPA ÉTICA” A LA “CULPA SOCIAL” Y A LA “CULPA NORMATIVA”

3. En el devenir social, hay un hecho importante que significará un giro trascendental en la forma de apreciar la noción de culpa: el inicio de la era de la industrialización.

Cuando Ripert, adscrito por ese entonces a la escuela crítica francesa de la culpa, lanza su famosa proclama histórica “de la responsabilidad a la reparación”¹⁶, no hace sino recoger lo que para muchos es —en dicho momento— tan sólo una perspectiva histórica. Ya Jossierand, en el año 1926, escribía que “... el problema de la responsabilidad es muchísimo más vasto de lo que imaginaron los jurisconsultos de Roma o incluso los del Código Civil: la intensidad de la vida moderna, la multiplicidad de las relaciones humanas y de las transacciones jurídicas, la frecuencia de los riesgos, han revelado la insuficiencia de una concepción trazada para pueblos individualistas, cuya vida social estaba relativamente poco desarrollada...”¹⁷; y el propio Capitant, en su prefacio a la primera edición del Tratado Mazeaud-Tunc, refiriéndose al hecho que, con el devenir del tiempo, la responsabilidad civil había —contra todos los pronósticos— ganado

más terreno que perdido, comentaba:

“... ¿A qué se debe esto? A diversas causas. En primer lugar, al progreso industrial, al empleo de nuevos instrumentos de locomoción: automóviles, aviones, que multiplican los daños causados a terceros; al aumento de los establecimientos industriales cuyas emanaciones o cuyo ruido provocan reclamaciones de los vecinos; luego, al desenvolvimiento correlativo del seguro de responsabilidad, cuyo resultado consiste en embotar la prudencia del asegurado e incitar a las víctimas a lamentarse; por último, de una manera general, a una tendencia actual del individuo a reclamar una indemnización pecuniaria por cualquier perjuicio sufrido por él, de cualquier naturaleza que sea; porque en una sociedad donde la obtención de la ganancia se convierte cada vez más en el fin esencial de la actividad humana, todo atentado infligido a los intereses materiales o morales de una persona constituye la ocasión de una demanda por daños y perjuicios...”¹⁸.

Estamos, pues, en los albores de la industrialización.

Una sociedad típicamente individualista basada “... en una economía caracterizada por intercambios relativamente modestos y por la ausencia de un apreciable aparato técnico...” y en donde los sucesos dañosos eran regidos casi en su totalidad por “... la convicción de la absoluta fatalidad e inevitabilidad del daño así producido...”¹⁹, que no conocía todavía del progreso económico derivado de los descubrimientos tecnológicos, se ve transformada, de a poco, en una nueva sociedad que debe hacer frente a nuevas ocasiones de daño derivadas del proceso de industrialización naciente²⁰. Esto produce un cambio de perspectiva tanto del rol como del contenido de la culpa, que se materializa en la literatura jurídica, a partir de la primera revolución industrial en la segunda mitad del siglo XVIII; pero, principalmente, a partir de la segunda revolución industrial, abarcando gran parte del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX (cuando ya el desarrollo tecnológico presenta ciertos resultados visibles), y en donde se presencia un enfrentado debate generador de posiciones antitéticas que defienden y atacan a la “culpa” como el fundamento de la responsabilidad civil,

¹⁵ TRIGO REPRESAS, Félix. “Responsabilidad civil de los profesionales”. En: “Seguros y responsabilidad civil”. Tomo 1. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L. 1978. pp. 25-26.

¹⁶ RIPERT, Georges. “Le régime démocratique et le droit civil moderne”. Duodécima edición. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1949. pp. 327 y siguientes.

¹⁷ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon y André TUNC. Op. Cit. Tomo Primero. Volumen II. Numeral 345. p. 7.

¹⁸ Ibid. Tomo Primero. Volumen I. p. XX.

¹⁹ RODOTÁ, Stefano. “Il problema della responsabilità civile”. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore. 1964. p. 20.

²⁰ SALVI, Cesare. Op. Cit. p. 12.

contraponiéndola a un nuevo concepto, surgido aparentemente de esta nueva era de industrialización, como es el “riesgo creado”. Las reacciones se dan en tres direcciones distintas:

- Una primera, que pretende ser fiel a la noción de “culpa ética” y que, ante los cambios que reclama el devenir social, deforma la idea de culpa, creando, por ejemplo, “presunciones absolutas de responsabilidad”, basadas en aquel concepto (la culpa), con el único propósito de “ensanchar el campo de la responsabilidad civil, manteniendo siempre la idea de culpa como base de la responsabilidad”²¹. Se habla así entonces de una “culpa in eligendo” para justificar la responsabilidad por hecho ajeno del patrono en la responsabilidad vicaria; de una “culpa in vigilando” para justificar la responsabilidad por hecho ajeno del responsable del incapaz; y de una “culpa in custodiando”, para justificar la responsabilidad por el daño ocasionado por animales, entre otros supuestos de responsabilidad indirecta.

En visión retrospectiva, ha escrito bien Trimarchi sobre esta posición:

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

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

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

Los defensores de esta posición, propugnarán entonces un giro absoluto y total de las bases de la responsabilidad (un giro de 180°), como si de golpe se hubieran conseguido todos los resultados esperados por el advenimiento de la industrialización.

- Una tercera reacción, en cambio, que se da al inicio de la era de la industrialización, pretenderá responder –casi intuitivamente– al reconocimiento de que el proceso de industrialización se da por etapas y en forma desigual, por lo que el rol de la culpa no desaparecerá, sino que, solamente, se transformará. Así como, en términos económicos, se ha afirmado hoy que la sociedad busca, casi espontáneamente, el desarrollo del mercado²³, así también, la historia de la responsabilidad, tenderá a demostrar la íntima relación existente entre las nociones de culpa y desarrollo tecnológico, en donde el primero de estos conceptos estará al servicio del segundo.

Esta transformación del rol de la culpa, de ser concebida como una “culpa ética”, para pasar a ser entendida como una “culpa social”, ha sido expresada por Salvi de la siguiente forma:

“... En la fase de la primera industrialización, la solución prevaleciente adoptada, consiste en la confirmación, como regla general de imputación de la responsabilidad, del principio de la culpa, que viene empero progresivamente a asumir un contenido en parte diverso y más adecuado a las nuevas exigencias. La noción de culpa viene progresivamente depurada de los elementos ético-individuales para configurarse en términos objetivos, como disconformidad del comportamiento del agente respecto a parámetros, que manifiestan el grado de tolerabilidad ‘social’ del riesgo introducido por la conducta del agente.

²¹ RIPERT, Georges y Jean BOULANGER. Op. Cit. Tomo V. Numeral 905. p. 29.

²² TRIMARCHI, Pietro. “Rischio e responsabilità oggettiva”. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore. 1961. p. 21.

²³ POSNER, Richard. “El análisis económico del derecho”. Traducción del inglés por Eduardo L. Suárez. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1998. p. 18.

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

La nueva noción de la culpa (que sustituye a aquella ‘subjetiva’ fundada sobre el comportamiento psicológico del agente) sirve también para subrayar el carácter ‘excepcional’ del resarcimiento. La ‘regla’ es que las pérdidas permanezcan allí donde acontecen, si no existe una razón socialmente válida, que justifique la activación del procedimiento dirigido a transferirlas de la víctima al agente. Y tal razón es, precisamente, por regla, la culpa: sólo la disconformidad de la conducta con la ‘norma’ justifica el resarcimiento, que funge así de sanción, y de técnica de prevención, de los comportamientos socialmente anómalos...”²⁴.

Es a partir de este momento, entonces, en donde corrientes doctrinarias postularán un divorcio entre los conceptos de imputabilidad y culpa²⁵, asignándole además a esta última noción una regla de apreciación “in abstracto”, esto es, prescindiendo del análisis concreto de las capacidades individuales del sujeto llamado a responder.

La responsabilidad civil no busca ya en esta etapa que, en términos generales, el daño permanezca en la esfera económica de las víctimas (con la finalidad de que éstas financien el desarrollo de tecnologías en una fase de capitalismo incipiente), sino que, estando propiamente dentro de una etapa de desarrollo del capitalismo, se permite el resarcimiento con un carácter “excepcional”, pero cualitativa y cuantitativamente en términos más eficientes que aquel que correspondía a la etapa en donde la culpa era concebida bajo contenidos ético-psicológicos propios de una era pre-industrial o de inicios de la industrialización.

La mutación de la culpa, de estar integrada de un contenido “ético”, para pasar a ser llenada de un contenido “social”, no es, a la luz de la

literatura jurídica vigente hasta los años 1930-1940, percibida en su gran función macro-sistémica; esto es, la de servir, en un inicio, de financiamiento de la industria en la fase del capitalismo ochocentista²⁶, para pasar después a servir como vehículo de incentivación del desarrollo tecnológico.

En esta época, afirmar que el basamento de la tutela resarcitoria, esto es, de lo que ha venido a llamarse difusamente el “fundamento” de la responsabilidad, mutó de la “culpa” a la “reparación del daño”, resulta anticipado y excesivo, pese a la aguda y temprana proclama de Ripert en la fórmula “de la responsabilidad a la reparación”.

4. En realidad, el inicio de la era de la industrialización y su desarrollo, implica –necesariamente– la generación de nuevas ocasiones de daño, donde “... los intereses típicamente subyacentes bajo los supuestos de hecho dañosos no son más homogéneos: al contrario, la disciplina aquiliana es llamada a mediar en el conflicto suscitado entre la libertad de desenvolvimiento de las actividades productivas y la seguridad individual y propietaria...”²⁷, en donde, entonces, el contenido ético de la culpa no parece ya suficiente para satisfacer las exigencias del desarrollo industrial.

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

²⁴ SALVI, Cesare. Op. Cit. p. 13.

²⁵ Ver numeral 7 *infra*.

²⁶ FRANZONI, Massimo. Op. Cit. p. 44. Véase también: SALVI, Cesare. Op. Cit. p. 13; y RODOTÀ, Stefano. Op. Cit. pp. 16-25.

²⁷ SALVI, Cesare. Op. Cit. p. 12.

buscándose con ello reproducir los mecanismos de mercado alterados...”²⁸.

En este contexto, el resarcimiento tiene un carácter “excepcional”, aun desde una perspectiva sistémica, pues, buscando la industrialización el desarrollo de una economía liberal, basada en un concepto óptimo de mercado donde cada sujeto sea libre de decidir qué tipo de utilidades está dispuesto a sacrificar en términos de “costo económico”, primariamente se debe, justamente, desarrollar el mercado, dotándolo de bienes (utilidades) intercambiables socialmente útiles. Por esto, la consecuencia de la responsabilidad en esta etapa fue la de hacer permanecer las pérdidas –en la medida de lo posible– allí donde suceden, pues con ello se obtenía, desde el punto de vista económico, que las víctimas financiaran la industria, en la fase del desarrollo del capitalismo, cumpliendo aquella (esto es, la responsabilidad civil), el rol de evitar costos excesivos a la industria en vías de desarrollo. De la misma manera, con esta decisión, se contribuía a desarrollar y fijar un concepto óptimo de mercado.

En la perspectiva diádica, el imponer al responsable el “costo económico” que traía su conducta de incumplimiento significó entonces acudir al recurso de medir la conducta desarrollada por el agente, con patrones “objetivos” o “abstractos”, como aquel del “hombre medio”, reafirmando el principio de la responsabilidad por culpa, pero entendida ésta bajo un criterio social y normativo: la apreciación de la culpa debe hacerse analizando la violación, de parte de un sujeto, de reglas de conducta basadas en criterios de prudencia y diligencia medidos en comparación con un patrón; esto es, en función a lo que habría hecho, por ejemplo, una persona reflexiva y consciente, conforme al estricto círculo del tráfico de que se trate²⁹; o, inclusive, siguiendo a la experiencia norteamericana contemporánea, en función a la norma del “hombre razonable”.

En esta línea de pensamiento, se afirma por algún autor que la culpa en el ámbito extracontractual “... es, sobretudo, alteración del equilibrio existente entre el derecho de la persona a obrar libremente para la

consecución de sus propios fines y el derecho de los demás a la conservación de su propia identidad...”, mientras que en el ámbito del cumplimiento de la obligación, la culpa, como concepto contrario a la diligencia, representa alteración del “... equilibrio existente entre precauciones a adoptar en el obrar y la libertad de obrar o de la acción puesta en juego...”, siendo tal equilibrio de carácter normativo, “... en cuanto es reconducible a un modelo: el modelo de la causalidad adecuada, aplicado a las medidas de precaución dirigidas a evitar lesiones ajenas...”³⁰. Este modelo normativo, construido por la ley en atención a las actividades desarrolladas por las personas, prescinde, sin embargo, del análisis de las precauciones que éstas deben adoptar en un caso concreto, por lo que “... hoy, el término culpa expresa simplemente la falta de adopción de las medidas de precaución debidas, sobre la base de los conocimientos posibles de una persona-tipo...”³¹.

Como bien ha señalado Maiorca, la concepción psicológica y la concepción normativa en la definición de la culpa expresan puntos de vista inconciliables: la concepción psicológica expresa la posición voluntarista de inspiración iusnaturalista, mientras que la concepción normativa expresa la posición formalista de derivación kelseniana, en donde la culpa es, básicamente, una trasgresión de un comando normativo que genera una sanción (por lo que el efecto reparatorio es visto, mas bien, como una sanción reparatoria)³².

Hay quienes también entienden la concepción normativa de la culpa en términos casi sinónimos de “antijuridicidad”, esto es, “... como un juicio de reproche por la infracción de una norma preexistente...” y en donde la culpa presentaría dos componentes: “... un aspecto objetivo-normativo y un aspecto individual. El primero consiste en la infracción de un objetivo deber de cuidado exigible en el tráfico (...) El aspecto individual atiende al poder individual del autor de observar el cuidado objetivamente debido...”³³.

En realidad y, como se indica más adelante³⁴, la única virtud de la concepción normativa de la culpa (entendida bajo el enunciado del párrafo precedente) será el de servir de precursora a la

²⁸ DI MAJO, Adolfo. “La tutela civile dei diritti”. En: “Problemi e metodo del diritto civile”. Volumen 3. Segunda edición. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. 1993. p. 156.

²⁹ LARENZ, Karl. “Derecho de obligaciones”. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1959. p. 286.

³⁰ CORSARO, Luigi. Op. Cit. p. 74.

³¹ Ibid. p. 75.

³² MAIORCA, Carlo. “Voce: Colpa civile (teoria generale)”. En: “Enciclopedia del diritto”. Volume VII. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore. 1960. pp. 535-536.

³³ DÍEZ-PICAZO, Luis. “Derecho de daños”. Madrid: Civitas Ediciones, S.L. 1999. p. 357.

³⁴ Ver numeral 16 *infra*.

“teoría económica de la culpa” bajo el análisis de las capacidades de prevención de los sujetos postulado por Calabresi, toda vez que si normativamente la culpa implica una “infracción de la norma de cuidado exigible en el tráfico”, ese deber de cuidado obligaría al agente a advertir, por ejemplo, “... la presencia del peligro en su gravedad aproximada como presupuesto de toda acción prudente...” y a comportarse, en los aspectos externos de su conducta, “... conforme a la norma de cuidado previamente advertida...”, siendo evidente que una de sus manifestaciones abarcaría “... el deber de omitir acciones especialmente peligrosas en que el hecho de emprender la acción lesiona el deber de cuidado...”, teniéndose presente entonces que “... cuando se trate de actuar en situaciones peligrosas que pueden situarse dentro de los marcos de riesgo permitido, no rige el deber de omitir la actividad, pero sí el de realizarla con la máxima atención para evitar que el peligro se convierta en lesión...”³⁵.

Con ello, se advierte ya –aunque sea intuitivamente– que los deberes de cuidado (que es prevención) exceden el ámbito de aplicación de una cláusula general normativa por culpa, por lo que un “actuar negligente” también estará presente en una cláusula general normativa que, construyéndose sobre la base de un postulado teórico distinto, cual es “la exposición al peligro”, intentó prescindir de la valoración de la conducta de los sujetos: la definición (por contraste) de la culpa, como concepto contrario al de diligencia, comienza –aunque sea inconscientemente– a ser cuestionado.

Empero, debe advertirse que no deben confundirse las nociones de “culpa social” y “culpa normativa”, que son diversas, pero complementarias. Propiamente hablando, esta última deviene un concepto meramente formalista pero importante, desde que no podrá hablarse del acogimiento de un análisis “in abstracto” de la noción de culpa de no existir un dato legislativo que lo acoja: la “culpa social” resulta aplicable en cuanto normativamente esté acogida.

III. LA CULPA Y LA NOCIÓN DE HECHO ILÍCITO. ABANDONO DE ESTE CONCEPTO POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

5. El acogimiento de la culpa como “criterio de selección de los intereses merecedores de la tutela resarcitoria” determina a su vez que una gran parte

de la literatura jurídica continental desarrolle un concepto general que represente una “noción continente” que comprenda a la culpa y se defina en función a ésta: el “hecho ilícito”.

Afirmar que “no hay responsabilidad sin culpa” resulta lo mismo que decir que sólo la culpa atribuye responsabilidad, por lo que se tiende a afirmar que los resultados dañosos sólo serán imputables a una actuación antijurídica: el proveniente de todo comportamiento humano que, de manera dolosa o culposa, cause un daño injusto a otro, que obliga, a quien así ha actuado, a reparar el daño producido.

La ilicitud, entonces, sólo puede existir de mediar culpa en un sujeto.

Es importante entender que en este contexto, entonces, nos encontramos ante una cláusula general por culpa anclada siempre en el propio concepto de “hecho ilícito” (y, viceversa, un concepto como el “hecho ilícito” definido a su vez en función del concepto “culpa”). Empero, su acogimiento legislativo por las codificaciones que se desarrollan a partir del siglo XIX es desigual, por lo que habrá que revisar el acogimiento singular que a la categoría de la ilicitud se realiza en cada sistema.

Al respecto, ha señalado bien Alpa que el análisis del problema de “tipicidad” o “atipicidad” del ilícito parte de una constatación general: la existencia de sistemas en donde se reconocen caracteres de tipicidad absoluta y otros que se fundan en cláusulas generales interpretativas³⁶. Conforme a este autor, los sistemas que recogen características de tipicidad absoluta lo son en el sentido que todo hecho definido como ilícito está previsto y regulado por el Derecho (sea codificado o por la vía de los “case law”), por lo que el juicio de responsabilidad, aquí, se estructura en un procedimiento lógico que parte de lo “particular” a lo “particular”. Ejemplos de estos sistemas, se dice, son el sistema alemán en el Derecho continental o cualquier sistema del “common law”.

En cambio, los sistemas que se fundan en cláusulas generales, son identificables porque prohíben –en línea de máxima– todo comportamiento dañoso, sin identificar figuras precisas de ilicitud. El juicio de responsabilidad, aquí, se estructura en un procedimiento lógico que parte de lo “particular”

³⁵ DÍEZ-PICASSO, Luis. Op. Cit. pp. 357-358.

³⁶ ALPA, Guido. “Atipicità dell’illecito e tecniche di selezione degli interessi tutelabili”. En: “La responsabilità civile nei sistemi di common law. Profili generali a cura di Francesco Macioce”. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM. 1989. p. 295.

a lo "general" (en donde se prevé, como supuesto de hecho, una calificación del comportamiento adscrito a una categoría general). Ejemplos de estos sistemas serían el sistema francés y sus derivaciones³⁷.

Empero, a lo explicado por el ilustre profesor italiano, cabría realizar dos precisiones:

- a) La primera, en el sentido que la referencia al BGB alemán como un sistema que acoge la tipicidad del ilícito, hoy, es negada en gran medida por la doctrina comparada³⁸.

Cuando el artículo 823 del Código Civil alemán señala que el deber de resarcimiento de los daños alcanza al que dolosa o culposamente lesiona injustamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier derecho de otra persona, no enumera un "número clausus" de derechos cuya violación dará lugar a responsabilidad civil³⁹, porque de ser ello así: ¿cómo entender la referencia expresa del artículo 823 del Código Civil alemán a la lesión producida a "cualquier otro derecho"?

Se han realizado dos interpretaciones al respecto:

Primera interpretación: la tradicional, que extiende la responsabilidad a otros derechos absolutos del tipo enunciado en el artículo 823 del BGB.

Segunda interpretación: la de la atipicidad potencial, que extiende los supuestos de responsabilidad a la violación de "cualquier otro derecho" y no solamente a los derechos absolutos de naturaleza similar a los mencionados expresamente en el artículo 823 del BGB.

De otro lado, se ha dicho también que el numeral segundo del propio artículo 823 del BGB y el texto del artículo 826 del mismo cumplen una función de ampliar el ámbito de aplicación de la cláusula general de responsabilidad acogida en el texto codificado, para permitir la protección no sólo de derechos subjetivos (acogidos por una norma), sino de

cualquier interés merecedor de tutela, aunque éstos no consistan en derechos.

- b) La segunda, en el sentido que, dentro de los sistemas que se fundan en cláusulas generales, el acogimiento de la teoría del hecho ilícito es disímil.

Así, tenemos que existen:

- Códigos que mencionan expresamente la ilicitud como elemento de la responsabilidad extracontractual: Código Civil italiano (artículo 2043, bajo el título "de los hechos ilícitos"); Código Suizo de las Obligaciones (artículo 41 dentro del capítulo referido a "las obligaciones resultantes de actos ilícitos"); el propio Código Civil alemán (si se acepta la teoría de la atipicidad potencial), el cual acoge la categoría de la ilicitud en el artículo 823 (ubicado dentro del título de los "actos ilícitos"); y muchos otros desarrollados bajo la doctrina del hecho ilícito como los códigos civiles uruguayo de 1868, argentino de 1869, mexicano de 1928, portugués de 1966, brasileño de 2002, entre otros.
- Códigos que no mencionan expresamente la ilicitud como elemento de la responsabilidad extracontractual: Código Civil francés de 1804; Código Civil español de 1888; y el Código Civil peruano de 1984, entre otros.

6. Si la teoría del "hecho ilícito" sólo se explica en función de la culpa, resultará fácil entender la línea evolutiva de los códigos que no mencionan expresamente a esta categoría para desarrollar cláusulas generales interpretativas de responsabilidad distintas a la cláusula general por culpa (como, por ejemplo, una cláusula general de responsabilidad objetiva), como ha sido el caso del sistema francés y, particularmente, creemos, el caso del sistema peruano, el cual manifiesta y expresamente ha abandonado la categoría del "hecho ilícito" al regular dentro del Libro VII de las Fuentes de las Obligaciones, en la Sección Sexta, las disposiciones sobre responsabilidad extracontractual justamente bajo este nombre y no

³⁷ Ibid. pp. 295-296.

³⁸ FERRARI, Franco. "Atipicità dell'illecito civile". Milán: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. 1992. pp. 174-178.

³⁹ Tradicionalmente se ha dicho que en el sistema alemán no se es responsable a no ser que se perjudique a otro, por dolo o por culpa, lesionándose los derechos específicamente indicados en el artículo 823 del Código Civil: la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad; por lo que aparentemente sería la propia ley la que enumeraría los comportamientos antijurídicos que darían lugar a responsabilidad, lo que ha llevado a algunos a afirmar que el sistema alemán se caracteriza por la tipicidad de los hechos ilícitos, a diferencia del sistema francés.

bajo el título del “hecho ilícito”; intención corroborada con las modificaciones de los artículos 309 y 458 del Código Civil, introducidas por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 768 y por la Ley 27184 en los años 1993 y 1999, respectivamente, que eliminaron los últimos vestigios codificados de referencia al “acto ilícito”.

El problema, de hecho, se ha presentado en cambio en los sistemas que, adoptando cláusulas generales interpretativas de responsabilidad, se han colocado una “camisa de fuerza” al codificar el “hecho ilícito”, como ha sucedido, por ejemplo, en los sistemas alemán e italiano.

¿Cómo entender en el Código Civil italiano, por ejemplo, la posibilidad de admitir una cláusula general de responsabilidad objetiva?

Bien ha resumido Busnelli al respecto que la ubicación del artículo 2043 del Código Civil italiano (referido al resarcimiento de los hechos dolosos o culposos) dentro del Título IX (que al regular la responsabilidad extracontractual toda lo hace bajo el nombre “de los hechos ilícitos”) ha obligado a una “relectura” del sistema de responsabilidad, en Italia, en tres direcciones⁴⁰:

a) Una primera dirigida a configurar un sistema autónomo de responsabilidad objetiva, por reconocer un fundamento distinto al de la culpa, basado en los artículos 2051, 2052, 2053 y 2054, cuarto párrafo, del Código Civil italiano, sea que dicho fundamento pretenda encontrarse sobre el principio del riesgo⁴¹ aplicado al ejercicio de actividades económicas (que son la expresión del análisis y distribución de costos y beneficios en actividades económicas que presentan un mínimo de continuidad y de organización); sea en la exposición a una situación de peligro a través de la cual se verifica un daño⁴²; o sea simplemente porque la noción de hecho ilícito enunciado por el artículo 2043 del Código Civil italiano y definido en función de la culpa no cubre el ámbito entero de la responsabilidad extracontractual, reconociéndose casos en

donde la responsabilidad objetiva es afirmada porque no hay un hecho definible como ilícito⁴³.

- b) Una segunda dirigida a mantener el carácter de cláusula general interpretativa del artículo 2043 del Código Civil italiano, a la cual podrían “reconducirse” los criterios de responsabilidad objetiva que no desempeñarían un rol particular en el sistema todo de la responsabilidad civil⁴⁴, siendo “... legítimo concluir que el significado normativo de la ilicitud o de (hecho) ilícito al menos, no es más que un concepto de síntesis para indicar una cualidad reclamada por la ley para todos los hechos productivos de daño resarcible...”⁴⁵.
- c) Una tercera dirigida a afirmar a la responsabilidad por culpa como única regla general de responsabilidad “... operante como criterio final de imputación para todos los daños injustos derivantes de hechos que no encuentran una disciplina particular en un supuesto de hecho legal típico de responsabilidad...”⁴⁶, con lo que se reduce el ámbito de aplicación de supuestos de responsabilidad objetiva a meras excepciones del sistema.

Resulta claro, entonces, que en el Perú no nos encontramos obligados a realizar ninguna “relectura” del sistema de responsabilidad extracontractual, pues al haberse abandonado la categoría de los “hechos ilícitos”, debe entenderse abandonado el principio “ninguna responsabilidad sin culpa” como regla única y exclusiva de responsabilidad.

Es más, la redacción del artículo 1970 del Código Civil (peruano) –desde la perspectiva de los conceptos tradicionales– no deja margen de duda para reconocer en la exposición al peligro (o en el riesgo, para algunos) el fundamento de la responsabilidad objetiva en el Perú, al presentarse claramente separado de cualquier vestigio o redacción elíptica que lo termine anclando (por la vía de la excepción) en la noción de culpa; cosa que, como se sabe, ocurrió con la redacción del

⁴⁰ BUSNELLI, Francesco Donato. “La parabola della responsabilità civile”. En: “Danno e responsabilità civile”. Compilación de estudios de BUSNELLI, Francesco D. y Salvatore PATTI. Torino: G. Giappichelli Editore. 1997. pp. 124-125.

⁴¹ TRIMARCHI, Pietro. Op. Cit. pp. 39 y 43.

⁴² COMPORTI, Marco. “Esposizione al pericolo e responsabilità civile”. Napoli: Morano Editore. 1965. pp. 86-97.

⁴³ GALGANO, Francesco. “Diritto civile e commerciale”. Volume Secondo: “Le obbligazioni e i contratti”. Tomo II. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM. 1990. p. 282.

⁴⁴ RODOTÀ, Stefano. Op. Cit. pp. 176-178.

⁴⁵ FRANZONI, Massimo. Op. Cit. p. 81.

⁴⁶ BUSNELLI, Francesco Donato. Op. Cit. En: BUSNELLI, Francesco D. y Salvatore PATTI. Op. Cit. p. 125.

artículo 2050 del Código Civil italiano, el cual, pretendiendo regular la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas estableció que "... cualquiera que ocasiona un daño a otros en el desenvolvimiento de una actividad peligrosa, sea por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, queda obligado al resarcimiento, si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño..." (el resaltado es nuestro); con lo que, en Italia, "... ha devenido en improbable una responsabilidad objetiva fundada sobre la exposición al peligro, si el propio artículo 2050, que es la única norma de responsabilidad a utilizar la peligrosidad en función de calificación del supuesto de hecho, permanece anclado al criterio de la culpa..."⁴⁷.

En el Perú, entonces, una cabal interpretación de los artículos 1969 y 1970 del Código Civil, debiera arribar a la conclusión de que ambos preceptos sirven de cláusulas generales interpretativas de igual rango, esto es, de una concepción bipolar de la responsabilidad civil que emplea dos principios generales: la culpa como criterio de imputación de responsabilidad subjetiva, de un lado; y el riesgo como factor atributivo de responsabilidad objetiva, de otro; todo ello sin perjuicio de cuestionarnos si en realidad el recurso a conceptos como la culpa (entendida como noción antitética de la diligencia) o el riesgo (entendido como concepto autónomo o sinónimo de exposición al peligro), no son sino "... teorías (...) empapadas de una tensión irresoluta entre la intuición correcta de la realidad y la incapacidad de formalizarla jurídicamente sin caer en la contradicción..."^{48,49}.

IV. LA CULPA Y LA CAPACIDAD DE DISCERNIMIENTO COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL TODA. NEGACIÓN DE SU ACOGIMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

7. Si, como se ha indicado en el punto III de este artículo, la recepción del concepto de "hecho ilícito" fue diverso por las codificaciones del "civil law", podrá comprenderse el por qué la evolución de los conceptos de imputabilidad y culpa siguen caminos diversos en Francia e Italia, por ejemplo.

En principio, cabe advertir que, bajo el

reconocimiento de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil, en el "hecho ilícito" como categoría teórica, culpa e imputabilidad devienen inicialmente en conceptos similares o, cuando menos, ésta en un elemento de aquélla. No puede imputarse responsabilidad sino a aquel que es consciente de sus actos, pues sólo se responde si se está en culpa, produciéndose un disvalor respecto al acto de voluntad defectuoso o al error de conducta; lo cual es propio del momento histórico cuando la culpa es referida a un contenido ético y psicológico.

Como ya se ha indicado, sin embargo, la categoría del "hecho ilícito" no fue codificada en Francia, pero sí en Italia, lo que representará la necesidad de la doctrina de este país de diferenciar los conceptos de imputabilidad y culpa, cuando ésta adquiere un contenido de "culpa social".

7.1 La recepción en Italia del concepto de imputabilidad

Si en un inicio, como se ha visto ya en el punto I de este artículo, la imputabilidad es considerada uno de los elementos de la culpa, no existe disconformidad alguna con la noción de "hecho ilícito", en la medida que el componente de culpa de este último concepto sea entendido bajo estándares éticos y psicológicos. Así, si la responsabilidad por "hechos ilícitos" deviene en sinónimo de responsabilidad extracontractual y, por ende, la noción de "hecho ilícito" es un concepto omnicompreensivo de todo el conjunto de reglas y condiciones de responsabilidad, bajo el principio de "ninguna responsabilidad sin culpa" se cubre todo el vasto campo del resarcimiento.

El problema se presenta cuando, bajo el desarrollo de la era de la industrialización, la doctrina italiana debe "repensar" la culpa y variar su contenido ético-psicológico por uno "social" y/o "normativo"⁵⁰.

Habiéndose codificado el "hecho ilícito", la doctrina italiana se ve en la necesidad de divorciar los conceptos de imputabilidad y culpa, con el sólo propósito de "desprender" de contenidos éticos y psicológicos la propia noción de "hecho ilícito" que era

⁴⁷ CASTRONOVO, Carlo. "La nuova responsabilità civile". Segunda edición. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. 1997. p. 56.

⁴⁸ Ibid. p. 73.

⁴⁹ Ver numeral 18 *infra*, última conclusión.

⁵⁰ Ver numerales 3 y 4 *supra*.

omnicomprensiva de la responsabilidad extracontractual toda. Como bien se ha señalado en línea (lógica) de principio, "... reconducida la culpa a una noción objetiva, cual no conformidad a un modelo objetivo de comportamiento diligente, debe en cambio admitirse que inclusive el comportamiento del incapaz es susceptible de ser calificado culposo. Tal comportamiento es además susceptible de ser calificado objetivamente antijurídico, si aquel realiza o encaja en el supuesto de hecho material de la violación de una norma jurídica..."⁵¹. Para evitar esta consecuencia, cuando menos en línea de máxima, la doctrina y jurisprudencia italiana afirmarán a la culpabilidad y a la imputabilidad como "requisitos autónomos del ilícito" y en donde "... el segundo no siempre condiciona el juicio de responsabilidad..."⁵².

Así, por "imputabilidad" en sentido estricto deberá entenderse la "capacidad de entender y querer" (equivalente a la capacidad de discernimiento de la normatividad civil peruana)⁵³, que no es sino la idoneidad "... psíquica de la persona para comprender la relevancia social negativa de las propias acciones y decidir autónomamente el propio comportamiento..."⁵⁴. Por lo tanto, el análisis de la imputabilidad en la doctrina italiana continuará realizándose "in concreto" y corresponderá a los cánones tradicionales que concebían antes a la imputabilidad como un elemento de la culpa, mientras que esta última noción corresponderá a un análisis "in abstracto", refiriéndose a "... la disconformidad de la conducta en relación a un canon de comportamiento socialmente dado o establecido normativamente..."⁵⁵.

Aquí es donde opera el salto cualitativo (bastante discutible) realizado por un sector de la doctrina y jurisprudencia italiana. Para volver compatible la noción subjetiva de imputabilidad con la concepción objetiva de la culpa dentro del sistema, manteniéndose a su vez la autonomía recíproca de estos conceptos y, con el fin (casi exclusivo diríamos) de evitar la

responsabilidad civil directa del incapaz, se concluye que la imputabilidad debe ser entendida como un presupuesto de la responsabilidad civil toda: si el juicio de culpabilidad "... va construido con referencia esencialmente a las modalidades objetivas del comportamiento, el juicio sobre la imputabilidad es necesario en cambio a los fines de reconducir el comportamiento mismo a la esfera subjetiva de quien lo ha puesto en juego. La función del requisito normativo de la imputabilidad (...) consiste por lo tanto en esto, que el ordenamiento subordina la responsabilidad por dolo o culpa, en vía de principio (...) a la posibilidad de referir el hecho al agente, no solo materialmente, sino habida referencia también al estado psico-físico de aquél..."⁵⁶.

El entendimiento de la imputabilidad (capacidad de entender y querer) como una condición o presupuesto de la responsabilidad⁵⁷ ha sido adoptado en nuestro medio por Espinoza Espinoza, quien, ya refiriéndose a la codificación peruana ha señalado puntualmente: "... en mi opinión, habrá responsabilidad sin culpa; pero no responsabilidad sin capacidad de imputación...", para luego afirmar que suscribe la posición de que "... tanto en los supuestos de responsabilidad subjetiva como objetiva, se aplican la normatividad de los sujetos incapaces (o de los capaces en estado transitorio de inconciencia), por cuanto el requisito previo indispensable para atribuir responsabilidad (objetiva o subjetiva) es la capacidad de imputación (o imputabilidad) del sujeto...", por lo que no se debe olvidar "... que un prius frente a todo el sistema de responsabilidad civil es el de la capacidad del agente dañino..."⁵⁸.

Afirmaciones como ésta, que ya resultan bastante discutibles dentro del propio sistema italiano en donde la imputabilidad (capacidad de querer y entender) no siempre condiciona el juicio de responsabilidad, pues si bien se reconoce a aquélla un campo de aplicación más extenso que la segunda, excluye los supuestos de responsabilidad no necesariamente negligentes (sin culpa, por ejemplo, la

⁵¹ BIANCA, Massimo. "Diritto civile". Tomo V: "La responsabilità". Milán: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. 1994. Numeral 285. p. 656.

⁵² FRANZONI, Massimo. Op. Cit. p. 317.

⁵³ Confróntese: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "La influencia de la experiencia jurídica italiana en el código civil peruano en materia de responsabilidad civil". En: Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú 56. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003. pp. 736 y 738.

⁵⁴ BIANCA, Massimo. Op. Cit. Tomo V. p. 657. En igual sentido y por todos: SALVI, Cesare. Op. Cit. p. 105.

⁵⁵ FRANZONI, Massimo. Op. Cit. p. 319.

⁵⁶ SALVI, Cesare. Op. Cit. pp. 106-107.

⁵⁷ CORSARO, Luigi. Op. Cit. p. 149.

⁵⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit. pp. 736 y 741.

responsabilidad legal de los propietarios de vehículos) y los de responsabilidad objetiva⁵⁹, lo resultan aun más en una codificación como la peruana que ha abandonado al hecho ilícito como categoría general de responsabilidad y que ha afirmado un régimen bi-polar de responsabilidad: subjetiva y objetiva.

7.2 La recepción en Francia del concepto de imputabilidad

La doctrina francesa —a diferencia de la italiana—, y sobre la base de la no codificación del “hecho ilícito” en el Code francés, presenta en realidad una literatura escasa sobre la categoría de la ilicitud como tal⁶⁰, es decir, como concepto omnicompreensivo en donde la culpa se asimila al concepto de “hecho ilícito”⁶¹, habiéndose limitado por lo general a entender a la “ilicitud” como el elemento objetivo de la culpa, esto es, como la violación de un deber⁶². Así, “... la mayor parte de los autores franceses afirman que la noción de culpa se compone de dos elementos, uno objetivo y el otro subjetivo. El primero consistente en la violación de un deber, el segundo en la imputabilidad de esta violación a su autor. La noción de ‘devoir violé’ es también indicada con los términos: ‘acte ou omission illicite’ y la imputabilidad viene a veces referida con el término ‘culpabilité’ en vez de ‘imputabilité’...”⁶³.

Resultará de fácil comprensión entonces la evolución de la doctrina francesa en el sentido que, pese a mantener bajo cánones subjetivos al concepto de culpa (al entender a la imputabilidad como elemento de ésta), al no codificar una noción omnicompreensiva de toda la responsabilidad extracontractual como el “hecho ilícito”, se pudo plantear y desarrollar una cláusula general normativa de responsabilidad objetiva (por riesgo) sobre la base del artículo 1384 del Code Napoleón (responsabilidad por el hecho de las cosas), la cual ha seguido una línea evolutiva hasta

nuestros días, permitiendo construir bajo su égida una serie de supuestos de responsabilidad objetiva⁶⁴, junto a otros supuestos especiales, como por ejemplo, los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno (artículos 1385 y 1386 del Code Napoleón); la responsabilidad por productos defectuosos (artículos 1386-1 al 1386-18 del Código Civil francés); y los accidentes por riesgos de la circulación vial (aun cuando algunos sostienen que en esta última área está reservada todavía una aplicación residual a la culpa, vía las acciones recursorias en materia de seguros⁶⁵.

Es más, para los últimos autores nombrados “... bien entendido, bajo esta concepción, las leyes especiales de responsabilidad sin culpa entran igualmente dentro del campo del riesgo...”⁶⁶.

Esto llevó tempranamente a Jossierand (a inicios de la década del 30) a afirmar que “... la tendencia actual es particularmente favorable a la responsabilidad objetiva: indudablemente, de los dos polos de atracción, la culpa y el riesgo, es el primero el que continúa ejerciendo la más fuerte atracción sobre la doctrina y sobre la jurisprudencia, pero el segundo se hace sentir cada vez con mayor fuerza, y en todos los países. Las dos corrientes no son, por otra parte, de ningún modo inconciliables y se complementan muy bien; subjetiva u objetiva, toda tesis de responsabilidad tiende a este fin, perseguido siempre y jamás alcanzado: el equilibrio perfecto, aunque inestable, de los intereses y los derechos...”⁶⁷; defendiendo con ello la tesis bipolar de la responsabilidad civil.

Sin embargo, no ha sido ni es aceptada en Francia en forma unánime la defensa de la imputabilidad como elemento subjetivo de la culpa. Algún autor ha indicado que “... la culpa es un comportamiento ilícito que contraviene a una obligación, a un deber impuesto por la ley o por la costumbre. Ella

⁵⁹ BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y Ugo NATOLI. “Diritto civile”. Tomo 3: “Obbligazioni e contratti”. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese-UTET. Ristampa. 1995. pp. 696-697.

⁶⁰ ALPA, Guido. Op. Cit. p. 298.

⁶¹ Ver, entre otros: DELIYANNIS, J. y G. MARTY; citados en: STARCK, Boris; ROLAND, Henri y Laurent BOYER. “Obligations”. Tomo 1: “Responsabilité délictuelle”. Décimo quinta edición. París: Éditions Litec. 1996. Numeral 267. p. 134.

⁶² Ver por todos en el tiempo: PLANIOL, Marcel. Op. Cit. Tomo II. Numeral 863. pp. 302-303; PUECH, Marc. “L’illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle”. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - LGDJ. 1973. pp. 50 y siguientes; y VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. “Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin. Les conditions de la responsabilité”. Segunda edición. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - LGDJ. 1998. Numerales 442 y 443. pp. 320-323.

⁶³ VISINTINI, Giovanna. “Trattato breve della responsabilità civile”. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM. 1996. p. 19.

⁶⁴ VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. Op. Cit. Numerales 789-1 al 789-20. pp. 826-857.

⁶⁵ STARCK, Boris; ROLAND, Henri y Laurent BOYER. Op. Cit. Tomo 1. Numeral 53. pp. 35-36.

⁶⁶ Ibid. p. 34.

⁶⁷ JOSSIERAND, Louis. Op. Cit. Tomo II. Volumen I. Numeral 418. pp. 300-301.

comprende un elemento material (el hecho bruto constituido por el comportamiento) y un elemento jurídico (la ilicitud)...”, por lo que “... en definitiva, la imputabilidad ya no es un elemento de la culpa civil y ella no juega más que un papel secundario en la responsabilidad civil (...). El elemento psicológico es inútil para reconocer la presencia de una culpa, pero subsiste para calificarla...”⁶⁸.

Esta última tesis, a partir del final del siglo XX, ha ido afincándose más, de a poco, en la conciencia de la jurisprudencia francesa, quien propugnando una valoración “in abstracto de la culpa” (culpa objetiva) llegó al plano normativo con la modificación en el año 1968 del Code Napoléon y la introducción del artículo 489-2 que eliminó la irresponsabilidad civil de los enfermos mentales. La ley del 3 de enero de 1968 significó en Francia un vuelco radical en la noción tradicionalmente subjetiva de la culpa, consagrando definitivamente la noción de culpa objetiva. A pesar de esto, VISINTINI nos recuerda que los propios jueces franceses siguieron “reacios” a dejar de examinar los aspectos subjetivos de la personalidad del autor⁶⁹; situación esta de rebeldía que parece haber cesado con el criterio adoptado por la Asamblea Plena de la Corte de Casación del 9 de mayo de 1984, en donde se adopta en definitiva –desde la óptica jurisprudencial– la noción de culpa objetiva.

Sin perjuicio de esta orientación última que parece haber tomado la ley y jurisprudencia francesa (no así gran parte de la doctrina, que se mantiene rebelde a admitir que el artículo 1382 del Code pueda dejar de lado una apreciación de orden moral⁷⁰, lo cierto es que la posibilidad de afirmarse en el Code la existencia de cláusulas generales normativas de responsabilidad subjetiva y objetiva; o el hecho de poder variar sin necesidad de cambios legislativos de una apreciación “in concreto” de la culpa, a una apreciación “in abstracto”, sólo se ha podido realizar sobre la base de dos razones fundamentales: i) El Code Napoléon nunca codificó la teoría del “hecho ilícito”; y, ii) El Code Napoléon nunca codificó una apreciación de la culpa “in concreto”.

7.3 La recepción por el Código Civil peruano de 1984 del concepto de imputabilidad

De lo dicho precedentemente puede inferirse válidamente que resultan extrañas a nuestra codificación “importaciones” de experiencias legislativas ajenas que pretendan acríticamente “interpretar” nuestro Código Civil. ¿Cómo afirmar que la normatividad acogida en materia de responsabilidad extracontractual recoge a la capacidad de discernimiento como un presupuesto de la responsabilidad toda⁷¹, sin afectar la aplicación de la cláusula general normativa acogida en el artículo 1970 del Código Civil? Admitir esta posibilidad como cierta no significaría otra cosa que afirmar que existen criterios ético-psicológicos que condicionan y prejuzgan una valoración objetiva de una actividad humana que en teoría debiera prescindir por completo del análisis de la faz interna del sujeto que realiza la actividad.

Lo más lógico es concluir que, en el Perú, el término imputabilidad corresponde y debe corresponder al juicio de responsabilidad; esto es, a la vinculación de los efectos de responsabilidad que persigue encontrar al responsable del daño, a través de la aplicación de los factores atributivos de responsabilidad (llamados por ello también criterios de imputación), que corresponde a lo que en Italia se conoce como el significado “lato” del concepto de imputabilidad⁷².

El análisis de todo problema de responsabilidad civil, supone la aplicación de un “método” que reconoce dos etapas y que siempre es (cuando menos en los sistemas pertenecientes al “civil law”), “ex post facto” (después del hecho): i) Una primera de análisis material, en donde revisándose los elementos del daño, (su vinculación con) el hecho generador, (a través de) la relación de causalidad, se logra identificar al “causante” del efecto dañoso; ii) Una segunda (y tal vez la más importante) en donde a través del juicio de imputabilidad (que es en sí el juicio de responsabilidad), se decidirá qué es más eficiente (y justo a nivel social): si dejar que la víctima soporte el coste del daño o traspasar este peso económico hacia una esfera

⁶⁸ LE TOURNEAU, Philippe. “La responsabilidad civil”. Traducción de la edición francesa del 2003 por Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis Editores S.A. 2004. pp. 122 y 126-127.

⁶⁹ VISINTINI, Giovanna. Op. Cit. p. 24.

⁷⁰ Confróntese: STARCK, Boris; ROLAND, Henri y Laurent BOYER. Op. Cit. Tomo 1. Numerales 268 al 271. pp. 134-136.

⁷¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit. p. 741.

⁷² FRANZONI, Massimo. Op. Cit. p. 315.

ajena a la víctima, sea al propio causante (dando lugar a la responsabilidad por hecho propio), o sea a un tercero no causante pero “justamente” vinculado (dando lugar a la responsabilidad por hecho ajeno). Esto se realiza a través de la aplicación de alguno de los criterios de imputación, sean estos de naturaleza subjetiva u objetiva.

Si en la codificación peruana –como ya se ha indicado y demostrado– no se ha acogido la teoría del “hecho ilícito” y se ha optado por establecer dos cláusulas generales normativas de igual rango y valor (artículos 1969 y 1970), la interpretación más razonable pareciera ser que el análisis de la irresponsabilidad de los sujetos faltos de discernimiento deba ser realizado bajo la cláusula general por culpa, esto es, en la etapa del juicio de imputabilidad (o de atribución de responsabilidad). Sólo cuando el incapaz actúe utilizando lo que la norma (artículo 1970) calificará como un “bien peligroso” o realizando una “actividad riesgosa”, entonces la consecuencia pareciera ser la responsabilidad del incapaz, al estilo del artículo 489-2 del Code francés; pero no por las razones que esta codificación ha acogido (de culpa objetiva), sino porque simplemente así lo manda la naturaleza de la responsabilidad objetiva por exposición al peligro en donde no interesaría el análisis de la capacidad del agente. Esta es una conclusión de “lege data” que pareciera ineludible, más allá de los deseos de todo jurista, que sólo podrán plasmarse en proyectos de “lege ferenda”, salvo que se reformule el contenido tradicional de los conceptos de “culpa” y “riesgo”⁷³.

Esta problemática ha sido retratada por de Trazegnies, aun cuando –creemos– equivoca la solución sugerida. Este autor señala respecto a lo que venimos comentando que “... es claro que todo lo dicho se refiere a los casos de accidentes regidos por el artículo 1969 (principio de culpa), ya que toda la discusión sobre la responsabilidad de las personas privadas de discernimiento se basa en su incapacidad de incurrir en culpa. Por consiguiente, los artículos 1975 a 1977 no tienen ninguna aplicación ahí donde la culpa no es necesaria para configurar la responsabilidad (artículo 1970): cuando un daño se produce mediante un bien o una

actividad riesgosos, poco importa que el sujeto se encuentre privado de discernimiento o no para hacerlo responsable del daño. En este caso, no responde por culpa sino objetivamente o, si se prefiere, en razón de la teoría del riesgo. Por consiguiente, las alteraciones en la formación de la culpa no afectan su obligación de reparar el daño...”⁷⁴.

Esta es una interpretación correcta desde el punto de vista de “lege data” y bajo los conceptos clásicos de “culpa” y “riesgo”. Como se ha dicho: el Código Civil peruano, al consagrar dos cláusulas generales interpretativas de naturaleza normativa como la culpa (artículo 1969) y el riesgo (artículo 1970) de igual rango y valor, ha optado por un sistema bipolar de responsabilidad civil, por lo que no puede reconocer –desde la óptica de los conceptos tradicionales– a la capacidad de discernimiento como un presupuesto de la responsabilidad civil toda. Y esta solución es coherente con el alejamiento expreso y declarado de la codificación peruana de la teoría del “hecho ilícito”.

La solución antedicha nos deja a todos sin embargo un sabor amargo de “injusticia”. Y es que, en verdad, la noción clásica de culpa (siempre con trasfondo de reproche moral) parece ser recta y cierta, pero insuficiente para resolver los problemas del tráfico jurídico, sobretodo, a partir de una época de desarrollo capitalista en las sociedades contemporáneas.

A esto se refiere en parte el último de los autores peruanos citados cuando afirma: “... estas últimas reflexiones nos conducen nuevamente a los *impasses* y –¿por qué no decirlo?– a las injusticias hasta donde es posible llegar por el camino de la culpa. Observemos la situación con los ojos de la víctima: si un *furiosus*, aún no declarado incapaz, coge un automóvil y creyéndose Juan Manuel Fangio atropella a un pobre peatón, debe pagarle los huesos rotos (artículo 1970); en cambio, si el mismo *furiosus* se dedica entusiastamente a golpear a un transeúnte con un bastón hasta no dejarle hueso sano, la víctima se queda sin reparación (artículo 1974). El simple cambio del medio de causar el daño entre un bien riesgoso y otro que no lo es en sí mismo (cambio que

⁷³ Ver numeral 16 *infra*.

⁷⁴ DE TRAZEGNIES, Fernando. “La responsabilidad extracontractual (artículos 1969-1988)”. Tomo I. En “Biblioteca para leer el código civil”. Volumen IV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1988. Numeral 235. p. 408.

obviamente no depende de la víctima sino del azar), modifica enteramente los derechos de la víctima y la deja en la calle a su propia suerte...”; para luego, páginas más adelante, señalar: “... mientras nos mantengamos dentro de una apreciación *in concreto* de la culpa, parecería que el problema teórico no tiene solución. Pero, aun sin necesidad de optar por la teoría de la responsabilidad objetiva, el problema no se plantearía si se adopta una apreciación *in abstracto* de la culpa: en este caso, se atribuirá responsabilidad a las personas privadas de discernimiento, porque, independientemente de su situación particular, han incurrido en una conducta que no se ajusta a los patrones del ‘hombre razonable’. Lamentablemente, nuestro legislador tomó el camino equivocado porque quiso adherirse en este punto a la concepción más subjetiva de la culpa aunque ello conlleve a una contradicción teórica...”⁷⁵.

Esta propuesta de solución a lo Code Napoleón contemporáneo no la compartimos. No se puede razonar en términos de “injusticia” para criticar la aplicación de la responsabilidad objetiva a los incapaces de discernimiento, para luego terminar proponiendo una solución de “culpa objetiva” como *standard* que haría que estos incapaces respondan. ¿Acaso puede hablarse de términos de justicia cuando se hace responder a alguien que no es consciente de sus actos?

Pero el error en la solución no es particular del ilustre comentarista peruano, sino propio de todo el “civil law” clásico que cada vez nos hace entender más cuan cierta es la aseveración de Castronovo⁷⁶, en el sentido que el Derecho continental se ha movido más con intuición que con capacidad de formular soluciones jurídicamente correctas.

Creemos que una solución eficiente y coherente a las contradicciones que siempre han presentado las relaciones entre los criterios de imputación por culpa y riesgo se obtienen recién a partir de los escritos de Calabresi, quien encuentra “... el enlace necesario para resolver la dificultad, restituyendo a la responsabilidad su significado pleno sin volver a caer en los

engaños de la culpa...”⁷⁷.

Como se analiza a profundidad más adelante en este artículo⁷⁸, dentro del análisis de lo que Calabresi denominará la función de desincentivación de actividades que aumenten el número y gravedad de los accidentes (“deterrence”), planteará la necesidad de obtener la “reducción de los costes económicos primarios” de responsabilidad, lo que sólo se logrará asignando dichos costes a aquel que estuvo en mejor posición de evitar los daños. Esta “internalización” de los costes se obtiene a través de la aplicación de su teoría de “análisis de las capacidades de prevención” de los sujetos, aplicada a través de los conocidos criterios “the cheapest cost avoider” y “the best cost avoider”⁷⁹, que permitirán analizar varios de los supuestos de responsabilidad “por hecho ajeno” como supuestos de prevención bilateral o unilateral⁸⁰; lo que determinará en su momento un grado de autonomía de estos supuestos respecto a un particular criterio de imputación. No se podrá afirmar, por ejemplo, que la responsabilidad del guardador por los hechos de los incapaces bajo su guarda deba ser analizado necesaria y exclusivamente bajo la cláusula general normativa por culpa, o bajo el criterio de imputación objetivo de la “garantía”.

V. LA VALORACIÓN DE LA CULPA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984: “CULPA IN CONCRETO” VS. “CULPA IN ABSTRACTO”

- Se ha indicado al final del numeral 7.2 precedente que una de las razones que ha permitido legal, jurisprudencial y en parte doctrinalmente en Francia poder variar sin necesidad de cambios legislativos de una apreciación “in concreto” de la culpa a una apreciación “in abstracto” ha sido justamente el hecho que el Code Napoleón no codificó una forma de valoración de la culpa.

Es conveniente en cambio recordar que codificaciones importantes del siglo XX como el BGB alemán de 1900 (artículo 276 del Código Civil) y el Codice italiano de 1942 (artículo 1176 del Código Civil) sí han codificado la apreciación de la culpa “in abstracto” dentro del libro de “las

⁷⁵ Ibid. Números 235 y 243. pp. 408 y 417.

⁷⁶ Ver numeral 6 *supra*.

⁷⁷ CASTRONOVO, Carlo. Op. Cit. p. 74.

⁷⁸ Ver numeral 16 *infra*.

⁷⁹ CALABRESI, Guido. “El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil”. Traducción de la edición en inglés de 1970 por Joaquim Bisbal. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 1984. pp. 145, 153 y 245.

⁸⁰ Ver numeral 17 *infra*.

obligaciones”, haciendo referencia a que la apreciación de la culpa debe hacerse en función “al cuidado que normalmente es exigible al deudor en el tráfico jurídico” (Código alemán) o que “en el cumplimiento de la obligación el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia” (Código italiano).

El Código Civil peruano de 1984 –como se sabe– ha codificado también en el libro de las obligaciones un criterio de valorización de la culpa, con el agravante de haberlo hecho con ocasión de la regulación de la temática referida a la “inejecución de obligaciones”, consagrando en el artículo 1320 una clara referencia a la “culpa in concreto”: “actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

Esta referencia al análisis “in concreto” de la culpa, referido sobretudo a las condiciones particulares de las personas, recogida también, por ejemplo, en los códigos español de 1888 (artículo 1104, primer párrafo), argentino de 1869 (artículo 512), paraguayo de 1985 (artículo 421) y guatemalteco de 1963 (artículo 1425), entre otros, no puede justificarse sino en una apreciación ético-psicológica de la culpa y dado que “... las situaciones de hecho son siempre distintas y ello origina una singular dificultad para apreciarlas con una idea abstracta y genérica, como –por ejemplo– la del ‘buen padre de familia’ o la del ‘comerciante honesto y leal’. Lo que debe apreciarse y juzgarse, en definitiva, es la conducta de determinado deudor ante determinado evento, y no el proceder genérico de un miembro de la especie humana...”⁸¹.

La cuestión a dilucidar es la siguiente: ¿son aplicables a la responsabilidad extracontractual disposiciones previstas en materia contractual y viceversa?; ¿es dable deducir una aplicación por analogía de las disposiciones previstas para un tipo de responsabilidad, a la otra, ante el silencio normativo que pueda presentarse en uno de los sistemas?

La materia bajo análisis está directamente

relacionada a un tema antiguo y, pese a ello, aún vigente: el de la unidad o diversidad de criterios de distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.

No es esta la oportunidad de repetir argumentos sobre la incuestionable posibilidad de sustentar una unidad ontológica conceptual y funcional de la responsabilidad civil⁸², sino de demostrar cuan erradas son aquellas expresiones que la califican de “falacia”⁸³ o de “quimera”⁸⁴.

En primer lugar, cabe advertir que no puede atacarse una premisa de análisis sobre la base de las consecuencias derivadas de la propia decisión de regular regímenes de responsabilidad por separado. No se puede decir que “deben” existir dos regímenes de responsabilidad porque así lo ha decidido el Código Civil, regulando diferencias entre los alcances de cada régimen⁸⁵. Si esta crítica debiera rebatirse con el mismo tipo de argumentación, bastaría con indicar que muchos proyectos de códigos y codificaciones contemporáneas han optado por la unificación de los regímenes de responsabilidad o, cuando menos, por la aplicación extensiva o analógica de las disposiciones de un régimen a otro, en lo que no se oponga a la naturaleza especial de cada uno de ellos. Allí están el Código Suizo de las Obligaciones, el Código Civil de Portugal, el Código Civil de Holanda y el Código Civil de Québec, entre los más importantes. Pero no se puede sustentar una posición bajo el argumento: “es posible la unificación, porque otros códigos civiles del mundo lo han hecho”.

Lo importante de destacar como consecuencia del reconocimiento de una unidad ontológica conceptual y funcional de la responsabilidad civil toda –contra lo que muchos piensan– no es necesariamente el de justificar la existencia de un único sistema de responsabilidad civil (esta es una consecuencia extrema y –admitámoslo– debatible), desde que pueden existir criterios que, desde un punto de vista práctico, determinen la utilidad de mantener ciertas diferencias.

Pero el reconocimiento de una unidad ontológica

⁸¹ OSTERLING, Felipe. “Las obligaciones”. En: “Biblioteca para leer el código civil”. Volumen VI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1988. p. 206.

⁸² FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad”. En: “Derecho civil patrimonial”. Lima: Alfredo Bullard y Gastón Fernández Editores. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1997. Numerales 3-6. pp. 258-276.

⁸³ DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit. p. 264.

⁸⁴ LEON HILARIO, Leyser. “La responsabilidad extracontractual (Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano)”. En: “La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas”. Trujillo: Editora Normas Legales S.A.C. 2004. pp. 22-23.

⁸⁵ Ibid. pp. 17-20.

conceptual permitirá siempre, cuando menos, justificar aquello mencionado líneas arriba: la aplicación extensiva o analógica de las disposiciones de un régimen a otro, en lo que no se oponga a la naturaleza especial de cada sistema; y esto no es ni una falacia ni una quimera.

Códigos mayores como el Código Suizo de las Obligaciones de 1911 han establecido (artículo 99, segundo párrafo) que “las reglas relativas a la responsabilidad derivada de actos ilícitos se aplican por analogía a los efectos de la culpa contractual”, como también códigos menores tan disímiles como el Código Civil paraguayo de 1985 (artículo 1855) y el Código Civil cubano de 1987 (artículo 294).

En un Código Civil como el peruano de 1984, entonces, en donde no existe norma expresa de remisión para la aplicación de ciertas reglas de un régimen a otro, negar la unidad ontológica del concepto de responsabilidad civil llevaría al absurdo de afirmar, por ejemplo:

- Que no existen normas sobre prueba y valoración de daños en sede extracontractual (sólo están previstas en sede contractual: artículos 1331 y 1332).
- Que no es resarcible en sede extracontractual el daño emergente, al no estar contemplado como resarcible de modo expreso en el artículo 1985. Del mismo modo, no sería resarcible en sede contractual el daño a la persona, por no estar taxativamente señalado en el artículo 1332 del Código Civil⁸⁶.
- Que las causas no imputables aplicables en sede extracontractual no podrían reconocer como propios los requisitos previstos para la configuración de dichos eventos en sede contractual (artículo 1315 del Código Civil).

Y, por estas mismas razones, estando previsto en sede contractual la valoración de la culpa, como “culpa in concreto”, resulta también sumamente cuestionable la afirmación de que en sede extracontractual la valoración de este criterio de imputación pueda ser realizada bajo la modalidad

“in abstracto”, conclusión ésta a la que parece arribar Espinoza Espinoza como obvia derivación de su aseveración de que, en el Código Civil peruano, cabe diferenciar imputabilidad de culpa⁸⁷.

9. Se ha dicho, sin embargo, que existen desde el punto de vista económico razones suficientes para justificar una valoración de la culpa diversa en sede contractual respecto a la extracontractual: “... en presencia de altos costos de transacción deberá preferirse un parámetro abstracto de diligencia que permita a una parte determinar su propia conducta y con ello el nivel de precaución reclamada en relación a un sujeto abstracto potencialmente preparado para interactuar...”, por lo que “... en todos los casos en que se opere en el cuadro de una relación contractual o bien, en ausencia de un contrato, pero siempre en una estructura que permite la adquisición de información a costos suficientemente bajos, el valor de la certeza puede ser mejor garantizado por una definición de diligencia específica...”, con lo que se concluye que “... la determinación relacional de los niveles de precaución puede desenvolverse en relación a los varios niveles de información disponibles: en presencia de un estándar objetivo la determinación resultará basándose sobre un parámetro de conducta abstracto mientras, en el caso de un estándar subjetivo, el mismo se fundará sobre la conducta exigible al específico potencial causante de daños o al damnificado...”⁸⁸.

Lo dicho precedentemente significa entonces que, desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, resulta vital el nivel de información poseído por las partes para determinar el criterio de determinación de la diligencia⁸⁹.

Si se entiende el concepto de “costos de transacción” como los costos económicos que, en una coyuntura dada, generan los derechos de actuación⁹⁰ y su importancia en el “teorema de Coase” que, en su versión “posneriana”, apunta a demostrar que “... en un mercado libre y privado de obstáculos a la contratación, el intercambio voluntario distribuye los bienes en la dirección del empleo económicamente más ventajoso de los mismos...”⁹¹, resultará de fácil comprensión que

⁸⁶ Conclusión por demás discutible a la que arriba mi querido y dilecto discípulo LEON HILARIO, Leysser. Op. Cit. p. 18.

⁸⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit. p. 756.

⁸⁸ CAFAGGI, Fabrizio. “Profili di relazionalità della colpa (Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale)”. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM. 1996. pp. 170-172.

⁸⁹ Véase a CALFEE, J.; CRASWELL, R. y R. COOTER; citados todos por CAFAGGI, Fabrizio. Op. Cit. p. 171.

⁹⁰ SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus OTT. “Manual de análisis económico del derecho civil”. Traducción de la edición alemana de 1986 por Macarena von Carstenn-Lichterfelde. Madrid: Editorial Tecnos S.A. 1986. pp. 24 y 84.

⁹¹ MONATERI, Pier Giuseppe. “Resultados y reglas (un análisis jurídico del análisis económico del derecho)”. Traducción del italiano por Leysser L. León. En: Revista Jurídica del Perú 26. Trujillo: Editora Normas Legales S.A.C. 2001. p. 192.

la norma jurídica debe elegir un criterio que minimice el impacto de estos costos para producir un efecto eficiente, lo que, en costos de información (que son, sin duda, un tipo de costos de transacción asociados con el hecho de tomar una iniciativa; con la identificación de las partes envueltas en la transacción que se pretende realizar; o referentes a costes de ponerse en comunicación con las partes o terceros en general; pero, principalmente, vinculados con el hecho de recabar seguridades en torno al derecho que se pretende adquirir⁹², significa que "... la tarea (...) del sistema jurídico es crear las condiciones necesarias para el establecimiento de informaciones productivas, así como para mantener al nivel más bajo posible los costes de obtención y divulgación de información..."⁹³.

Más allá del convencimiento al que se pueda o no arribar bajo este sustento de índole económico de la apreciación "in abstracto" de la culpa en materia de responsabilidad extracontractual, lo cierto será que mientras subsista la regulación legal de valoración "in concreto" de la culpa en sede contractual (artículo 1320 del Código Civil), será difícil –y en nuestra opinión imposible– pretender defender la existencia de dos tipos de valoraciones diferentes para la culpa en el Código Civil peruano: una "in concreto" aplicable en materia de responsabilidad por inejecución de obligaciones y otra "in abstracto" aplicable en materia de responsabilidad extracontractual, la cual, para su aplicación, reclama un acogimiento normativo. Lo cierto será –nos guste o no– que en nuestro Código, la culpa se valora "in concreto", sea en materia de responsabilidad contractual como en sede de responsabilidad extracontractual, tomando como referencia "las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". Sin embargo, la prudencia aconseja a quienes ejercen función jurisdiccional "atemperar" este criterio en la forma que ya, desde hace algún tiempo, aconsejaban Planiol y Ripert (desde una óptica opuesta), cuando afirmaban: "... la conducta solamente puede juzgarse si se compara con una regla, que normalmente no debe ser ni demasiado severa ni demasiado fácil; pero, no puede atribuirse a la regla enunciada un alcance absoluto. Sin duda con ello se simplificaría la práctica, tanto para el juzgador como para los sujetos que unos frente a otros en la vida corriente han de regular su conducta de conformidad con la

que pueden esperar de los demás. Pero, la capacidad varía tanto de un individuo a otro que apreciar la conducta de todos los hombres por comparación con un modelo único, "el hombre medio", produciría frecuentemente decisiones injustas, bien en el sentido de su severidad, bien en el de su indulgencia..."⁹⁴. Esto es que, así se tome como referencia una valoración de la culpa "in concreto", la realidad nos llevará siempre a recurrir en vía de comparación a un patrón abstracto, precisamente para "medir" las cualidades personales del sujeto, en función a las circunstancias de tiempo y lugar en que suceden los acontecimientos. Es tal vez bajo estos criterios que el Código Civil español, por ejemplo, luego de haber consagrado en el primer párrafo del artículo 1104 la valoración de la culpa "in concreto" en materia de obligaciones, agregó en el segundo párrafo del mismo artículo lo siguiente: "cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia".

Cabe advertir, sin embargo, que toda esta problemática de la forma de valoración de la culpa y la discusión sobre la necesidad o posibilidad de aplicar por analogía disposiciones previstas para la responsabilidad contractual a la responsabilidad extracontractual (y viceversa) subsistirá en tanto se siga enfocando a la culpa como una noción –por definición– antitética a la diligencia.

VI. LA PRESUNCIÓN DE CULPA A CARGO DEL AUTOR DEL DAÑO: CRISIS EXISTENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA EN EL PERÚ, A PARTIR DE LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 1969

10. Uno de los puntos que más preocupó a la teoría clásica del "civil law" fue la distinción entre culpa contractual y culpa extracontractual. Sin perjuicio de afirmar –en sentido estricto– un concepto único de culpa, entendiéndola como falta de la debida diligencia, lo cierto es que se apreciaba entre la culpa contractual y la extracontractual diferencias sustanciales, tanto respecto a su entidad (verbigracia, tipos de grados de culpa aplicables), como respecto a la extensión de los efectos (verbigracia, entre otros, extensión del resarcimiento y carga de la prueba)⁹⁵.

Tradicionalmente, los partidarios de la teoría de la

⁹² MISHAN, E.J., citado por TORRES LÓPEZ, Juan. "Análisis económico del derecho". Madrid: Editorial Tecnos S.A.. 1987. pp. 53-55.

⁹³ SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus OTT. Op. Cit. p. 309.

⁹⁴ PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. Op. Cit. Tomo VI. Numeral 517. p. 716.

⁹⁵ POLACCO, Vittorio. "Le obbligazioni nel diritto civile italiano". Padova: Fratelli Drucker Librai-Editori. 1898. pp. 242-243.

dualidad de culpas, pese a reconocer en la negligencia una unidad conceptual para la definición de la culpa, encontraron una diferencia de régimen tan extensa que obligaba a diferenciarlas. Se tenía así que:

- a) En la culpa contractual se constata una obligación preexistente, técnicamente entendida, la cual es violada por el comportamiento negligente de una de las partes; en tanto que en la culpa extracontractual no se da la pre-existencia de una obligación, siendo la propia culpa la fuente del resarcimiento al haberse violado, con el comportamiento negligente, el deber general de no causar daño a nadie: el "neminem ledere".
- b) La culpa contractual se presume y no necesita ser probada por el acreedor, quien tan sólo debe probar el incumplimiento del deudor. La culpa extracontractual no se presume y debe ser probada por la víctima, adicionalmente al daño y a la relación causal.
- c) En la culpa contractual se aplica la teoría de la graduación de la culpa. La culpa extracontractual no admite graduaciones: es única y más severa que la contractual, debiendo abarcar inclusive la denominada "culpa levisima".

De lo cual, a su vez, se dedujeron diferencias adicionales marcadas entre los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual:

- a) La extensión del resarcimiento es diversa, siendo la correspondiente a la responsabilidad extracontractual más amplia.
- b) El régimen de la mora aplicable en cada sistema es diverso: mora "ex-personae" en la responsabilidad contractual; mora "ex-re" en la responsabilidad extracontractual.
- c) Los plazos prescriptorios aplicables son también diversos.

11. Frente a los partidarios de la teoría de la dualidad de culpas no faltaron voces autorizadas que defendieran la tesis de la unidad de la culpa y la

relatividad de las diferencias de tratamiento y alcances en los dos regímenes de responsabilidad. Así, por ejemplo, para Planiol y Ripert, la diligencia exigible a los sujetos en materia contractual no tiene por qué ser menor que la exigible en materia extracontractual y si bien aquélla puede ser variable en atención a la naturaleza de las relaciones, la condición de las personas u otras causas, ello se da por igual en sede contractual como extracontractual⁹⁶, lo que no se ve afectado por la existencia de sistemas moratorios diversos y diferencias de organización técnica aplicables a cada régimen de responsabilidad, ni por la diversa carga probatoria de la culpa presente en cada sistema⁹⁷; negando estos autores diferencias sustentables respecto a la graduación de culpas y respecto a la extensión del resarcimiento.

Pero es Carnelutti, uno de los críticos más autorizados de Polacco, quien afirma que debe haber identidad de tratamiento en la culpa contractual y en la extracontractual, discrepando de este último autor en la exigencia de la aplicación de la culpa levisima en sede extracontractual. Ante la inexistencia de normas diversas en materia de responsabilidad extracontractual –señala Carnelutti– nada impide la aplicación por analogía de las normas existentes en sede contractual: si "... existe una norma sencilla, precisa, que regula la culpa contractual; ¿por qué, ante la falta de una norma diversa, no gobernaría también la aquiliana? Dado que este por qué no viene dicho (...), yo pienso que el intérprete no puede negarse a emplear la analogía..."⁹⁸. Igual raciocinio empleaba el mismo Carnelutti sobre la carga de la prueba, en donde debía diferenciarse el lado procesal del lado sustancial: Como quiera que en sede contractual existe norma sustancial que presume la culpa del deudor en el incumplimiento, ante la falta de norma expresa en sede extracontractual debería aplicarse aquélla, dado que "... no hay una razón en el mundo que explique el por qué quien pide resarcimiento por la lesión de un derecho obligatorio deba probar sólo la lesión material, y quien lo reclama por la lesión de un derecho real deba demostrar también la lesión culposa..."⁹⁹; postulándose de esta manera la aplicación de la presunción de culpa del deudor tanto en sede contractual como en sede extracontractual.

Contemporáneamente, estas ideas fueron también

⁹⁶ PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. Op. Cit. Tomo VI. Numeral 489-a. p. 681.

⁹⁷ Ibid. Números 489-b, 490 y 491. pp. 681-686.

⁹⁸ CARNELUTTI, Francesco. "Appunti sulle obbligazioni". En: "Studi di diritto civile". Roma: Editrice Athenaeum. 1916. pp. 309-312.

⁹⁹ Ibid. pp. 316-317.

acogidas por Babero, quien pretenderá deducirlo de la supuesta presunción de culpa acogida por el artículo 2047 del Código Civil italiano respecto al daño ocasionado por el incapaz y en donde el encargado de la vigilancia respondía por los daños de aquél, a no ser que pruebe de no haber podido impedir el hecho. Se preguntaba así: "... ahora bien, si a cargo de este 'autor indirecto' la culpa se presume hasta prueba en contrario de no haber podido impedir el hecho, ¿no salta inmediatamente a los ojos la incoherencia de admitir por el solo silencio del artículo 2043 que, cuando se trate de juzgar de la responsabilidad del 'autor directo' del daño, la culpa haya de ser demostrada por la persona damnificada?..."¹⁰⁰.

En igual sentido, un conocido subjetivista estudioso de la responsabilidad civil como de Cupis, en la misma línea de pensamiento desarrollada por Carnelutti, señalaba que "... así como resultaba extraño que el responsable fuese tratado más severamente en el campo extracontractual que en el contractual en lo relativo al grado de la culpa, otro tanto extraño resultaba que fuese tratado, contrariamente, con mayor favor en el campo extracontractual respecto a la carga de la prueba de la culpa...", agregando sin embargo que no puede extenderse por la vía analógica disposiciones previstas para la materia contractual a sede extracontractual, desde que la propia ley ha previsto expresamente ello cuando lo ha querido así: "... cuando el legislador ha querido considerar genéricamente aplicables a la materia extracontractual las normas dictadas para la contractual, lo ha realizado de manera conveniente; el artículo 2056, párrafo 1, dice que 'el resarcimiento debido al perjudicado se debe determinar según las disposiciones de los artículos 1223, 1226 y 1227 (artículos referentes a la extensión del resarcimiento, a la valoración equitativa del daño y a la concurrencia del hecho culposo del acreedor). Del principio sancionado en el artículo 1218 no se hace análoga referencia; si bien encuentra aplicación en algunos casos especiales de responsabilidad extracontractual. Es evidente, en consecuencia, no ser intención de la ley que la llamada inversión de la carga de la prueba, tenga en el campo extracontractual la misma aplicación general con que se actúa en el contractual...", por lo que el citado autor italiano termina más bien su razonamiento con una petición

de "lege ferenda": "... A nuestro modo de ver, hubiese sido mejor sistema adjuntar en todo caso al responsable la prueba de la ausencia de culpa, y ello no porque los daños sean normalmente ocasionados con culpa, sino simplemente, porque la prueba de un estado psicológico cual la culpa es tan ardua, que parece más justo que quien ha originado la causa material del daño demuestre no haber obrado con culpa, en vez de agregar al que ha sufrido el daño, la prueba, además del hecho dañoso, de la misma culpa..."¹⁰¹.

No han faltado sin embargo, autores que, en la misma línea de argumentación seguida por Carnelutti y Babero, esto es, el de asimilar la ausencia de culpa del deudor en el ámbito contractual (artículo 1218 del Código Civil italiano) a las hipótesis de responsabilidad presunta previstas en sede extracontractual (artículos 2047-2054 del Código Civil italiano), llegan a conclusiones bastante disímiles, como el negar los alcances de la presunción de culpa en el propio campo de la responsabilidad por inejecución de obligaciones. Para Maiorca, por ejemplo, no existen diferencias en sede contractual o extracontractual respecto a la carga de la prueba, la cual debe siempre competir al acreedor, a la luz de lo dispuesto por el artículo 2697 del Código Civil italiano, el cual establece que "... quien quiera hacer valer un derecho en juicio debe probar los hechos que constituyen el fundamento del mismo...". Este autor señala que "... la prueba del incumplimiento, comprendiendo todos los elementos de la causa petendi, no puede no competir sino integralmente al actor, esto es, al acreedor; y puesto que la omisión de la diligencia, cual 'debida' en las circunstancias del caso, es un modo de ser del incumplimiento, no existe razón alguna para que el actor no deba dar la demostración de la diligencia omitida, esto es la prueba de la culpa del deudor..."¹⁰².

12. En realidad, centrar el análisis de la necesidad de invertir la carga de la prueba en aparentes razones de justicia percibidas siempre desde una óptica intersubjetiva, constituye uno de los más gruesos errores, en nuestra opinión, en los que ha incurrido un sector de la doctrina clásica del "civil law". El fenómeno de responsabilidad no puede ser enfocado como parte de una relación que hemos llamado "diádica", "... que vincula exclusivamente a causante (responsable individual) y víctima,

¹⁰⁰BARBERO, Domenico. "Sistema del derecho privado". Tomo IV: Contratos. Traducción de la sexta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1967. pp. 728-729.

¹⁰¹DE CUPIS, Adriano. "El daño. Teoría general de la responsabilidad civil". Traducción de la segunda edición italiana por Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A. 1975. Numeral 25. p. 236-238.

¹⁰²MAIORCA, Carlo. Op. Cit. p. 583.

minimizando o ignorando la importancia del contorno social en que se desenvuelve dicho fenómeno...¹⁰³. Esta visión "clásica" de la responsabilidad civil sólo ha podido apreciar "con anteojeas" la aparente mutación del eje central de la responsabilidad, de la culpa a la reparación, por lo que la necesidad de consagrar la regla "favor victimae" justificaría invertir la carga de la prueba, de manera tal que se facilite el resarcimiento y la reparación integral. Es el mismo criterio de "justicia individual" afirmado por de Cupis cuando señala que "... pesada es la condición de aquel que debe probar el estado psicológico de otro sujeto (culpa) mientras que es mucho más factible probar la presencia 'in se' del estado psicológico (...) (diligencia, o sea, ausencia de culpa)..."¹⁰⁴.

Más sensato parece preguntarse si no existe alguna razón lógica e histórica que explique el por qué colocar en el responsable la prueba de la ausencia de culpa en sede extracontractual aparece "... en contraste con los principales sistemas jurídicos de la responsabilidad civil..." y a la vez con "... el proceso formativo y evolutivo de las reglas de la responsabilidad..."¹⁰⁵.

Es cierto que, tal y como lo han señalado Cendon y Ziviz, la decisión de afirmar una inversión de la carga de la prueba en el Derecho Civil y, en particular, en la responsabilidad civil, puede reposar en dos razones: a) cuando se quiere proteger y favorecer intereses generales, tales como la circulación de la riqueza o la reducción de los costos que deben ser soportados por la colectividad con relación a la aplicación de determinados supuestos; y b) cuando se quiere favorecer la posición individual de una de las partes frente a otra, en donde la lógica de la inversión de la carga probatoria "... se mueve, por costumbre, en el sentido de tutelar la parte 'débil' de la relación..."¹⁰⁶.

De estas dos categorías que explican las técnicas de inversión de cargas probatorias empleadas por el legislador, la primera es claramente de naturaleza "sistémica" y la segunda de naturaleza "diádica". Es un error, pues, creer que sólo criterios "diádicos" pueden justificar decisiones para invertir (o negar la inversión de) cargas probatorias.

Así, entonces, pueden existir también criterios sistémicos que justifiquen que la carga de la prueba

permanezca en la víctima del daño, lo que, en el caso de la culpa, servirá a los fines del desarrollo tecnológico: los agentes económicos verán trasladados hacia ellos menores costes que les permitirán invertir en tecnología y mejorar sus bienes de capital en aquellas áreas en donde no se haya alcanzado un desarrollo tecnológico adecuado.

Y en esto hay también un sustrato de justicia, pero social: el beneficio del progreso tecnológico es patrimonio de la sociedad y en bienestar de sus integrantes, por lo que el sacrificio de aquellos que tuvieron que financiar la industria en la fase del capitalismo naciente (al tener que soportar el coste del daño, permaneciendo éste en las víctimas que no pudieron probar la culpa del causante del daño) no fue vano.

13. Si como se ha indicado en el numeral 8 precedente, es siempre posible aplicar "analogicamente" disposiciones previstas para un sistema de responsabilidad a otro, se comprenderá inmediatamente la gravedad de no haberse contemplado en el artículo 1969 del Código Civil peruano una regla expresa referente a la prueba de la culpa a cargo de la víctima.

Pero el Código Civil peruano de 1984 ha ido aun más lejos y tiene el triste privilegio de ser una de las codificaciones que más ha mal entendido la perspectiva sistémica de la responsabilidad civil: el artículo 1969, luego de haber consagrado, en su primer párrafo, la cláusula general interpretativa de responsabilidad subjetiva, sanciona, en su segundo párrafo, una inversión de la carga de la prueba, señalando lo siguiente: "el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor".

No creemos que deba ser materia de consuelo la circunstancia de que el mismo error (en lo que atañe a la presunción de culpa) haya sido consagrado legislativamente por otras codificaciones, como por ejemplo, el Código Civil guatemalteco de 1963 (artículo 1648) y, se dice, el Código Civil español de 1888 (artículo 1903, último párrafo) y los códigos derivados de éste, como el Código Civil panameño de 1917 (artículo 1645, último párrafo), aun cuando, a decir verdad, la gran mayoría de la doctrina clásica española restringe la presunción contenida en el artículo 1903, último párrafo, de

¹⁰³FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "Responsabilidad civil y derecho de daños". En: El Jurista. Revista peruana de derecho 4. Lima. 1991. p. 79.

¹⁰⁴DE CUPIS, Adriano. Op. Cit. Numeral 25. p. 238.

¹⁰⁵COMPORITI, Marco. Op. Cit. p. 50.

¹⁰⁶CENDON, Paolo y Patrizia ZIVIZ. "L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile". En "La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza", a cura di Paolo Cendon. Serie: "Il diritto privato oggi". Milán: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. 1994. pp. 142-143.

su Código Civil, a los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno indicados en dicho artículo.

La presunción de culpa consagrada en el artículo 1969 del Código Civil de 1984, en su origen, fue saludado por la "opinio iuris" nacional, pues compartía "... la actitud objetivista de la jurisprudencia peruana..." que se adscribía, en esto, a una "... tendencia universal..."¹⁰⁷ y, de alguna manera, representó la consagración legislativa de una tendencia discutida ya bajo el abrogado Código Civil peruano de 1936, en la redacción oscura del artículo 1136¹⁰⁸. Ha sido, por otros, absolutamente ignorada, manifestando con ello una incapacidad de apreciación de las consecuencias que, sobre el juicio de responsabilidad, genera la prueba por presunciones¹⁰⁹. Lo cierto es que, la doctrina nacional en general, o ha sido incapaz de apreciar que el recurso a las presunciones de culpa se "... inserta en la más general tendencia que se describe como objetivación del intercambio, lo cual induce a la objetivación de la responsabilidad civil..."¹¹⁰ o, la ha defendido con vehemencia bajo el ropaje de la reparación integral, sustentada en "... la necesidad objetiva de la reparación plena del daño..."¹¹¹.

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

El principio de la reparación integral podría ser entendido, en nuestra experiencia continental contemporánea, como "el principio general de responsabilidad", solamente en países altamente industrializados, esto es, en aquéllos caracterizados por un notable desarrollo tecnológico; empero, aun

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

La historia de la responsabilidad civil es buen ejemplo de la íntima relación entre las nociones de culpa y desarrollo tecnológico: cuando en determinadas áreas del quehacer humano se ha ido incrementando el conocimiento técnico, la responsabilidad del agente ha ido agravándose hasta devenir, en algunas áreas, como supuestos de aplicación de responsabilidad objetiva. Este tránsito de responsabilidad subjetiva a responsabilidad subjetiva agravada, de ésta a responsabilidad objetiva atenuada, para devenir luego en pura responsabilidad objetiva (en algunos aspectos), a la par del desarrollo tecnológico, puede apreciarse claramente en la responsabilidad profesional y en la responsabilidad derivada del ejercicio de empresa (incluida la responsabilidad del productor por productos defectuosos), en donde "... se tiende a afirmar una responsabilidad más rigurosa con respecto a los que poseen conocimientos técnicos y poder económico..."¹¹².

En este contexto, cabe afirmarse que en países no caracterizados precisamente como industrializados, llamados eufemísticamente "países en vías de desarrollo", la culpa, con su función macro sistémica de incentivación de actividades, estará llamada a seguir cumpliendo un rol muy importante y, a veces, superior al que puedan representar los criterios de imputación objetivos de responsabilidad.

Pero, en el Perú de hoy, como si se tratara de un país altamente desarrollado, se ha consagrado una presunción legal en el sistema de responsabilidad extracontractual por culpa que supera el recurso a las llamadas "presunciones simples"¹¹³; lo que

¹⁰⁷DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. Tomo I. Numeral 64. p. 150.

¹⁰⁸REY DE CASTRO, Alberto. "La responsabilidad civil extracontractual (Estudio teórico y práctico del derecho nacional y comparado)". Lima: Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1972. Numerales 100 y 113. pp. 140 y 156.

¹⁰⁹ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. "El nuevo código civil del Perú". En: Cuadernos de derecho. Revista del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima 1. Lima. 1992. p. 20. También: MERCADO NEUMANN, Edgardo. "Fundamentos del sistema de responsabilidad civil extracontractual". En: THEMIS-Revista de Derecho 10. Segunda Época. Lima. 1988. p. 73.

¹¹⁰FRANZONI, Massimo. "Colpa presunta e responsabilità del debitore". Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM. 1988. p. 436.

¹¹¹LOAYZA LAZO, Alberto. "Propuestas y fundamentos de las normas de enmienda a la responsabilidad civil". En: "Diez años del código civil peruano. Balances y perspectivas. Libro de ponencias presentadas en el congreso internacional celebrado en Lima del 12 al 16 de setiembre de 1994". Tomo II. Lima: WG. Editor E.I.R.L. para la Universidad de Lima. 1995. p. 339.

¹¹²VISINTINI, Giovanna. "Principios y cláusulas generales en la normativa italiana sobre los hechos ilícitos". Traducción del italiano por Leysser L. León. En: "Responsabilidad contractual y extracontractual (Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil)". Lima: ARA Editores. 2002. p. 248.

¹¹³FRANZONI, Massimo. "Colpa presunta e responsabilità del debitore". Op. Cit. pp. 430 y siguientes.

conlleva necesariamente una aproximación hacia la responsabilidad objetiva, trayendo como consecuencia –contrariamente a lo que algunos autores nacionales han sostenido– un sistema de responsabilidad civil casi objetivo. Casi objetivo –decimos–, por cuanto en un sistema de responsabilidad objetiva el causante es llamado a responder, salvo que pruebe una causa no imputable (consagrándose normativamente hablando los denominados “sistemas de responsabilidad objetiva relativa”). En cambio, en un sistema de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba, teóricamente hablando, el causante responderá, salvo que pruebe o una causa no imputable (caso fortuito y/o fuerza mayor), o su ausencia de culpa, esto es, en este último supuesto, su comportamiento diligente.

Lo cierto es que, la infeliz fórmula del vigente artículo 1969 del Código Civil peruano, mantenido incluso en los proyectos de reforma que forjara el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima y en el proyecto vigente preparado en el seno de la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de la Ley de Reforma de Código Civil, ha terminado por catapultar a nuestro Código Civil a la nada envidiable posición de ser uno de los códigos “más creativos” en materia de responsabilidad civil subjetiva y, más inorgánico, si comparamos su normatividad en materia de responsabilidad contractual (presuntamente subjetivista bajo cánones ochocentistas), respecto de aquella presente en materia de responsabilidad extracontractual (aparentemente casi objetiva, sujeta a una culpa presunta).

Lamentablemente, esta “creatividad” del Código Civil peruano, manifestada en el contenido del artículo 1969 del Código Civil, no ha sido compartida por los más ilustres visitantes que han opinado sobre nuestro Código, quienes han criticado la vocación de generalidad de esta inversión de la carga de la prueba que reduce el ámbito de aplicación de la responsabilidad subjetiva

(al estar acogida en una presunción legal) y la aproxima a la responsabilidad objetiva. Con ocasión del Congreso Internacional sobre los “Diez Años de Vigencia del Código Civil Peruano”, llevado a cabo en la ciudad de Lima, del 12 al 16 de setiembre de 1994, Chabas afirmó que “... esta presunción general, muy favorable a los perjudicados, resulta demasiado severa para los autores simplemente materiales de daños a los que se aplica...”¹¹⁴; mientras que de Angel Yagüez fue enfático al señalar que “... no puedo dejar de manifestar mis reservas sobre el principio de inversión de la carga de la prueba que con carácter general se formula en esta norma...”¹¹⁵; para terminar Visintini señalando que “... personalmente creo que tal regla debe ser rigurosamente circunscrita porque es preciso tener presente que la técnica legislativa y judicial de recurrir a la presunción de culpa ha servido para preparar el camino para la responsabilidad objetiva...”¹¹⁶.

¿Cuál ha sido la pretensión del Código Civil peruano de 1984 al consagrar, con alcance general, en el artículo 1969 una inversión de la carga de la prueba y, por ende, una culpa presunta?

Al parecer, el propósito ha sido bastante pedestre: la miopía jurídica (propia de quienes no alcanzan a visualizar la perspectiva sistémica de la responsabilidad civil) de creer que la única y “moderna” función de la responsabilidad civil es, hoy, “mejorar la situación de las víctimas”¹¹⁷ o, en otras palabras, justificar la existencia de “... razones de política legislativa que consagran la regla ‘favor victimae’ para facilitar el resarcimiento del daño...”¹¹⁸; regla derivada del principio “favor debilis”, que no sería, sino, el principio que sustenta la finalidad tuitiva de la víctima, más conocido como el “principio solidarístico” de la responsabilidad, base de la reparación integral del daño, pero visto únicamente desde la perspectiva diádica de la responsabilidad civil.

El gran problema –ya lo hemos indicado– radica en la visión miope de la responsabilidad civil que cree

¹¹⁴CHABAS, François. “Comentario de las disposiciones del código civil peruano relativas a la responsabilidad civil. Comparación con el derecho francés”. En: “Diez años del código civil peruano. Balances y perspectivas. Libro de ponencias presentadas en el congreso internacional celebrado en Lima del 12 al 16 de setiembre de 1994”. Op. Cit. Tomo II. p. 320.

¹¹⁵DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. “Reflexiones sobre la propuesta de enmienda de la comisión de responsabilidad civil. Aspectos sistemáticos y de fondo”. En: “Diez años del código civil peruano. Balances y perspectivas. Libro de ponencias presentadas en el congreso internacional celebrado en Lima del 12 al 16 de setiembre de 1994”. Op. Cit. Tomo II. p. 372.

¹¹⁶VISINTINI, Giovanna. “La responsabilidad civil extracontractual en el código peruano. Comparación con los modelos del civil law”. En: “Diez años del código civil peruano. Balances y perspectivas. Libro de ponencias presentadas en el congreso internacional celebrado en Lima del 12 al 16 de setiembre de 1994”. Op. Cit. Tomo II. p. 311.

¹¹⁷REY DE CASTRO, Alberto. Op. Cit. Numeral 113. p. 155. También: TABOADA CORDOVA, Lizardo. “Elementos de la responsabilidad civil (Artículos a las normas dedicadas por el código civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual)”. Lima: Editora Jurídica Griley E.I.R.L. 2001. p. 87.

¹¹⁸VEGA MERE, Yuri. “Breve panorámica de la responsabilidad civil en el derecho peruano”. En “El código civil del siglo XXI”. Tomo II. Lima: Ediciones Jurídicas. 2000. p. 847.

que el principio solidarístico que la sustenta se agota en la perspectiva diádica de aquella, afirmándose entonces opiniones tales como que "... la regla de 'favor victimae' condice sin dudas con la opinión dominante en el estado actual del pensamiento jurídico..."¹¹⁹, lo cual aparentemente sustentaría la procedencia de dicha regla, bajo una presunción legal de culpa.

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

Por esto, hoy puede decirse que desde la perspectiva del "derecho continental" y, desde un punto de vista "micro-económico" o "diádico", la función esencial de un sistema de responsabilidad civil es la de la reparación del daño (comprendida dentro de la denominada "función satisfactoria del daño", que incluye tanto la función de reparación del mismo, en el daño patrimonial, como la función aflictivo-consolatoria, tratándose del resarcimiento del daño extrapatrimonial); empero, no es menos cierto que esta función, basada en un principio solidarístico, se entiende subordinada a la función "sistémica" de la responsabilidad civil de incentivación o desincentivación de actividades, que también reposa en el principio solidarístico de la responsabilidad civil, pero visto desde la óptica sistémica. Esto es que, si bien hoy, a diferencia de la perspectiva "ochocentista" de la responsabilidad civil, la pregunta a realizarse no es ya más si hay una buena razón para que el autor de un daño deba responder sino más bien si puede encontrarse una razón para negar el derecho de la víctima al resarcimiento, esta visión solidarística de la responsabilidad estará siempre subordinada a la necesidad de incentivar o no el desarrollo de una actividad. Así, por ejemplo, no existe duda que actividades como la manipulación de gas y su envasado en balones crea un riesgo connatural e inherente a la realización de dicha actividad; y en donde el control de los peligros creados depende básicamente de quién lleva a cabo la misma. Empero, la sociedad debe tolerarla por su utilidad social, lo cual dista mucho de incentivar el desarrollo

de la misma. Esta es la razón por la cual dicha actividad será llevada al campo de la responsabilidad objetiva. En cambio, actividades donde es necesario incentivar el desarrollo técnico-científico, como por ejemplo, determinado tipo de prestaciones médico-quirúrgicas, son llevadas al campo de la responsabilidad subjetiva, pues, la culpa (en la perspectiva clásica, tanto por su concepto eminentemente personal, como por su dificultad de probanza) determinará necesariamente como efecto que las víctimas subvencionen, de algún modo, el desarrollo tecnológico que, al mejorar el estado de los conocimientos científicos en determinada actividad, beneficiará en última instancia a la sociedad toda. En este supuesto, no hay duda que el principio solidarístico de la responsabilidad no puede ser apreciado exclusivamente desde un punto de vista individual, sino desde un punto de vista colectivo, siendo justamente en esta visión de la responsabilidad civil donde se marca una diferencia de perspectiva notoria entre la doctrina del "civil law", en relación con la del "common law".

14. ¿Y qué puede decirse de la inversión de la carga de la prueba respecto al dolo que aparentemente consagra también el artículo 1969 del Código Civil peruano?

Se sabe que es un principio generalmente aceptado que el dolo no se presume y que necesita ser probado; y esto, como derivación de una supuesta herencia romanística (que es en realidad obra de los glosadores) que entiende al dolo como contraposición a la buena fe, que se presume¹²⁰.

El derecho civil clásico, como se conoce, ha diferenciado tres acepciones de dolo: i) como vicio de la voluntad, en donde el dolo es entendido como ardid o engaño del que se vale un sujeto para celebrar un negocio jurídico. Como vicio del consentimiento, el dolo dará lugar a la anulación del acto celebrado; ii) como deliberado propósito de incumplir una obligación asumida, que caracterizará el denominado "dolo contractual"; siendo los tipos de dolo hasta aquí mencionados, los dos sentidos respecto a los cuales se habla en las obligaciones derivadas de los contratos¹²¹; y, iii) como deliberado propósito de causar daño, que configurará el denominado "animus nocendi" y que caracterizará tanto al dolo penal como al dolo extracontractual.

¹¹⁹ALTERINI, Atilio Anibal. "La presunción legal de culpa como regla de «favor victimae»". En: "Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina". Tomo I. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot. 1990. p. 213.

¹²⁰CHIRONI, Gian Pietro. "La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale". Volume I. Segunda edición. Torino: Fratelli Bocca Editori. 1903. Numeral 108. p. 276.

¹²¹POLACCO, Vittorio. Op. Cit. Numeral 97. pp. 235-236.

Tradicionalmente reconocida la prueba del dolo como una prueba difícil "... pues rara vez el estado intencional del obligado se exterioriza de una manera tan neta que facilite su prueba...", se ha señalado que "... por su gravedad, por su carácter excepcional, el dolo no puede presumirse y debe ser probado por quien lo alega..."¹²².

Sin embargo, lo cierto es que, como bien se ha indicado, "... el objeto de la prueba no puede ser la demostración directa de la conciencia y voluntad del evento, del animus nocendi o de la precisa indicación de las prefiguraciones de todas las consecuencias dañosas. Si así fuese, efectivamente se trataría de una prueba realizable solo a través de la confesión o el juramento del agente, desde el momento que no se pueden hacer evidentes los propósitos y los proyectos que son elaborados por la mente humana...", por lo que objeto de la prueba del dolo deben ser los "... hechos o circunstancias de las cuales se pueda deducir la previsión de un cierto evento lesivo: la predisposición fraudulenta o el preciso intento de dañar por parte del responsable..."¹²³.

Las presunciones de dolo no repugnan *per se* al Derecho. De hecho, pueden existir y existen supuestos en los cuales cabría recurrir a una presunción de este tipo¹²⁴, tales como los supuestos de competencia desleal por publicidad engañosa; la remoción de dependientes calificados que aparecen como indispensables para el buen funcionamiento de una empresa, contando para ello con la ayuda de dependientes de la competencia; la obtención calculada y con engaños de los secretos comerciales de una sociedad o los nombres de la cartera de clientes de la competencia; la doble venta de un bien; la inducción al incumplimiento de las obligaciones por un tercero; el abuso del derecho; etc.¹²⁵. Empero, lo cuestionable será establecer una presunción legal de dolo de alcance general, como aparentemente lo hace el artículo 1969 de nuestro Código Civil.

Resulta hasta cierto punto cierto, sin embargo, que la real trascendencia de esta presunción, poco o nada

agrega a la presunción general de culpa consagrada en el propio artículo 1969 del Código Civil peruano, desde que es pacífico el entendimiento en la doctrina comparada de la equivalencia entre culpa y dolo en el campo de la responsabilidad extracontractual¹²⁶, por lo que si el dolo no admite graduaciones¹²⁷, resulta suficiente la culpa para generar el deber de resarcimiento¹²⁸, no existiendo diferencias en lo que respecta a la extensión de la cobertura de daños, sea que la responsabilidad se haya debido a culpa o a dolo del agente.

No se entiende, entonces, cómo la actual Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil, se haya limitado a eliminar la presunción del dolo en la nueva redacción propuesta del artículo 1969 del Código Civil peruano, ratificando la presencia de la presunción de culpa; aun cuando ello se deba, tal vez, a la posición acrítica mantenida por uno de sus más conspicuos miembros, quien en una importante obra se limita a criticar exclusivamente la presunción de dolo en el artículo 1969¹²⁹.

Nada trascendente se obtiene, pues, con la cancelación de la presunción del dolo, si se deja la presunción de culpa en el artículo 1969 del Código Civil. Lo único tal vez relevante será la discusión teórica que permitirá reconfirmar, a la luz del principio de solidaridad, la función preventiva macrosistémica que cumple la culpa, pues a la responsabilidad civil por dolo se le ha pretendido adscribir una función sancionatoria (como claramente compensatoria correspondería a la responsabilidad objetiva)¹³⁰.

No debe olvidarse, sin embargo, que la responsabilidad civil subjetiva puede, de hecho, originarse en hechos culposos como dolosos, y que su inclusión expresa en el articulado del Código Civil peruano de 1984, en materia de responsabilidad extracontractual, obedeció a la finalidad de "... rescatar para el Derecho Civil la reparación del acto doloso a fin de salvar un error de aplicación del sistema jurídico cometido por el Poder Judicial..."¹³¹, toda vez que la Corte Suprema de la República, bajo

¹²²CAZEAUX, Pedro y Félix TRIGO REPRESAS. "Compendio de derecho de las obligaciones". Tomo I. La Plata: Librería Editora Platense S.R.L. 1984. p. 144.

¹²³FRANZONI, Massimo. "Fatti Illeciti". Op. Cit. p. 170. Ver también: CENDON, Paolo. "Il dolo nella responsabilità extracontrattuale". Torino: G. Giappichelli Editore. 1976. pp. 141, 155, 167 y 258 y siguientes.

¹²⁴CENDON, Paolo. Op. Cit. pp. 206 y siguientes.

¹²⁵Ver al respecto los elencos consignados en: VISINTINI, Giovanna. "Trattato breve della responsabilità civile". Op. Cit. pp. 322 y siguientes. También: LEON HILARIO, Leysser. Op. Cit. pp. 53-54.

¹²⁶VISINTINI, Giovanna. "Trattato breve della responsabilità civile". Op. Cit. p. 309.

¹²⁷POLACCO, Vittorio. Op. Cit. p. 236.

¹²⁸LEON HILARIO, Leysser. Op. Cit. p. 54.

¹²⁹ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de la responsabilidad civil". Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A. 2003. pp. 108-109.

¹³⁰Véase: CASTRONOVO, Carlo. "Problema e sistema nel danno da prodotti". Milán: Dott. A. Giuffrè Editore. 1979. p. 604. También: CAFAGGI, Fabrizio. Op. Cit. pp. 61 y siguientes.

¹³¹DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. Tomo I. Numeral 48. p. 127.

la vigencia del Código de 1936, tuvo la peregrina idea de sentar jurisprudencia (una de las pocas y mal) señalando que “la vía civil no era competente para obtener resarcimiento por daños generados en un delito doloso”.

VII. ¿DE LA “CULPA SOCIAL” A LA “REPARACIÓN INTEGRAL”?... ¿O HACIA LA AFIRMACIÓN DEL “MITO DE SÍFIDO”?

15. Dentro de la racionalidad de los sistemas más logrados del “civil law”, se comienza a percibir en un momento dado del desarrollo capitalista que la subvención al desarrollo industrial, en detrimento de las víctimas, no puede ser tolerado más, si es que se ha alcanzado, cuando menos, un grado aceptable de desarrollo tecnológico en función a la actividad que se trate. Realidades evidentes de esta constatación se dan, por ejemplo, dentro de los campos de la responsabilidad médica y de la responsabilidad por productos. Se plantea entonces, en función al grado de desarrollo tecnológico de las actividades humanas, un reemplazo de la “función individual” por la “función social” de la responsabilidad civil, afirmándose –a nivel diádico– el principio solidarístico de la reparación integral como regla general de responsabilidad, o, cuando menos, una concepción bipolar de la responsabilidad civil, con la co-existencia de dos grandes principios generales: la culpa y el riesgo, y la construcción del sistema de responsabilidad extracontractual bajo dos cláusulas generales interpretativas: una de responsabilidad subjetiva y otra de responsabilidad objetiva. Ejemplos vívidos de esta tendencia, lo constituyen los aportes doctrinarios que se dan en Europa a partir de los años 1940-1960, como por ejemplo, los de Trimarchi y Rodotà en Italia; Esser en Alemania; y Starck en Francia.

Esta evolución y tendencia del Derecho continental, nos es recordada por Salvi de la forma siguiente:

“... La ‘ratio’ del instituto tiende, en efecto, a alejarse de la lógica individual, que sostiene la exigencia de restaurar el equilibrio lesionado por el daño a la víctima, a una razón de interés ‘general’ (aunque identificada con el principio liberal del cual se ha hablado). Se abre así la dialéctica, todavía central, entre la función individual de la responsabilidad civil, como instituto que regula una

relación bilateral según criterios privatistas, y su función social, entendida como interés general que justifica (o no) el traslado del daño de la víctima a otro sujeto (...). La reparación del daño no es más vista como la consecuencia de reglas con finalidades esencialmente preventivas y represivas en función de conductas dañosas opuestas a los parámetros de tolerabilidad social; sino, como función primaria del instituto, que encuentra si acaso un límite, y no su fundamento, en la consideración del hecho del responsable. El principio liberal es derrumbado: no se pregunta ya si hay una buena razón para que el autor de un daño deba responder, sino más bien, por qué podría ser negado el derecho de la víctima al resarcimiento...”¹³².

El principio de la reparación integral –en países del “civil law” en donde la industrialización ha alcanzado ya un grado aceptable de desarrollo tecnológico– postula como posible realidad, con el carácter de principio general y no ya como excepción, la afirmación premonitoria de Ripert “de la responsabilidad a la reparación”. Áreas tradicionalmente aceptadas como de dominio de la culpa, como por ejemplo, las de prestaciones profesionales, pasan a ser de dominio en parte de la responsabilidad objetiva, incluyendo aquellas de tipo médico-quirúrgicas, allí donde el progreso alcanzado por la ciencia y la técnica permitan afirmar que no más las víctimas de daños deban subvencionar el desarrollo tecnológico¹³³.

La calificación de una actividad humana como sujeta a responsabilidad subjetiva u objetiva dependerá entonces de la evaluación que se haga de dicha actividad, a la luz del progreso alcanzado en el desarrollo de la misma. Esta es la razón del porqué la responsabilidad del productor, por ejemplo, en su inicio, fue concebida como una actividad típicamente sujeta a la responsabilidad subjetiva y en donde, por lo menos en Europa, con la dación de la Directiva de la Comunidad Económica Europea 85/374, ha pasado a ser concebida como una actividad sujeta, en términos generales aunque no absolutos, a responsabilidad objetiva. Ello, por cuanto hoy en el estado de la doctrina comparada se admite como regla general de responsabilidad objetiva, la denominada “responsabilidad objetiva relativa”, que permite invocar al caso fortuito y/o fuerza mayor como supuestos de exclusión de responsabilidad. En la

¹³²SALVI, Cesare. Op. Cit. pp. 14-15.

¹³³FRANZONI, Massimo. “La responsabilità nelle obbligazioni di mezzi e nelle obbligazioni di risultato”. En: “Responsabilità, comunicazione, impresa”. Año II. Volumen 2. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore. 1997. pp. 325-326. ¹³⁴ Véase al respecto: FRANZONI, Massimo. “Fatti illeciti”. Op. Cit. pp. 536-540; y ALPA, Guido; BIN, Marino y Paolo CENDON. “La responsabilità del produttore”. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDA. 1989. pp. 136-140.

responsabilidad del productor, en cambio, a éste, para no responder, se le permite también aportar la prueba del denominado “riesgo de desarrollo”, esto es, la prueba de que el producto se creía suficientemente seguro al momento en el cual fue puesto en circulación. Por esto se le permite exonerarse de responsabilidad probando que:

- El defecto que ocasionó el daño no existía cuando el fabricante colocó el producto en circulación; o
- Si el estado de los conocimientos científicos y técnicos, al momento en el cual el fabricante puso en circulación el producto, no permitía considerar todavía el producto como defectuoso.

Repárese entonces que el denominado “riesgo de desarrollo”, es uno ya existente al momento de la puesta en circulación del producto, pero que no podía ser descubierto dado el nivel de los conocimientos técnicos y científicos imperantes en dicho momento¹³⁴.

Así también, si no fuera por la existencia de los “lobbies” económicos, la actividad aeronáutica debería de haber dejado hace algún tiempo de ser considerada sujeta a la responsabilidad subjetiva, para pasar a ser objeto de responsabilidad estricta. ¿O es que acaso alguien puede ignorar hoy que una de las actividades más seguras, es, sin duda, la actividad aeronáutica?

Como hemos ya señalado en un trabajo anterior¹³⁵, desde una perspectiva diádica, la actividad de transporte aéreo ha sido siempre la misma desde su inicio; esto es, un sujeto (transportista) que se obliga frente a otro (pasajero) a llevarlo sano y salvo a destino. En este sentido: ¿por qué no responder frente a éste, en caso de incumplimiento, por la sola no consecución del resultado, si justamente su obligación consistió en garantizar dicho resultado? La respuesta la encontramos si entendemos históricamente a la actividad aeronáutica como una actividad altamente riesgosa en sus orígenes. Justamente por tratarse de una actividad por ese entonces novedosa y en donde no se poseían los conocimientos técnico-científicos que permitieran dominar los riesgos inherentes a

esta actividad, el peligro de que un aeroplano cayera a tierra, con probables daños a sus pasajeros y/o carga, era latente y altamente probable. Entonces, si a aquel sujeto que deseara invertir y llevar adelante esta actividad le hubiésemos dicho “está bien, desarróllala, pero quedas advertido que deberás pagar por todos los daños que ocasiones a los pasajeros y/o carga en caso de accidente”, la respuesta de aquél hubiese sido franca y directa: “no puedo invertir en una actividad donde perderé más de lo que puedo ganar”. Esta respuesta, no de uno, sino de todos los empresarios, hubiese determinado que nadie se dedique a la actividad de transporte aéreo, con la consecuente involución de esta actividad¹³⁶.

Lo dicho precedentemente revela una de las funciones de la responsabilidad civil que más ha sido esquiva a la apreciación de los juristas clásicos, no acostumbrados a enfocar a la responsabilidad desde su perspectiva sistémica: la de incentivación y desincentivación de actividades; y demuestra, al mismo tiempo, la importancia del rol que ha cumplido la culpa como criterio de imputación en la historia de la responsabilidad civil al servicio del desarrollo tecnológico. Lo que ya se ha venido preguntando la doctrina civilística contemporánea, es si, en verdad, la aparente “evolución” de la responsabilidad civil, de la culpa ético-psicológica a la culpa social; de ésta a la responsabilidad objetiva atenuada; y de ésta a la responsabilidad objetiva absoluta, no sea más que un “espejismo” que en realidad refleja –respecto al dominio de la tecnología– un acercamiento siempre “asintótico”, representando una curva que se acerca de continuo, hasta el infinito, a la recta del conocimiento sin llegar nunca a encontrarlo. Cuando parece que el hombre avanza más en el dominio de la ciencia y la tecnología, parecen surgir nuevos retos (piénsese en las nuevas enfermedades surgidas en el siglo XX y las mutaciones de virus que exigen nuevas investigaciones que parecen partir desde el desconocimiento absoluto), que obligan a “remensurar” la meta y “revalorar” el rol de la culpa en la sociedad post-moderna, a punto tal que, para algunos, la responsabilidad civil ha seguido la trayectoria de una “parábola”¹³⁷, permitiendo a la culpa recuperar hoy la condición de “única cláusula general normativa de responsabilidad”.

¹³⁴Véase al respecto: FRANZONI, Massimo. “Fatti illeciti”. Op. Cit. pp. 536-540; y ALPA, Guido; BIN, Marino y Paolo CENDON. “La responsabilità del produttore”. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDA. 1989. pp. 136-140.

¹³⁵FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “La responsabilidad civil del gestor de bases de datos en la informática jurídica”. En: *Ius et Veritas* 15. 1997. pp. 261-262.

¹³⁶*Ibid.* p. 262.

¹³⁷BUSNELLI, Francesco Donato. Op. Cit. En: BUSNELLI, Francesco D. y Salvatore PATTI. Op. Cit. pp. 12-15.

Esta necesidad de “revalorar” el rol de la culpa en la sociedad post-industrial, puede llevar a muchos a pensar que la culpa es en realidad una “maldición” que persigue a la responsabilidad civil como el “mito de Sísifo” en la mitología griega: como narra esta leyenda, Sísifo fue un rey legendario de la ciudad de Corinto que dio gran prosperidad a su reino, hasta el punto de sentirse tan poderoso y autosuficiente que se atrevió a encadenar a “Thanatos”, la muerte. Por esta osadía, Sísifo fue condenado por los dioses a subir eternamente una piedra por la ladera de un cerro, que al llegar casi a la cima, volvía a caer.

¿Es la historia de la culpa semejante al mito de Sísifo? ¿está la humanidad condenada a “soportarla” por toda la eternidad al constatar que nunca podrá alcanzar el conocimiento pleno de la ciencia y la tecnología?

Esta visión “fatalista” de la responsabilidad civil puede ser compartida o negada. Sin embargo, la única conclusión valedera en esta época –inicios del siglo XXI– parece ser que se debe atribuir aún un importante rol a la culpa en la evolución de las sociedades post-industriales, por lo que la proclama de Ripert “de la responsabilidad a la reparación”, parece todavía ser una aspiración, pese a su temprano enunciado en la primera mitad del siglo XX.

VIII. DE LA CULPA Y EL RIESGO COMO CRITERIOS DE IMPUTACIÓN A LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA. LA IMPORTANCIA DE LA PROBLEMÁTICA DEL “CHEAPEST COST AVOIDER” COMO CRITERIO ECONÓMICO DE VALORACIÓN DE LA CULPA Y SU CONTRASTE CON LA FUNCIÓN MACROSISTÉMICA DE INCENTIVACIÓN DE ACTIVIDADES. EL ROL DEL “BEST COST AVOIDER”

16. Ha señalado bien Castronovo que “... afirmar que los escritos de Guido Calabresi representan la contribución más importante de la literatura jurídica contemporánea al estudio de la responsabilidad civil es cosa recurrente, así como por descontado es el hecho de incluir a este autor entre los padres del análisis económico del Derecho...”¹³⁸.

Bajo la perspectiva del análisis económico del

Derecho, se ha resaltado que, básicamente, un sistema de responsabilidad civil extracontractual cumple tres funciones esenciales¹³⁹:

- La desincentivación de actividades que aumenten el número y gravedad de los accidentes.
- La compensación de las víctimas; y
- La reducción de los costos administrativos inherentes a todo sistema de responsabilidad civil.

Dentro de esta perspectiva, la reducción de los costes se transforma en la función principal de la responsabilidad civil¹⁴⁰ y ello por cuanto ésta es vista esencialmente como “un mecanismo social para la traslación de los costos”, en donde la decisión sobre donde dejamos permanecer y a quien hacemos soportar las consecuencias económicas del daño “... tiene, en realidad, un evidente aspecto preventivo...”¹⁴¹.

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

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

- El criterio de la culpa, en casos de prevención bilateral; y
- La responsabilidad objetiva, en casos de prevención unilateral.

En palabras de Calabresi, esta regla (que asume su tenor definitivo en la obra de este autor: “Optimal Deterrence and Accidents”¹⁴²), significa que “...

¹³⁸ CASTRONOVO, Carlo. “La nuova responsabilità civile”. Op. Cit. pp. 73-74.

¹³⁹ CALABRESI, Guido. Op. Cit. pp. 42-48.

¹⁴⁰ Ibid. p. 44.

¹⁴¹ MONATERI, Pier Giuseppe. “La responsabilità civile”. En: “Trattato di diritto civile” diretto da Rodolfo Sacco. Tomo 3: “Le fonti delle obbligazioni”. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET. 1998. pp. 19-20.

¹⁴² CALABRESI, Guido. “Optimal Deterrence and Accidents”. En: YALE L.J. 84. 1975. p. 666.

responde del daño aquel que se encuentra en la posición más adecuada para conducir el análisis costos-beneficios, esto es, a asegurar la conveniencia de evitar el daño comparando los costos relativos y el costo en el cual consiste el daño mismo...¹⁴³.

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

Un juez, un abogado, o un jurista peruano –al igual que cualquier otro del "civil law"– se sentirá tentado de generalizar situaciones, partiendo de un supuesto particular: si cree que un accidente de circulación vial merece ser analizado bajo los criterios de responsabilidad objetiva, concluirá en que todos los accidentes de tránsito deberán verse bajo la misma óptica. Si cree que los daños originados en la praxis médica merecen ser evaluados bajo los criterios de responsabilidad subjetiva, pues la responsabilidad médica toda deberá ser vista y medida bajo el mismo criterio; y si, finalmente, cree que la responsabilidad por productos debe ser merituada bajo las reglas de la responsabilidad estricta, pues aplicará esta regla para todos los casos de daños existentes en la relación productor-consumidor.

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

Al respecto, Monateri, en Italia¹⁴⁴, ha examinado la eficiencia de la regla "cheapest cost avoider", en casos límite, demostrando que –a veces– la culpa

puede resultar siendo una solución superior a la responsabilidad objetiva, pese a tratarse de situaciones de prevención unilateral. Para esto, examina un caso de responsabilidad del productor:

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

Este sería, entonces, un típico caso de *prevención unilateral*, en donde debería en principio adoptarse el criterio de *responsabilidad objetiva*.

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

El destacado comparatista italiano realiza entonces un análisis partiendo de supuestos "... errores que derivan de una elección errónea de esquemas de responsabilidad...", señalando lo siguiente:

"... Supongamos, en primer lugar, que adoptemos la responsabilidad objetiva en situaciones de prevención bilateral. Como hemos ya visto, esto libera a las víctimas potenciales de cualquier deber de atención, volviendo los incidentes dañosos potencialmente más frecuentes y más graves. Ahora cometamos el 'error' opuesto y utilicemos la culpa en casos de prevención unilateral. Como hemos visto, las prevenciones del potencial causante de daños alcanzarían de cualquier modo el nivel eficiente que minimiza el costo social esperado, esto es, el nivel de prevención eficiente: el mismo nivel (...) que sería alcanzado inclusive en presencia de una responsabilidad objetiva. Como quiera que estamos utilizando la culpa, la víctima estará sujeta a una responsabilidad complementaria, debiendo soportar todos los daños derivados del comportamiento diligente de la otra parte, o derivados de su culpa absorbente. Puesto que, por

¹⁴³CASTRONOVO, Carlo. "La nuova responsabilità civile". Op. Cit. p. 75.

¹⁴⁴MONATERI, Pier Giuseppe. "La responsabilità civile". Op. Cit. pp. 45-48. También en: MONATERI, Pier Giuseppe. "Costo e prevenzione degli incidenti". En: "Analisi economica del diritto privato", a cura di Guido Alpa; Pierluigi Chiassoni; Andrea Pericu; Francesco Pulitini; Stefano Rodotà e Francesco Romani. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A.. 1998. pp. 294-296.

hipótesis, estamos ante una situación de prevención unilateral, no hay nada que la víctima pueda hacer para reducir la propia responsabilidad complementaria; a ella le toca sólo soportar los daños vinculados a la culpa de la otra parte. Por tanto, no se verifica ninguna ineficiencia en prevención, ya que el potencial causante de daños alcanza de cualquier modo el nivel óptimo de prevención, en la medida que traslade sobre la víctima el costo de los accidentes no debidos a su culpa (del causante).

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

Viceversa, usar la culpa en lugar de la responsabilidad objetiva, no tiene efectos sobre el plano de la prevención, pero sí efectos distributivos sobre las víctimas potenciales...¹⁴⁵.

La virtud de la afirmación precedentemente citada será la de permitirnos demostrar la íntima vinculación existente entre las visiones diádica y sistémica de la responsabilidad civil: los criterios de prevención que se adopten y, sobre todo, la decisión que se tome sobre la incentivación o desincentivación de una actividad a nivel macro-sistémico, tendrán incidencia sobre las funciones reparatoria y distributiva de la responsabilidad civil, a nivel micro-sistémico.

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

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

supuestos de responsabilidad objetiva.

Nada más alejado de la realidad cuando se trata de utilizar la culpa al servicio de la función macro-sistémica de incentivación de actividades:

Cuando, por ejemplo, se intenta incentivar una actividad (la cual, inclusive, por naturaleza, podría esta en aptitud de generar peligro), puesto que no ha alcanzado el grado de desarrollo tecnológico o científico deseado, se sabe que "... es el sujeto que reviste la calidad de potencial causante de daños (...) el que tiene la competencia tecnológica para reducir los incidentes causados por su actividad..."¹⁴⁶ o, de no tenerla, es el que desea adquirirla, para desarrollar más eficientemente su actividad, pues, a mayor tecnología, menores riesgos de daños y mayores ganancias.

En el caso del transporte aéreo, por ejemplo, es obvio que desde la época de los inicios de la aviación las prevenciones han sido siempre unilaterales, pues ayer, hoy y siempre, los pasajeros podrán hacer poco o nada para evitar que los aviones se caigan. ¿Por qué entonces la responsabilidad civil ha optado históricamente, en un inicio, por establecer a la culpa como factor atributivo de responsabilidad, pese a tratarse de un caso de prevención unilateral?

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

En realidad, entonces, no se verifica ninguna situación de ineficiencia en prevención cuando las ocasiones de reparación disminuyen en beneficio del incremento de tecnología: lo que un productor o, en general, cualquier potencial causante de daños que realiza una actividad "ahorra" al pagar menos indemnizaciones (principalmente por la

¹⁴⁵MONATERI, Pier Giuseppe. "La responsabilità civile". Op. Cit. pp. 45-46.

¹⁴⁶Ibid. p. 44.

dificultad en la probanza de su culpa) no determina que disminuya su nivel de prevención, pues invertirá en la tecnología necesaria para preservar o mejorar su capital de trabajo.

Obviamente, si ya se ha alcanzado ese grado de desarrollo tecnológico medianamente aceptable, la persistencia de esta situación límite, aplicando la culpa aun en casos de prevención unilateral aparentemente contraria a la regla del "cheapest cost avoider", sí producirá una situación de ineficiencia en los niveles de prevención de quien está en mejor posición de prever los daños: en este caso, el "ahorro" en los costes indemnizatorios sí irían a parar a los bolsillos de los productores o de los potenciales causantes de daños.

De lo dicho, se extrae, pues, una conclusión inevitable:

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

Puede entonces extraerse una clara conclusión para la aplicación de los criterios de imputación en materia de responsabilidad extracontractual: para decidir qué criterio aplicar, primeramente, deben analizarse las capacidades de prevención de los sujetos. Si se reconoce un supuesto de prevención bilateral, la única solución eficiente a aplicar, en términos de prevención, será la cláusula general normativa por culpa. En cambio, si se reconoce un supuesto de prevención unilateral, deberá contrastarse previamente el estado de la tecnología para encontrar una solución eficiente en términos de prevención: si el estado tecnológico de la actividad bajo análisis no ha aún desarrollado lo suficiente, la solución óptima en prevención se encontrará aplicando la cláusula general normativa por culpa (artículo 1969 del Código Civil), en vez de la responsabilidad objetiva. Si por el contrario, el estado tecnológico de la actividad bajo análisis ya ha obtenido un nivel aceptable, deberá aplicarse la cláusula general normativa por riesgo (artículo 1970 del Código Civil).

Esto significa, entonces, que la óptica diádica de la responsabilidad civil tiene que ser contrastada

con la óptica sistémica de la misma, que prioriza la función de incentivación de actividades, lo que determina que en la evaluación del criterio de imputación a aplicar no intervenga un puro criterio económico. No basta el "cheapest cost avoider", sino que debe ser contrastado con el "best cost avoider": el sujeto que socialmente está en mejor posición de asumir los costes del daño. De alguna manera, aun cuando por razones no necesariamente iguales (toda vez que en la perspectiva americana no se diferencian los niveles de análisis diádico y sistémico de la responsabilidad civil), Calabresi llegó a percibir esta problemática, señalando que "... el criterio para determinar la responsabilidad en el sistema de la culpa no es un criterio de mercado puro; sino que para ello intervienen también consideraciones 'morales' acerca de las actividades. El objetivo de la decisión ex post no es hallar al sujeto que puede evitar los costes de la forma más económica (the cheapest cost avoider), sino a aquél que pueda hacerlo del mejor modo (the best cost avoider)...", con lo que "... el efecto de ignorarlos es el de gravar con ellos a la víctima, lo cual puede ser conveniente en algunos casos..."¹⁴⁷.

Por esto es que resulta tan cierta la afirmación ya citada de Castronovo en torno a que en la historia del derecho continental, la aproximación a los conceptos de "culpa" y "riesgo" ha sido intuitiva, demostrando una incapacidad absoluta de formular una solución jurídicamente correcta¹⁴⁸. Pretender diferenciar el campo de aplicación de cada cláusula general normativa de responsabilidad en diversos "momentos" del quehacer humano, no representa un enfoque metodológicamente correcto al problema: decir que la culpa analiza la forma en que se desenvuelve la conducta humana (aspectos internos), y que el riesgo (o cualquier criterio de imputación objetiva) sólo los efectos que produce dicha conducta en el plano externo, resulta falso, desde que ignora que en toda actividad humana –sea o no generadora de peligro– existen conductas de prevención que realizar.

Es por esta razón que no más debe ser definida la culpa como "negligencia", que es un concepto antitético al de "diligencia", cuyo significado implica la realización de medidas de precaución o prevención.

Por esta misma razón, definiciones del "riesgo"

¹⁴⁷CALABRESI, Guido. Op. Cit. pp. 245 y 339.

¹⁴⁸Ver nota a pie de página 48.

como sinónimo de “peligro”¹⁴⁹ o aquellas que pretenden diferenciar estos dos conceptos vinculando al “riesgo” al aspecto interno de una actividad humana que atiende “... a la valoración esencialmente económica del alea que un sujeto asume al emprender una empresa o un negocio...”; y al “peligro” a los aspectos externos de la conducta humana, entendiéndolo como “... una noción esencialmente objetiva, que representa la relevante potencialidad actual de daño o de mayor daño, cuyo aspecto principal se evidencia en su proyección al exterior, en relación a los terceros amenazados por el daño...”¹⁵⁰; no son sino también aproximaciones intuitivas a un problema irresoluto en términos de formulación de una regla jurídica coherente de aplicación de las cláusulas generales normativas de responsabilidad.

Creemos entonces que, a partir de los escritos de Calabresi, los conceptos de “culpa” y “riesgo”, aun bajo las cláusulas generales normativas contenidas en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil peruano, deben ser redefinidos en la forma siguiente:

- “Culpa” significará “carencia de medidas de prevención, dentro de sacrificios económicos razonables exigibles a los sujetos, en un marco en donde los deberes de cuidado no estén a cargo de una sola parte”.
- “Riesgo” o “peligrosidad” significará “carencia de adopción de medidas de prevención por un sujeto que es el único que puede dominar o evitar los peligros creados”.

17. Como se ha indicado ya previamente¹⁵¹, la aplicación de los aportes de Calabresi a la teoría de la responsabilidad civil permitirá también formular soluciones jurídicamente correctas, no sólo ya a los supuestos de responsabilidad por hecho propio, sino también a los de responsabilidad por el hecho ajeno, como es el caso de la responsabilidad del guardador por los hechos del incapaz bajo su guarda. Recordemos que Trimarchi ya había

cuestionado la aplicación de presunciones de culpa a los casos de responsabilidad indirecta, por no cumplir otra función que la de “satisfacer cierto espíritu conservador”¹⁵², creyendo ver en ello la negación a abandonar la culpa como criterio de selección de tutela de los intereses.

Así también, cuando nos cuestionábamos sobre cierto sabor amargo de “injusticia” que nos dejaba la solución de “lege data” sobre la responsabilidad de los incapaces en los supuestos de responsabilidad objetiva, si entendíamos los conceptos de “culpa” y “riesgo” en sus contenidos tradicionales, no hacíamos sino constatar cómo estos contenidos formulados en el “civil law” desde siempre han sido –como ya se ha indicado reiteradamente– intuitivos de la realidad y no fórmulas jurídicas capaces de dar soluciones correctas, insuficientes para resolver los problemas del tráfico jurídico en las sociedades capitalistas contemporáneas.

Bajo la teoría del “cheapest cost avoider” puede perfectamente reorientarse soluciones en la responsabilidad por hecho ajeno: por ejemplo, ¿cuándo deberá responder el guardador por los daños causados por el incapaz que haya actuado sin discernimiento?

Podría plantearse hasta cuatro escenarios posibles:

- En los casos en que el guardador haya omitido sus deberes de cuidado (vigilancia sobre el incapaz falto de discernimiento) y la víctima no haya contribuido con sus acciones a propiciar esa ocasión de daño, la solución óptima de responsabilidad se encontrará aplicando la responsabilidad objetiva: el guardador deberá responder (supuesto de prevención unilateral) para así inducirlo a tomar medidas de prevención que eviten que, en el futuro, repita esta conducta, sirviendo al mismo tiempo como vehículo de reparación plena de la víctima (función compensatoria de la responsabilidad civil a nivel diádico) y como ejemplo disuasivo para otros “guardadores negligentes”, quienes sabrán que

¹⁴⁹Todas las teorías del “riesgo beneficio”, del “riesgo creado”, o del “riesgo de empresa” parten de la idea de que el riesgo es creación de peligro o, a lo sumo, representa el aspecto económico del peligro. Y es importante hacer notar cómo algún autor como PHILOLENKO llega a vincular la teoría del “riesgo creado” con la “culpa”. En cita que realiza de este autor, ALPA, señala lo siguiente: “... como precisa el autor, la expresión «riesgo creado» aparece en una nota de Jossierand (...) y no debe ser confundida con la expresión «riesgo-beneficio» de Saleilles (...). En la terminología que se refiere al «riesgo creado», según Philolenko, se puede en efecto vislumbrar el significado moral de la culpa, propiamente porque se imputa al sujeto –que con su actividad ha expuesto a terceros al peligro de ser dañados– la responsabilidad derivante de esta «culpa»...”. Citado en: ALPA, Guido. “Trattato di diritto civile”. Tomo IV: “La responsabilità civile”. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. 1999. Nota a pie de página 176. pp. 290-291. Ver también para la vinculación de los conceptos de “riesgo” y “peligro”: FORCHIELLI, Paolo. “Intorno alla responsabilità senza colpa”. En: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Anno XXI. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore. 1967. Nota a pie de página 25. p. 1387; y TRIMARCHI, Pietro. Op. Cit. p. 214, quien refiriéndose al término «actividad peligrosa» afirma que refiere a una “... cierta concentración del riesgo en el tiempo y en el espacio...”.

¹⁵⁰COMPORI, Marco. Op. Cit. pp. 169-170.

¹⁵¹Ver numeral 7.3 *supra*, en su parte final.

¹⁵²Ver numeral 3 *supra*.

siempre que omitan sus deberes de cuidado, responderán (función preventiva de la responsabilidad civil a nivel sistémico).

- En los casos en que el guardador no haya omitido sus deberes de cuidado y sea la propia víctima quien, con sus acciones, haya propiciado el daño (por ejemplo, el sujeto que, con intención de robar, escala los muros de un manicomio y, dentro de éste, es atacado por un enajenado mental), deberá negarse el resarcimiento (supuesto de prevención unilateral a cargo de la víctima). Es el caso de “la imprudencia de quien padece el daño”: artículo 1972 del Código Civil.
- En los casos en que tanto el guardador como la víctima hayan omitido sus deberes de cuidado, la solución más eficiente en términos de asignación de responsabilidad se encontrará aplicando el criterio de imputación de la culpa (o de la responsabilidad subjetiva, si se quiere), evitando con ello situaciones de ineficiencia en términos de prevención y propiciando soluciones justas en términos de reparación (artículo 1973 del Código Civil).
- Y, en todos aquellos casos en que el daño se presenta como producto del azar, entrará en juego el criterio del “best cost avoider”: deberá otorgarse una reparación en función de aquel que esté en una mejor posición social de hacerlo que, en el caso del artículo 1977 del Código Civil peruano, adopta un ropaje económico: riqueza o pobreza. Si la víctima es la que está en situación de ventaja económica, pues a ella le tocará soportar los costes económicos. Si en cambio, es el incapaz causante del daño el que goza de una mejor situación económica, será entonces el llamado a responder.

Si todos estos supuestos han querido ser “justificados” con criterios de imputación que teóricamente han perseguido dar un sustento de justicia al traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable, utilizando criterios “subjetivos” como la culpa, u objetivos como “el riesgo”, “la garantía” o “la equidad”, lo cierto es que los mismos no han logrado nunca formular una solución jurídicamente correcta bajo dichos parámetros.

No existe duda, sin embargo, que en el caso del artículo 1976 Código Civil peruano, hacer responsable al representante legal por los daños que ocasione el incapaz falto de discernimiento, representa una solución carente de todo sentido lógico, pues no siempre aquél cumple funciones de “guardador”.

IX. CONCLUSIONES

18. De todo lo indicado en el desarrollo de este artículo pueden extraerse las siguientes conclusiones puntuales:

- El artículo 1969 del Código Civil peruano contiene una cláusula general interpretativa de orden normativa por culpa, de igual rango que aquella regulada en el artículo 1970 del Código Civil. Por ende, en el Perú, dentro de la responsabilidad extracontractual, puede afirmarse un sistema bipolar.

La culpa ha dejado de ser considerado el único criterio de selección de los intereses merecedores de la tutela resarcitoria, cumpliendo hoy un rol diferenciado como criterio de imputación, a la par de otro objetivo, de igual rango y valor (el riesgo).

- Constituye un grueso error legislativo, que no se condice con las funciones de la responsabilidad civil en sede extracontractual, desde una perspectiva sistémica, haber consagrado una presunción de culpa en el artículo 1969 del Código Civil. La carga de la prueba de la culpa debiera recaer sobre la víctima del daño. Grueso error también constituye el que se haya establecido una presunción de dolo.

Con ello, el sistema de responsabilidad extracontractual en el Perú es casi un sistema de responsabilidad objetiva, incompatible con el estado de la tecnología en la sociedad peruana.

- El sistema de responsabilidad extracontractual del Código Civil peruano ha abandonado la teoría del “hecho ilícito”, por lo que no cabe afirmar una diferenciación entre los conceptos de imputabilidad y culpa, en donde el primero se entienda como sinónimo de “capacidad de discernimiento” de los sujetos y presupuesto de la responsabilidad extracontractual toda.

En el Perú, el término “imputabilidad” debe entenderse reservado al “juicio de responsabilidad”, esto es, a la vinculación de los efectos de responsabilidad que persigue encontrar al responsable del daño a través de la aplicación de los criterios de imputación.

- Bajo el principio de la unidad ontológica y funcional del concepto de responsabilidad civil, deben entenderse aplicables a la responsabilidad extracontractual normas previstas para la responsabilidad contractual (y viceversa), en todo

aquello que la naturaleza de cada sistema lo permita.

- La valoración de la culpa en sede extracontractual debe realizarse “in concreto”. Ello, no porque se coincida en que esto deba ser así, sino como consecuencia inevitable de lo indicado en la conclusión precedente, al haberse regulado en sede contractual la valoración de la culpa “in concreto”. El acogimiento de la valoración de la culpa “in abstracto” debe ser de naturaleza normativa: debe existir una norma que la acoja como tal.

Cabe advertir, sin embargo, que para un sector de la doctrina comparada, que compartimos, la valoración de la culpa “in abstracto” puede adecuarse mejor a las necesidades del tráfico jurídico, en todos aquellos supuestos en donde no se cuente con el nivel de información suficiente, a bajo costo.

- El contenido de la culpa a que se refiere el artículo 1969 del Código Civil debe ser realizado en términos de análisis de las capacidades de prevención de los sujetos; esto es, en términos económicos contrastados con la necesidad de incentivar el desarrollo de la tecnología en actividades que así lo requieran. Por esto, un problema de responsabilidad civil, debe ser afrontado con dos pasos sucesivos de análisis, que decidirán el criterio de imputación a aplicarse:

- Primero: se identifican las capacidades de prevención de los sujetos. Si se presenta un supuesto de prevención bilateral, deberá aplicarse el artículo 1969 del Código Civil.

Si se identifica un supuesto de prevención unilateral, deberá pasarse al siguiente paso de análisis.

- Segundo: identificado un supuesto de prevención unilateral, deberá contrastarse el estado de la tecnología al que pertenece la actividad involucrada. Si dicha actividad no ha alcanzado aún un nivel tecnológico adecuado, deberá aplicarse el artículo 1969 del Código Civil, esto es, la cláusula general normativa por culpa.

En cambio, si se comprueba que el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad es ya el adecuado, deberá aplicarse

el artículo 1970 del Código Civil, esto es, la cláusula general normativa por riesgo.

- El juicio de responsabilidad dentro del “civil law” se ha movido desde siempre, más que nada, en términos de intuición entre la realidad que se pretende normar y la mejor forma –jurídicamente hablando– de regularla. Para esto, se ha ideado criterios de imputación con fundamentos de justicia: la “culpa” con base ético-psicológica en un inicio; y el “riesgo” como “exposición al peligro”. Muchas veces estos criterios han caído en contradicción, pues la culpa, definida como negligencia, ha “invadido” el campo de la responsabilidad objetiva, pensada en un inicio para prescindir del análisis de la conducta de los sujetos.

Es recién en tiempos contemporáneos y –hay que reconocerlo– gracias a los aportes en el campo de la responsabilidad civil del análisis económico del Derecho, que se llega a determinar que la “... negligencia tiene un componente de responsabilidad estricta (...) y que la responsabilidad estricta tiene un componente de negligencia...”, por lo que constituye “... un error establecer una dicotomía entre la negligencia y la responsabilidad estricta...”¹⁵³.

Por esto, no puede más ser sostenido el binomio antitético “culpa/diligencia”, en donde la culpa sea definida como concepto contrario a la diligencia (negligencia). Las medidas de cuidado, que son prevención, están presentes en cualquier tipo de actividad humana, sean o no generadoras de peligro. La falta de prevención (que es negligencia) estará entonces presente tanto en supuestos de responsabilidad por culpa, como en los de responsabilidad por riesgo.

Tal vez se haya arribado al momento de abandonar “justificativos” teóricos del traspaso del peso económico de la víctima al responsable, y no seguir hablando de “responsabilidad por culpa” o “responsabilidad por riesgo”, para pasar a hablar simple y llanamente de “responsabilidad subjetiva” o “responsabilidad objetiva”. Entre tanto, la culpa deberá ser entendida como un supuesto de carencia de medidas de prevención dentro de sacrificios económicos razonables exigibles a los sujetos, en un marco en donde los deberes de cuidado no estén a cargo de una sola parte.